



P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE

**HISTOIRE DU
DROIT PRIVÉ**

1

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

THÉMIS

COLLECTION DIRIGÉE PAR MAURICE DUVERGER

DROIT

PAUL OURLIAC

*Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Toulouse*

J. DE MALAFOSSE

*Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Paris*

Histoire du Droit privé

1 / Les Obligations



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

108, BOULEVARD SAINT-GERMAIN, PARIS

Dépôt légal. — 1^{re} édition : 4^e trimestre 1957
2^e édition mise à jour : 3^e trimestre 1969
Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous pays
© 1957, *Presses Universitaires de France*

AVANT-PROPOS

Les auteurs du présent manuel ont essayé de rester fidèles au programme et à l'esprit de la licence en droit, dont l'idée générale a été bien exprimée dans l'exposé des motifs du décret du 27 mars 1954 : « Les Facultés de droit doivent donner à leurs étudiants d'une part une culture générale, de caractère social, appuyée sur l'enseignement du droit et de l'économie politique, d'autre part, une formation mieux orientée vers leur profession future. »

Dans cette perspective, une place de choix devait revenir aux enseignements historiques. Nul ne conteste plus aujourd'hui la « valeur de l'histoire » et la réforme des études juridiques a subi elle-même l'influence de l'évolution récente des études historiques ; l'histoire répudie aujourd'hui le positivisme ; elle pénètre dans des domaines nouveaux, l'économie, les sociétés, les civilisations, les idées ; elle ne veut être ni un catalogue, ni un plaidoyer ou un réquisitoire ; elle est avant tout « explication » et « exploration ».

Ces tendances qui valent pour l'histoire des institutions, conviennent mieux encore à l'histoire du droit privé : celle-ci est au premier chef une histoire sociale : c'est par l'étude du droit qui la régit que l'on pénètre le mieux et le plus profondément l'essence d'une société. Mais le droit est aussi une technique et, nous adressant à des étudiants qui suivent les enseignements de la licence de droit privé et qui, parvenus en troisième année, doivent recevoir une formation « orientée vers leur profession future », nous avons été souvent conduits à faire une large part à la technique. Nous ne nous en excusons pas, parce que nous croyons que technique et culture sont inséparables et également nécessaires à l'« humanisme juridique ». La technique implique une rigueur d'esprit, un sens de la règle qui sont aussi nécessaires au juriste, qu'indispensables à la vie et à la sauvegarde du droit ; mais c'est vivifier cette

technique et en montrer la valeur profonde que de la faire passer sous la toise de l'histoire. Nous croyons même que les Facultés françaises doivent beaucoup de leur originalité et de leur mérite à la place qu'y a tenue l'histoire. L'histoire apporte au juriste une méthode et un état d'esprit qui lui permettent à la fois de mieux comprendre l'évolution du droit et de mieux connaître le présent. Saleilles, le doyen Hauriou, Adh. Esmein, Ed. Lambert étaient, par formation, des historiens.

Ces considérations expliquent la manière dont nous avons conçu notre tâche. Nous avons écrit ce manuel pour des étudiants formés au droit civil moderne, en nous référant sans cesse à celui-ci. Nous avons suivi, en gros, le plan d'un cours de droit civil, même quand ce plan n'était guère justifié par l'histoire. Nous avons souvent trop sacrifié la sociologie juridique et le droit comparé ; que les sociologues et les comparatistes veuillent bien nous en excuser : nous leur livrons des éléments que, mieux que nous, ils sauront mettre en œuvre.

Les anciens programmes concédaient un semestre au droit romain des obligations et ne faisaient aucune place à l'histoire du droit privé. La réforme de 1954 a prévu une histoire « globale » de chaque règle de droit : nouveauté heureuse qui imposait la collaboration d'un romaniste et d'un historien et la conjugaison du plan logique, propre au droit, et du plan chronologique, nécessaire à l'histoire.

À l'histoire du contrat, nous avons consacré une première partie ; elle fait bien apparaître, croyons-nous, que le contrat n'est pas ce mythe, cet « édifice d'enchantement » que décrivait Valéry : « Un système qui repose sur des écritures, sur des paroles obéies, des promesses tenues, des images efficaces, des habitudes et des conventions observées — fictions pures » (Au sujet des Lettres Persanes). Le contrat s'adapte aux sociétés qui le pratiquent, il traduit leurs besoins et varie avec les événements et les époques ; mais le contrat implique aussi une philosophie : il est avant tout volonté et il exprime l'autonomie de l'individu et sa liberté.

Liberté ne signifie pas forcément justice : d'où, pour régler les conflits de l'une et de l'autre, la trame des prescriptions et des mécanismes qui font l'intérêt d'une étude technique du contrat.

A cet égard le droit romain demeure incomparable et irremplaçable : c'est lui qui inéluctablement nous a fourni les cadres de notre étude ; c'est à lui qu'est revenu en définitive notre Code civil.

Quant à la part de l'ancien droit, elle n'en est pas moins remarquable : son intérêt vient de la diversité de ses tendances et de ses règles, de son empirisme, de l'évolution sociale et économique qu'il traduit ; de là aussi vient la difficulté de l'exposer clairement, difficulté encore accrue par les lacunes de la bibliographie : depuis Brissaud, aucun manuel français n'a traité de l'histoire des contrats.

Nous souhaitons que, malgré ses imperfections, ce livre soit utile aux étudiants. Puisse-t-il les aider à mieux comprendre notre droit actuel ! Puisse-t-il aussi les convaincre qu'un véritable humanisme juridique ne peut se passer ni du droit romain, ni de l'histoire qui donnent, à qui veut bien les pratiquer, cet ordre de grandeur, ce sens des perspectives et des réalités sociales sans lequel il ne peut y avoir de vraie culture juridique.

ABRÉVIATIONS

<i>AG</i>	<i>Archivio giuridico.</i>
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de historia de Derecho español.</i>
<i>ASD</i>	<i>Annali di storia del diritto.</i>
<i>AUCT</i>	<i>Annali del Sem. giur. dell' Università di Catania.</i>
<i>AUPA</i>	<i>Annali del Sem. giur. della R. Università di Palermo.</i>
<i>Basil.</i>	<i>Basiliques</i> , édit. G. E. HEIMBACH, Leipzig, 1833-1870 ; édit. H. J. SCHELTEMA et N. VAN DER WAL, Groningen, Djakarta, 1954 ss.
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch.</i>
<i>BIDR</i>	<i>Bullettino dell' Istituto di diritto romano.</i>
<i>C.</i>	Code de Justinien, Corpus juris civilis, t. II, édit. KRUGER, 11 ^e éd., Berlin, 1954.
<i>C. C.</i>	Code Civil.
<i>C. Comm.</i>	Code de Commerce.
<i>CIL</i>	<i>Corpus Inscriptionum Latinarum.</i>
<i>Coll. leg.</i>	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum (FIRA, II, p. 541 ss.).
<i>Consult.</i>	Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti (FIRA, II, p. 591 ss.).
<i>c. r.</i>	Compte rendu.
<i>C. T.</i>	Code Théodosien, édit. MOMMSEN et Paul-M. MEYER, 2 ^e éd., Berlin, 1954.
<i>D.</i>	Digeste, corpus juris civilis, t. I, édit. MOMMSEN et KRUGER, 16 ^e éd., Paris, 1954.
<i>Ecloge</i>	Ius Graeco romanum, t. II, p. 6 ss., édit. I. et P. ZEPOS, Athènes, 1931.
<i>FIRA</i>	Fontes juris romani antejustiniani, 2 ^e éd., Florence, t. I : Leges, édit. RICCOBONO, 1941 ; t. II : Auc- tores, édit. BAVIERA et FURLANI, 1940 ; t. III : Negotia, édit. ARANGIO-RUIZ, 1943.
<i>F. V.</i>	Fragmenta Vaticana (FIRA, II, p. 461 ss.).
<i>GAIUS</i>	Institutes de Gaius, édit. DAVID, Leiden, 1948 ; édit. REINACH, Paris, Les Belles-Lettres, 1950.

- Hexabiblos d'Har-
ménopule Manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et
legibus agrariis, édit. G. E. HEIMBACH, Leipzig,
1851.
- I *Institutes de JUSTINIEN, Corpus juris civilis*, t. I, édit.
KRUGER, 16^e éd., Berlin, 1954.
- ip. interpolation.
- Iura *Rivista internazionale di diritto romano e antico*,
Naples.
- JRS *Journal of Roman Studies*.
- JUS *Rivista di scienze giuridiche*, Milan.
- LQR *The Law Quarterly Review*, Londres.
- MSDB *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des
institutions des anciens pays bourguignons, comtois
et romands*.
- MSDE *Mémoires de droit écrit*.
- N. A. *Nuits attiques d'Aulu-Gelle*, HERTZ, Berlin, 1883.
- NDI *Novissimo Digesto Italiano*.
- Nov. *Novelles de Justinien*, édit. SCHOELL et KROLL.
- Nov. LÉON LE SAGE *Les Novelles de Léon IV le Sage*, édit. P. NOAILLES
et A. DAIN, Paris, 1944.
- NRH *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*,
Paris.
- Paul. Sent. *Sentences de Paul* (FIRA, II, p. 317 ss.).
- Prochiron *Ius Graecoromanum*, t. II, p. 114 ss., édit. I. et
P. ZEPOS, Athènes, 1931.
- PSI Pubblicazioni della Società Italiana, Papiri greci e
latini.
- PWRE *Paulys Wissowa Realenzyklopädie der Klassischen
Altertumswissenschaft*, Stuttgart.
- RDC *Rivista di diritto commerciale*.
- RG *Revue générale de droit*.
- RHD *Revue Historique de droit français et étranger*, Paris.
- RIDA *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bruxelles.
- RIDC *Revue internationale de droit comparé*.
- RILSL *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere*,
Milan.
- RISG *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Turin et Milan.
- RSADR *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano*.
- SDHI *Studia et documenta historiae iuris*, Rome.
- S. Seminar, Washington.
- TR *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, Haarlem,
Bruxelles.
- ZSS *Zeitschrift der Savigny stiftung für Rechtsgeschichte*,
romanist. Abt., Weimar.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

DROIT ROMAIN

Parmi les nombreux manuels, tant français qu'étrangers, qui traitent des obligations, certains, utilisés plus fréquemment, sont cités en abrégé : J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 4^e éd., Madrid ; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 3^e éd., Milan, 1956 ; CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens et les obligations*⁵, 1967 ; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917 ; ELLUL, *Histoire des Institutions*, t. I, Paris, 1955 ; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, revu et corrigé par E. SENN, Paris, 1929 ; IGLESIAS, *Instituciones de derecho romano*, t. II, 2^e éd., Barcelone, 1953 ; KASER, *Das römische Privatrecht*, t. I, Munich, 1955, et t. II, Munich, 1959 ; LEPOINTE et MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, t. II, Paris, 1954 ; DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, t. II, 5^e éd., Milan, 1946 ; MONIER, *Manuel de droit romain*, t. II, *Les obligations*, 5^e éd., Paris, 1954 ; SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951 ; SEIDL, *Römische Privatrecht*, Erlangen, 1949 ; VILLERS, *Droit romain*, t. II, *Les obligations*.

ANCIEN DROIT

Les seuls ouvrages généraux en langue française sont ceux de J. BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, 2 vol., 1904 ; LEPOINTE et MONIER, cité *supra* et les cours (polycopiés) de MEYNIAL, *Histoire du droit privé*, 1928-29 ; Auguste DUMAS, *Cours d'histoire du droit privé*, *Les obligations*, s. d. et AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé*, t. V, *Contrats et obligations*, 1950. Ajouter à ces ouvrages généraux les livres cités à l'occasion de l'histoire du contrat spécialement la précieuse étude d'YVER. On doit retenir tout spécialement pour le droit savant : P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, III, *Le obbligazioni*, 2^e éd., 1948, et E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, 1937 ; et pour le droit statutaire : Fr. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, 3 vol., 1920-21. Les coutumes traitent peu du contrat : Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 2 vol., 1920-1930, ne renferme que des indications rares mais fort précieuses.

Les capitulaires des rois francs sont cités d'après l'édition de BORETIUS et Victor KRAUSE, *M. G. H. Legum*, sectio II, 1883. Les institutes de Loisel sont citées d'après l'édition REULOS (1935) ; on a fait souvent appel à des proverbes français (éd. Joseph MORAWSKI, Paris, 1925). D'ARGENTRE est cité d'après l'édition Nicolas BUON, 1613 ; DU MOULIN, d'après éd. de 1612. POTHIER, sans autre indication, renvoie au *Traité des obligations*, éd. 1805.

INTRODUCTION

[1] L'idée d'obligation appartient à un droit relativement évolué, à une époque où l'individu a acquis une certaine indépendance, où existent des relations normales d'affaires et où la monnaie est couramment employée.

Un droit primitif — le droit romain ancien ou le droit franc — au lieu d'une notion abstraite de l'obligation, définit la condition des « obligés » et des pouvoirs qui s'exercent sur eux. L'« obligé » peut être un « citoyen enchaîné » soumis à la discrétion d'un maître et travaillant pour lui comme un esclave. On distingue mal l'obligation de la propriété et ce que nous appelons le droit réel du droit de créance.

Un droit plus raffiné — comme le sera le droit romain classique — distingue au contraire ces deux situations. L'obligé devient un « débiteur » qui, lié par un acte de sa volonté ou astreint par la loi ou par la coutume, doit donner ou faire quelque chose.

Entre ces deux notions de l'obligation, il y a place pour bien des nuances. Le droit allemand tend à « dépersonnaliser » l'obligation et à mettre l'accent sur la valeur patrimoniale de la dette (B. G. B., art. 241). Le droit anglais répugne à une théorie générale de l'obligation ; il traite séparément des contrats et des délits, insiste sur l'aspect concret de l'obligation ; pour lui tout rapport obligatoire se traduit par une prestation et il met l'accent sur le caractère matériel de celle-ci.

La tradition française est — comme celle des autres droits « latins » — très fidèle aux principes romains. Sans doute, la notion d'obligation n'est-elle pas au Moyen Age d'une parfaite pureté ; la distinction du droit réel et du droit personnel apparaît difficilement applicable aux fiefs ou aux rentes ; mais à

partir du XII^e siècle le droit de JUSTINIEN va fournir aux praticiens des formules précises et un cadre nettement arrêté.

Il paraît donc de bonne méthode d'étudier d'abord, en elle-même, la conception romaine de l'obligation.

[2] LA DÉFINITION ROMAINE DE L'OBLIGATION. — L'obligation est un lien de droit en vertu duquel nous sommes astreints à payer quelque chose, conformément au droit de notre cité (I, 3, 13, pr.). Cette définition des *Institutes de Justinien*, déjà valable en droit classique, doit être complétée par celle du jurisconsulte PAUL (milieu du II^e siècle, après J.-C.) : la substance des obligations ne consiste pas à nous rendre propriétaires d'une chose, ou titulaires d'une servitude, mais à astreindre une autre personne envers nous, soit à transférer la propriété (*dare*) soit à faire (*facere*) soit à *praestare*, c'est-à-dire à exécuter toute autre prestation (D., 44, 7, 3, pr.).

L'obligation est un lien *de droit* qui unit le débiteur au créancier. Ce dernier (*creditor*, de *credo* : j'ai confiance), quand il y a convention, fait confiance au débiteur par qui il espère être remboursé. Toute l'opération repose alors sur le *crédit* fait par le créancier au débiteur, à tel point que l'on a pu dire : « L'obligation c'est le crédit considéré au point de vue juridique ; le crédit c'est l'obligation considérée au point de vue économique » (E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937, p. 10). L'obligation a donc pour caractère essentiel d'être un rapport personnel entre deux sujets : l'un actif, le créancier, l'autre passif, le débiteur.

[3] *Lien personnel et valeur patrimoniale.* — L'opposition faite par PAUL, entre droit réel (propriété, servitude) et droit de créance, n'est pas fortuite. Celui-ci s'exerce sur la personne du débiteur, celui-là sur un bien quelconque, objet de droit. La distinction est particulièrement importante dans une civilisation qui admet l'esclavage. On doit éviter toute confusion entre le rapport obligatoire qui unit le créancier au débiteur et le droit de propriété du maître sur l'esclave. Non seulement le droit réel procure une jouissance immédiate à son titulaire, mais il est durable, il emporte droit de suite et de préférence. Le droit de créance, au contraire, n'est pas muni de tels avantages ; du point de vue économique ses résultats sont beaucoup plus

aléatoires. Non seulement le créancier ne peut suivre un élément du patrimoine du débiteur, fût-ce la chose due, entre les mains des tiers (sauf le cas de *fraus creditorum*, p. 195) mais il n'a pas d'avantages sur les autres créanciers (sauf au cas de privilège, n° 320). En cas d'insolvabilité du débiteur, il devra se contenter d'un dividende, c'est-à-dire d'une quote-part des biens du débiteur proportionnelle au montant de sa créance. Il n'en va autrement que s'il a pris la précaution de se faire octroyer une garantie sous la forme précisément d'un droit réel (hypothèque).

La différence entre le droit de créance et le droit réel est d'autant plus nette que leur source est différente. Alors qu'en droit français le contrat peut indifféremment servir à constituer des droits de créance et à transférer des droits réels (C. C., art. 1138), en droit romain les modes de constitution des droits réels et personnels sont distincts (C., 2, 3, 20).

Pour le droit français, en cas de vente de corps certain, « le contrat, par lui-même, en même temps qu'il crée l'obligation de transférer la propriété, l'exécute. « Le titre constitutif d'obligation et le titre constitutif de droits réels se confondent en un seul acte juridique » (E. GAUDEMET, *ouvr. cit.*, p. 16).

En droit romain, au contrat, source d'obligations, devra s'ajouter un acte de transfert, une *traditio* par exemple. La validité de celle-ci est indifférente à la nullité du contrat : solution illogique sans doute, mais qui répond mieux aux exigences du crédit. L'indépendance des deux actes, l'un créateur de droit réel, l'autre constitutif de droit personnel, assure une sécurité absolue aux tiers. Ils n'ont pas à se préoccuper des vices qui peuvent entacher une convention à laquelle ils n'ont pas participé et qui leur sont, pour cela, le plus souvent cachés. La fusion moderne des deux actes, si elle consacre un progrès de l'analyse juridique, n'en est pas moins incompatible avec les exigences de la pratique économique ; d'où un retour aux règles romaines dans les codifications du xx^e siècle. Rapport personnel, le droit de créance a cependant un but économique ; il tend à l'exécution d'une prestation qui représente une valeur, et constitue un élément du patrimoine du créancier.

Ce double caractère de l'obligation correspond à la célèbre distinction imaginée par les juristes allemands de la fin du

xix^e siècle (BRINZ), entre le devoir (*Schuld*) et l'engagement (*Haftung*).

[4] *Analyse de l'obligation.* — La *Schuld* est le rapport juridique en vertu duquel le corps social demande au débiteur d'exécuter sa prestation. La *Haftung* met à la disposition du créancier un moyen de contrainte direct ou indirect qui lui permettra d'obtenir satisfaction. Cette dissociation de l'obligation en deux rapports distincts expliquerait, selon certains auteurs, l'origine de l'obligation. Il suffit d'admettre pour cela que les obligations délictuelles ont précédé les obligations contractuelles. Le système primitif de la vengeance privée a été tempéré par l'emploi des compositions volontaires : sommes d'argent versées par le délinquant à la victime ou à sa famille. Sous le régime de la vengeance, le coupable est soumis à la victime en l'absence de tout rapport juridique, il y a *engagement sans devoir*. Lorsque le régime des compositions se substitue à celui de la vengeance privée, l'élément *devoir* apparaît sans pour autant se confondre avec l'engagement. Non seulement les deux éléments de l'obligation restent distincts mais ils peuvent jouer en faveur de personnes différentes. Si le délinquant obtient sa liberté en donnant un otage, le sujet du devoir est différent de celui de l'engagement, le créancier ne peut exercer aucune contrainte à l'encontre du débiteur.

A l'inverse, pour les tenants de cette doctrine, un même devoir pourra être garanti par plusieurs engagements simultanés ou successifs. Enfin devoir et engagement constituent deux rapports distincts qui peuvent naître et s'éteindre indépendamment l'un de l'autre.

Une telle analyse de la notion d'obligation est commode. Elle permet notamment d'expliquer la nature particulière de l'obligation naturelle qui engendre un devoir démuné de sanction ou encore le fonctionnement de la novation qui consiste en une modification de l'engagement, l'élément devoir restant inchangé. Si la dissociation de la *Schuld* et de la *Haftung* est logiquement utile, elle est en droit romain historiquement inexacte, elle ne peut rendre compte des origines de l'obligation.

[5] *Origines de l'obligation.* — Dans le très ancien droit romain, la doctrine moderne reconnaît l'existence de devoirs dépourvus

de sanctions juridiques, et par là même comparables à la *Schuld* que l'on retrouve dans l'ancien droit germanique. Ces devoirs n'en sont pas moins respectés grâce à l'emploi de moyens de contrainte religieux et sociaux. L'observation des usages sociaux s'impose avec rigueur dans le milieu uni et fermé que constitue la Rome primitive (V. ELLUL, p. 237 ss.). L'opinion publique constitue un moyen de pression particulièrement efficace pour les chefs de famille peu nombreux et constamment en rapport. Surtout, la crainte des sanctions surnaturelles, qui peuvent frapper le parjure ou celui qui viole la fidélité à la parole donnée (*fides*), pallie l'absence d'action en justice. Le collège des pontifes, qui a la direction suprême de toutes les affaires religieuses, fait enfin respecter l'observation des préceptes religieux (*fas*) qui s'ajoutent au droit profane (*jus*; NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, p. 24 ss.).

En dépit des moyens de contrainte extrajudiciaires dont dispose le créancier, l'obligation a dans le très ancien droit romain un certain caractère de précarité. Lorsque l'opération n'est pas au comptant, on conçoit que le créancier ait désiré l'accompagner de certaines garanties, qu'il ait mis l'accent aussi sur l'engagement du débiteur, sur le lien qui l'unissait au créancier (V. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, Uppsala, Leipzig, 1927, t. I, p. 597 ss.). *Obligatio* vient de *ligo* : je lie et *ob* : autour (du corps). L'assujettissement du débiteur est l'élément prépondérant de l'obligation, surtout quand elle a pour source un délit ; il y a, dans ce cas, lien physique plutôt que *vinculum juris*. Mais *obligare* n'a pas seulement le sens matériel de créer un lien physique, ce terme « va de pair avec *damnare* » et la formule archaïque *damnas esto* signifie « qu'il soit tenu de, obligé à » (CUVILLIER, *Manuel de sociologie*, Paris, 1950, t. II, p. 478). Or « la *damnatio* est elle-même sanction d'une *devotio*, d'une malédiction. Il suffit que la *devotio* soit conditionnelle, suspendue à l'éventualité où un certain acte ne serait pas accompli, pour qu'elle devienne source d'obligation » (*Ibid.*). On constate également que toutes les mythologies indo-européennes ont eu des dieux « lieurs » (V. DUMÉZIL, *Mitra-Varuna*, 1948, p. 113).

Les facteurs religieux et sociaux sont donc à l'origine particulièrement importants surtout en ce qui concerne l'exécution de l'obligation, on ne saurait pour autant négliger le facteur économique. Dès l'ancien droit, il joue un rôle essentiel dans la formation de l'obligation. De plus en plus l'obligation se présente comme un déplacement de valeur économique et l'on a pu dire que l'histoire de l'obligation est l'histoire du progrès de son caractère patrimonial (E. GAUDEMET, *ouvr. cit.*, p. 12).

[6] CLASSIFICATION DES SOURCES D'OBLIGATION. — a) BIPARTISME. — Ce n'est qu'à la fin de l'époque classique que les jurisconsultes romains se sont préoccupés de classer les obligations d'après leur source, c'est-à-dire d'après l'acte juridique ou le fait qui leur a donné naissance. Cette *summa divisio* des obligations a été dégagée, sinon généralisée, par GAIUS au milieu du II^e siècle après J.-C. Dans ses *Institutes*, 3, 85, cet auteur remarque : « Toute obligation naît en effet d'un contrat ou d'un délit. » En dépit de sa netteté, la classification bipartite ne peut englober toutes les obligations. Gaius doit admettre que l'obligation qui résulte du paiement de l'indu notamment n'a pas son origine dans un contrat (*Institutes*, 3, 91 : ce genre d'obligation ne paraît guère découler d'un contrat, car l'intention de celui qui effectue un paiement n'est pas de faire une opération juridique mais plutôt d'en terminer une).

b) TRIPARTISME. — Pratiquant, plus ou moins consciemment, l'*ars ignorandi*, le jurisconsulte classique range les obligations qui échappent à la classification bipartite dans la catégorie, empirique s'il en est, des *variae causarum figurae* (*divers types de sources* ; D., 44, 7, 1). Méthodiques, les Byzantins ne pouvaient se contenter de cette rubrique de *divers*, ils devaient chercher à préciser quelles étaient les sources d'obligations autres que le délit et le contrat. Ils se fondent pour cela sur la comparaison faite par GAIUS entre l'obligation qui résulte du paiement de l'indu et celle qui résulte d'un contrat. En déclarant que la somme payée indûment peut être réclamée à celui qui l'a reçue « comme s'il avait reçu un prêt » (*Institutes*, 3, 91), GAIUS suggère la catégorie des quasi-contrats.

c) QUADRIPARTISME. — Les Byzantins par esprit de système rétablissent la symétrie de la classification en y ajoutant

la catégorie des quasi-délits (I, 3, 27, pr.). De plus, alors que GAIUS se bornait à constater que, dans leurs effets, certaines opérations juridiques ressemblaient aux contrats, les juristes du Bas-Empire, en créant les quasi-contrats, transposent la comparaison dans le domaine des sources. Or, on ne saurait admettre que les obligations résultant d'un paiement indu, d'un enrichissement sans cause ou d'une gestion d'affaires par exemple, aient leur origine dans une convention même tacite des parties.

En dépit de son inexactitude et en raison autant de son apparence de logique que de sa simplicité, la classification quadripartite des compilateurs de JUSTINIEN a connu jusqu'à nos jours un très grand succès. Complétée dans notre ancien droit où l'on considère la loi comme une cinquième source d'obligation, la classification quadripartite a été reprise par notre C. C., art. 1370.

Si tout le monde s'accorde pour la critiquer, les tentatives que l'on a faites pour lui en substituer une autre sont demeurées vaines (V. RIPERT et BOULANGER, II, n° 806 ; DEMOGUE, *Studi Chironi*, t. I, p. 105). Les Codes modernes qui ont voulu se débarrasser des notions de quasi-contrats et de quasi-délits ont dû renoncer à une classification générale des sources d'obligations (cf. B. G. B., Code autrichien, Code portugais, Code égyptien, Code polonais, projet de Code franco-italien).

Le résultat le plus appréciable des tentatives de classification de l'époque romaine reste l'antithèse contrat-délit qui a des racines profondes dans le droit classique (GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turin, 1949, p. 14).

ÉTAT DES QUESTIONS

INTRODUCTION

DÉFINITION. — Le substantif OBLIGATIO est relativement récent. V. les textes de CICÉRON cités par KASER, p. 401, et A. DIAZ BIALET, « Obligatio ». Interpretación por los conceptos, *RSADR*, 1959-60, p. 9 ss.

ANALYSE DE L'OBLIGATION. — Pour l'exposé de la doctrine de la *Schuld* et de la *Haftung*, v. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain*, thèse, Aix, 1944. L'auteur critique fort justement les applications qui en sont faites. *Contra*, GANGI, Ancora sul concetto dell'obbligazione e sulla

distinzione tra debito e responsabilità, dans *RILSL*, 1953, p. 364 ss. V. également DE VISSCHER, Les origines de l'obligation *ex delicto*, dans *RHD*, 1928, p. 335 et sa critique fort pertinente du postulat de l'antériorité de l'obligation délictuelle sur le contrat.

ORIGINES. — Pour la bibliographie et l'exposé des doctrines, v. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milan, 1951, p. 17 ss. et 271 ss. ; BERKI, Romada borçların Kaynakları (Sources des obligations à Rome), dans *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, p. 134 ss.

CLASSIFICATION. — Certains auteurs (ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, Naples, 1949, p. 293 ; DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, Turin, 1954, p. 230) pensent que la classification tripartite de GAIUS serait due à des juristes de la fin du III^e ou du IV^e siècle. Dans un récent article (VAN OVEN, Remarques sur Gai., 3, 91, dans *Iura*, 1950, p. 21 ss.), on s'est fondé sur la contradiction, sinon sur l'évolution de la pensée de GAIUS, pour justifier l'existence d'interpolations. Certes, dans ses *Institutes*, 3, 91, GAIUS reconnaît l'insuffisance de sa classification bipartite, il avoue son erreur de classement en matière de répétition de l'indu, mais le postulat de l'infaillibilité de ce juriste peut difficilement servir de critère valable d'interpolation.

Sur le phénomène de polarisation de l'antithèse contrat-délit, et sur l'évolution de la terminologie qui est à l'origine de l'expression : quasi-contrat, v. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turin, 1949, p. 21 ss.

Sur les survivances romaines en droit moderne, v. notamment : B. BIONDI, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno (Sistemazione. Definizione. Requisiti)*, *Studi in onore di Francesco Messineo...*, Milan, 1959, p. 19 ss. ; P. VAN WARMELO, Die uitleg van Kontrakte, *The South African Law Journ.*, 1960, p. 69 et 219 ss.

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DU CONTRAT

[7] Source principale de l'obligation, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose (C. C., art. 1101 ; cf. POTHIER, *Obligations*, n° 3). Le respect de la foi jurée n'a été obtenu qu'à la suite d'une longue évolution marquée par le progrès du consensualisme, par le recul du principe *ex nudo pacto... actio non nascitur* (*Sent. Paul.*, 2, 14, 1). Recul constant mais nullement « lent et continu ». Comme toutes les évolutions, celle du contrat comporte des temps d'arrêt, voire des retours en arrière avec le regain de faveur que connaît le formalisme pour des raisons pratiques.

CHAPITRE PREMIER

LES CLASSIFICATIONS ROMAINES DES CONTRATS

[8] 1^o *Contrats solennels et consensuels*. — Il faut cependant se garder de donner trop d'importance à l'antithèse formalisme-consensualisme. Cette opposition, fondamentale pour la classification des contrats, est souvent considérée comme traduisant le contraste qui existe entre deux conceptions, l'une archaïque, l'autre moderne. Aux principes formalistes et matérialistes de l'ancien droit romain, se serait substitué peu à peu un consensualisme triomphant.

La réalité est tout autre. Le principe de l'autonomie de la volonté n'apparaît de plus en plus que comme une étape dans l'évolution du contrat. Une double réaction se dessine à son encontre : réaction contre l'individualisme exclusif qu'il incarne, réaction contre l'insécurité des transactions qu'il engendre. Qu'elles soient d'ordre politique, social ou économique, les raisons que l'on invoque contre la souveraineté d'une volonté individuelle, favorisent la renaissance du formalisme.

Dans les *contrats solennels* la forme l'emporte sur le fond, la lettre sur l'esprit. La convention des parties ne produit d'effet obligatoire que si elle se manifeste par l'accomplissement de certaines formalités fixées par le droit. Publicité assurée par des manifestations extérieures non équivoques, donc *facilité de la preuve* et par là même, protection contre les « inquisitions moralisantes du juge et son arbitraire dans l'appréciation du contrat » (CARBONNIER, II, n^o 126). Garantie contre les erreurs ou les manœuvres du cocontractant et donc plus grande *liberté de consentement*. *Stabilité des transactions*, enfin, à raison du caractère souvent *abstrait* de la convention. Tels sont, tant pour les parties au contrat que pour les tiers,

les avantages du formalisme. Ils lui ont valu de se voir décerner le titre de « palladium de la liberté » (IHERING). A l'inverse, sa lenteur et ses complications sont incompatibles avec une vie économique active. De tels inconvénients n'existent pas dans les *contrats consensuels* dans lesquels, selon le principe moderne, « les conventions sont la loi des parties » et qui sont de ce fait extrêmement souples.

[9] *Contrats réels*. — Le droit romain tempère l'opposition entre contrats formels et consensuels grâce à la catégorie des *contrats réels*, transition entre les deux précédentes. Dans ces contrats, l'élément créateur de l'obligation est le transfert, par l'une des parties à l'autre, d'une valeur économique, sans avoir l'intention de faire une libéralité. L'objet de l'obligation consiste en la restitution de la valeur reçue, soit en nature, soit en équivalent. Nécessaire, le transfert n'est pas suffisant, une convention doit lui être jointe pour régler les modalités de remise et de restitution, pour préciser à quel titre la chose est transférée : dépôt ou prêt par exemple. Conciliation du formalisme et du consensualisme, ainsi se présente la catégorie des *contrats réels*. La *commodité de la preuve*, qui résulte du transfert, est affaiblie par la difficulté qu'il y a à prouver la convention cependant indispensable pour écarter l'équivoque d'une simple remise matérielle. Le caractère formel, consensuel ou réel ne suffit pas à préciser la nature du contrat qui peut faire l'objet de bien d'autres classifications.

[10] 2^o *Contrats de droit strict et de bonne foi*. — Assez semblable à la précédente, cette distinction n'a cependant pas pour origine la source du contrat mais la procédure, elle repose sur la nature de l'action qui sanctionne le contrat. Celle-ci est-elle de droit strict, le juge est lié par la lettre de la convention, au contraire avec les actions de bonne foi, le juge a un large pouvoir d'interprétation et d'appréciation : il peut faire jouer la compensation ; l'exception de dol est sous-entendue ainsi que toutes les clauses de style ; dommages-intérêts et responsabilité sont appréciés souverainement. Bien que préférable sur le plan de l'équité, l'action de bonne foi présente le grave inconvénient de n'offrir aucune garantie contre l'arbitraire ou l'erreur du juge, danger encore aggravé, à l'époque classique,

par l'absence sinon l'imperfection des voies de recours contre les jugements. Si les caractères consensuels et de bonne foi du contrat, qui sont la règle dans notre droit civil actuel, apparaissent comme le couronnement de l'évolution de la technique juridique, les considérations pratiques, par l'intermédiaire surtout de notre droit commercial, ont amené les modernes à réhabiliter les opérations solennelles et de droit strict.

[11] 3^o *Contrats unilatéraux et synallagmatiques*. — En fonction des effets du contrat, deux autres classifications : celle des contrats unilatéraux et synallagmatiques, celle des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, traduisent une évolution qui paraît, à l'inverse des précédentes, irréversible. Le contrat unilatéral n'engendre d'obligation qu'à la charge d'une seule des parties, le contrat synallagmatique donne naissance à des obligations réciproques. Le premier, qui est toujours de droit strict, est largement répandu au début du droit romain. Par suite de la complexité croissante des rapports économiques, le contrat synallagmatique ne cesse de gagner du terrain.

Une catégorie intermédiaire apparaît même, que l'on désigne sous le nom de *contrat synallagmatique imparfait* (cf. POTHIER, n^o 9). On appelle ainsi des contrats qui créent nécessairement une obligation principale à la charge d'une partie, éventuellement des obligations réciproques à la charge de l'autre. Celles-ci sont sanctionnées par une action *contraria*, celles-là par une action *directa*, c'est-à-dire normale. Dans le prêt à usage par exemple, à côté de l'obligation principale de restituer un animal prêté, il existera éventuellement à la charge du prêteur l'obligation d'indemniser l'autre partie du préjudice causé par l'objet du prêt (contamination d'un troupeau par exemple). Une grande partie de la doctrine moderne rejette une telle sous-distinction à la suite d'une analyse juridique aussi subtile que peu conforme à la réalité.

[12] 4^o *Contrats à titre gratuit et à titre onéreux*. — Dans les premiers, les avantages qui résultent du contrat, profitent à l'une des parties, alors qu'ils sont réciproques dans les seconds. Cette classification ne doit pas être confondue avec la précédente. Tous les contrats synallagmatiques parfaits sont à titre onéreux, mais un contrat unilatéral ou synallagmatique imparfait n'est pas forcément à titre gratuit. Par suite des trans-

formations sociales et économiques, le caractère gratuit originaire de certains contrats s'est estompé, l'exemple du mandat est à cet égard caractéristique. Actuellement, la distinction a perdu de sa netteté et on la nuance parfois de façon excessive.

[13] 5^o *Contrats nommés et innomés*. — Cette distinction n'a en droit moderne ni le même sens, ni la même importance qu'en droit romain. De nos jours, « il est commode d'indiquer par le seul nom du contrat le genre de la transaction que l'on veut conclure » (RIPERT et BOULANGER, II, n^o 87). Si dans la pratique on nomme toujours l'opération juridique, ne serait-ce que pour déterminer les règles qui lui sont applicables, en théorie le régime de la liberté contractuelle rend une telle désignation inutile. Le C. C., art. 1107, n'oppose contrats nommés et innomés que pour distinguer ceux qui ont fait l'objet de dispositions particulières dans le Code, de ceux qui n'ont pas été spécialement réglementés. A Rome, la simple convention n'engendre pas d'action, le contrat pour être sanctionné en justice doit être nommé, il doit appartenir à un type déterminé. Cette typicité des contrats n'est nullement mise en échec par la présente classification. En droit romain, la catégorie des contrats innomés groupe, en dépit de son nom, des contrats bien déterminés (échange, transaction...). Ils ont été individualisés lorsque les types plus anciens de contrats nommés se sont avérés insuffisants à rendre compte des nouvelles opérations. L'apparition des contrats innomés est une étape importante dans l'évolution vers la liberté contractuelle ; la catégorie n'a cependant pas de caractère général ; comme les contrats innomés, les pactes (donation, constitution de dot) viennent compléter en effet les anciennes catégories juridiques.

L'histoire du contrat romain est essentiellement celle de sa qualification. L'individualisation des formes de contracter rend compte des nouveaux rapports économiques qui s'établissent entre les individus. Tous les auteurs reconnaissent la primauté du facteur économique dans l'évolution de la théorie des obligations, mais on ne saurait pour autant négliger l'importance du facteur social et moral. En revanche, l'influence du facteur politique a été fortement contestée (ZAKSAS, *Les transformations du contrat et leur loi*, 1939, p. 53 ss.). Il n'en reste

pas moins que les transformations politiques sont en corrélation étroite avec l'évolution économique et sociale, soit qu'elle l'annonce, soit qu'elle la renforce ou qu'elle l'entérine : 1^o Dans l'*ancien droit romain*, la genèse du contrat apparaît dominée par le formalisme et le matérialisme. 2^o L'époque classique (début II^e siècle avant J.-C.-fin du III^e siècle après J.-C.) est celle de la technique, elle est élaborée avec un « empirisme paysan » (*Introduction à l'étude du droit*, t. 2, LE BRAS, *Les cadres sociologiques et chronologiques du droit*, Paris, 1953, p. 23) qui se nuancera au contact de la rhétorique et de la dialectique grecque. 3^o Généralisateurs et classificateurs, les juristes du Bas-Empire se signalent par leur *dogmatisme*. L'unité réalisée à leur époque n'est que formelle : la coupure Orient-Occident est plus spectaculaire mais peut-être moins importante que la séparation qui s'accroît entre le droit savant et le droit vulgaire.

ÉTAT DES QUESTIONS

CLASSIFICATION. — V. une classification détaillée des rapports juridiques sous leurs différents aspects dans LONGO, *Diritto romano*, t. I, Rome, 1954, p. 17 ss.

CONTRAT SYNALLAGMATIQUE ET UNILATÉRAL. — La classification est plus nette en droit moderne, du moins en théorie. La majorité de la doctrine considère que le contrat dit synallagmatique imparfait est en réalité un contrat unilatéral (COLIN et CAPITANT, t. II, n^o 28 ; RIPERT et BOULANGER, t. II, n^{os} 71, 2860, 2895 ; RIPERT et ESMEIN, t. VI, n^o 35). Seul découle du contrat l'obligation principale de l'une des parties. L'obligation de l'autre, qui n'est qu'éventuelle, dérive d'un « fait accidentel, postérieur et indépendant de la convention ». Il y aurait par exemple à côté du prêt à usage, une gestion d'affaires ou un dol qui justifierait l'obligation éventuelle du prêteur de rembourser à l'autre partie les dépenses faites pour la conservation de la chose ou de l'indemniser du dommage causé par les vices de celle-ci (RIPERT et BOULANGER, t. II, n^o 2895). Une pareille discrimination est une complication aussi inutile que dangereuse. Outre qu'il ne peut être fait abstraction du contrat principal pour justifier et déterminer les obligations éventuelles de l'une des parties, une telle solution est peu conciliable avec les textes (C. C., art. 1890, 1947, 1999, 2080) et en contradiction avec le droit de rétention reconnu au dépositaire « jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt » (C. C., art. 1948). V. également la jurisprudence relative au droit de rétention du mandataire (RIPERT et ESMEIN, t. VI, n^o 35). Mieux vaudrait, semble-t-il, admettre une notion plus large des rapports synallagmatiques. La netteté d'une classification ne gagne pas à être obtenue au détriment de la réalité des rapports contractuels.

CHAPITRE II

L'ANCIEN DROIT ROMAIN : LA GENÈSE DU CONTRAT

[14] Le contrat, parce que générateur de crédit, comporte un risque, il se concilie mal avec la conception vulgaire du donnant donnant. C'est dire que la technique romaine ne s'est pas élaborée d'un coup. Mais, à l'origine du droit romain, il ne pouvait être question d'une intervention législative pour préciser les développements de la pratique, dont la connaissance demeure donc incertaine. Il est probable que l'on n'est passé qu'après bien des hésitations, du stade du droit réel à celui du droit de créance. L'appropriation immédiate d'un bien se conçoit mieux que l'assujettissement éventuel d'une personne à une autre. S'il est impossible de retracer l'évolution au cours de laquelle s'est dégagée la notion de contrat, il est vraisemblable que l'une de ses dernières étapes a été constituée par le *nexum*.

[15] NEXUM : RITUEL OU JUSTICE PRIVÉE ? — Acte juridique hybride, à mi-chemin entre le contrat, source d'obligations, et le droit réel, créateur de pouvoir, ainsi se présente l'institution qui fait l'objet des controverses sinon les plus nombreuses, du moins les plus anciennes puisqu'elles remontent à la fin de la République romaine (VARRON, *De lingua latina*, 7, 105).

Le *nexum* « fait naître une condition juridique modifiant le statut de la personne qui en est l'objet » (NOAILLES, *Fas et Jus*, Paris, 1948, p. 144). Acte formaliste, il requiert pour son accomplissement la solennité de l'airain et de la balance (acte *per aes et libram*), la pesée du métal étant devenue fictive avec l'apparition de la monnaie, après la loi des XII Tables.

Quant aux paroles qui pouvaient être prononcées à cette occasion, mieux vaut pratiquer à leur égard l'*ars ignorandi*.

L'emprunteur, *nexus*, est plus qu'un simple débiteur tenu envers son créancier en raison d'un contrat, il est dans un état de quasi-servitude. Sa sujétion n'est cependant que virtuelle : en cas de non-remboursement à l'échéance, l'assujettissement nécessite pour devenir effectif l'emploi d'une procédure particulière (*manus injectio*). Nul recours à la *justice privée*, « la source de la contrainte est exclusivement juridique » (NOAILLES, *Ibid.*, p. 126), elle consiste en un acte rituel consacré par la loi des XII Tables. Selon une récente hypothèse, ce second cérémonial aurait même été inutile. Uni à son créancier par un lien de *fides*, le *nexus* offre sa personne en garantie de sa créance, il se soumet au bon vouloir de celui qui lui a prêté, tant que la dette n'est pas remboursée (IMBERT, *Fides et nexum*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. 2, 1952, p. 339 ss. ; *contra* LEMOSSE, *L'aspect primitif de la fides*, *Studi de Francisci*, t. 2, 1956, p. 45). « Sorte de pré-contrat de caractère mystique », le *nexum* produit tous ses effets par la seule force du rite. Ainsi se trouve vérifiée l'hypothèse selon laquelle la justice aurait une origine magico-religieuse, alors qu'on la voyait autrefois dans un « régime de la force et de la vendetta » (ELLUL, I, p. 257).

Comme le constate NOAILLES (*Ibid.*, p. 144) « nous ne savons pas quelle transformation le *nexum* aurait dû subir pour devenir un contrat, attendu qu'il a été abrogé avant que la transformation ne soit devenue nécessaire ». Au début du IV^e siècle avant J.-C., une loi Poetelia Papiria, votée au profit de la plèbe endettée, adoucit le sort des *nexi* et enlève ce faisant tout intérêt à cet acte. L'apparition de procédures plus souples d'exécution forcée, notamment de l'exécution sur les biens, ne pouvait que renforcer sa désuétude.

Le caractère objectif du rituel qui assujettit le *nexus* montre le peu de cas que l'on fait d'une volonté qui ne se matérialise pas par un acte, par la remise d'un objet. Le symbole est nécessaire à l'efficacité du rite. Pour en arriver à la notion de contrat une dernière étape doit être franchie. Elle le sera d'abord avec la catégorie des *contrats solennels* verbaux dans lesquels, si la forme est prépondérante, elle n'est plus le symbole mais l'expression directe de la volonté. Elle le sera surtout avec les *contrats réels* qui répudient le symbole pour la réalité et font une

place à la volonté exprimée librement. Enfin les pratiques du *jus gentium*, du commerce international, faciliteront l'admission par le droit civil romain des *contrats consensuels* dans lesquels la création de l'obligation est uniquement l'œuvre de la volonté.

1) Formalisme ; 2) Réalisme ; 3) Consensualisme, autant d'étapes dans l'évolution du système contractuel romain.

SECTION I. — Formalisme

[16] Noailles, pour rendre compte de l'évolution du contrat montrait comment le droit civil s'était substitué au droit sacré, comment on était passé du *Fas* au *Jus*. Pour saisissante qu'elle soit, l'antithèse ne doit pas être exagérée (v. H. LÉVY-BRUHL, c. r. de NOAILLES, dans *Iura*, 1950, p. 334). Le processus de laïcisation est indéniable, mais la séparation entre le religieux et le laïque n'a pas toujours été bien nette. Dès l'ancien droit, les paroles sacramentelles utilisées pour : 1) Le contrat de *stipulation* ont un effet obligatoire autant à raison de leur caractère religieux que de la pression de la collectivité ; à l'inverse 2) Le *serment* (*jusjurandum*), acte religieux par excellence, subsistera en dépit de la laïcisation du droit privé avec un domaine, il est vrai, très limité : *jusjurandum liberti* (serment de l'affranchi).

§ 1. STIPULATION

[17] C'est un contrat solennel, abstrait, unilatéral et de droit strict, qui se forme par l'échange de paroles solennelles entre créancier et débiteur. Solennité certes, mais élémentaire. A la question du futur créancier : promets-tu ? (*spondesne*) le futur débiteur répond : je promets (*spondeo*). On voit mal quelles paroles plus simples pourraient être utilisées. Elles sont cependant prescrites à peine de nullité, et c'est en cela que réside le formalisme.

Les volontés, pour lier, doivent s'exprimer d'une certaine manière, c'est cette manifestation extérieure qui est prise en considération, abstraction faite de toute recherche d'intention. Cette gêne est très largement compensée par une qualité que ne posséderont aucun des contrats créés par la suite : la stipu-

lation est moins un contrat, qu'une forme générale de s'obliger. Ce n'est pas *un* contrat, mais *le* contrat (BIONDI, p. 449). La stipulation fait échec à la typicité des contrats, principe selon lequel, à la différence de notre droit moderne, tout contrat, pour être sanctionné en justice, doit avoir un nom et des règles propres, et doit être adapté à une opération concrète déterminée. Le caractère abstrait de la stipulation lui permet d'échapper à une règle générale. Les conventions les plus variées peuvent être sanctionnées en se pliant à son formalisme très simple, aussi a-t-elle été qualifiée de « moule à contrats », « d'estampille juridique ».

[18] SPONSIO. — L'origine de la *stipulatio* est particulièrement controversée. Seule sa très grande ancienneté ne fait plus de doute depuis la découverte en 1933 de nouveaux fragments des *Institutes* de GAIUS qui prouvent qu'elle était sanctionnée par la loi des XII Tables. Le verbe *spondeo* étant utilisé par les parties, la forme primitive d'engagement est désignée sous le nom de *sponsio*. Suivant l'évolution de la terminologie, on parlera plus tard de *fidepromissio* ou de *fidejussio*. Considéré par certains comme ayant été à l'origine un mode de cautionnement, son caractère religieux primitif paraît plus vraisemblable (v. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, 1943). Hypothèse qui semble confirmée autant par l'étymologie (*spondai* : faire des libations) que par l'utilisation que l'on fait de la *sponsio* dans les relations internationales au IV^e siècle avant J.-C. A cette époque, elle fait encore naître un engagement à la fois religieux et juridique (H. LÉVY-BRUHL, *La sponsio* des fourches caudines, dans *RHD*, 1938, p. 533 ss. qui montre qu'en droit public le promettant s'engage lui-même ainsi que la collectivité mais qu'« en réalité il ne s'oblige ni tout seul, ni pour autrui ». On peut se demander s'il n'y a pas là une sorte de personnalité diffuse).

§ 2. LE SERMENT ET LA PROMESSE DE DOT

[19] SERMENT. — Pour les anciens, le serment est le meilleur moyen de resserrer la confiance (*fides*) de règle entre personnes qui sont en rapports constants (CICÉRON, *De officiis*, 3, 31 ; DENYS D'HALICARNASSE, 1, 40). On rendait une convention

obligatoire en prêtant serment sur l'autel domestique ou sur celui d'HERCULE, dieu de la richesse. Toute violation était efficacement réprimée par une sanction morale et religieuse, par la crainte d'être mis au ban de la société.

A la différence de la *sponsio*, le serment ne s'est pas imposé comme mode général de contracter. Après la laïcisation du droit par la loi des XII Tables, il ne subsiste plus que sous une forme très spéciale : le serment de l'affranchi (*jusjurandum liberti*).

[20] PROMESSE DE DOT. — Ce troisième type de contrat solennel verbal consiste en une déclaration unilatérale faite lors des fiançailles par la personne qui constitue la dot. Ce contrat de droit strict, mais non abstrait, disparaîtra au Bas-Empire, époque à laquelle la simple promesse de dot deviendra obligatoire (C. T., 3, 13, 4).

SECTION II. — Réalisme

[21] La conception réaliste est peut-être celle qui a marqué le plus profondément le droit contractuel romain. Système intermédiaire entre le formalisme et le consensualisme, il se présente comme un compromis entre le matérialisme rigide du contrat solennel et la très grande liberté dont bénéficient les parties dans les contrats consensuels.

Dès la fin de l'ancien droit romain, apparaît le contrat de prêt de consommation, qui se forme *re*, par la remise d'une chose : c'est l'*actum re* ou *mutuum* qui est mentionné à diverses reprises par PLAUTE. Il s'agit, à l'origine, d'un service d'ami que l'on se rend entre voisins : prêt de semences par exemple. Il ne comporte pas d'intérêt, c'est le type du service rendu « à charge de revanche ». L'emprunteur est simplement tenu de restituer, aux temps et lieu fixés par les parties, une quantité égale de choses de même espèce et de même qualité. L'absence d'intérêt est impliquée aussi bien par l'origine que par le génie du contrat. Les contractants sont liés par un transfert matériel d'autant moins gênant qu'il correspond au but poursuivi par les parties. Le symbole s'identifie à la réalité. Ce transfert n'en constitue pas moins une sorte de forme qui s'impose à la

volonté des parties. Dans la convention qui accompagne la remise matérielle pour fixer les modalités de l'opération, les contractants ne peuvent prévoir la restitution d'une espèce ou d'une quantité différente, notamment le versement d'intérêts.

A l'époque suivante, lorsque le *mutuum* sera utilisé dans les relations commerciales comme dans les rapports entre amis, les inconvénients d'un tel système commenceront à se faire sentir. Dans l'ancien droit romain, au contraire, la conception réaliste répond à un besoin naturel et son domaine d'application dépasse largement celui des contrats. C'est ainsi que, dès l'époque de la loi des XII Tables, l'un des modes de transfert de la propriété (pour les *res nec mancipi*) est la *traditio* qui consiste simplement en une remise effective de la chose à l'acquéreur.

[22] FIDUCIE. — Remise d'une chose, entente avec un ami, tels sont les traits caractéristiques de la technique contractuelle dans l'ancien droit romain. Ce mélange de matérialisme et de confiance n'est nullement contradictoire, il n'est que l'expression de la pratique. Ainsi trouve-t-on à cette époque des contrats non encore individualisés qui se concluent de cette manière. Un transfert de propriété (par *mancipatio* ou *in jure cessio*), accompagné d'un pacte de restitution, peut aussi bien réaliser un dépôt qu'un prêt à usage, rendre service à l'aliénateur qui veut mettre ses biens en sûreté avant de partir en voyage, qu'à l'acquéreur fiduciaire qui a besoin d'utiliser un objet. Techniquement très imparfait, ce contrat de *fiducie* (*fido* : j'ai confiance) repose essentiellement sur la bonne foi ; le déposant ou le prêteur n'a guère d'autre moyen pour rentrer en possession du bien aliéné que la pression de l'opinion publique ou la *nota censoria*. A l'époque suivante, GAIUS (2, 60) opposera à cette forme de *fiducie* réalisée avec un ami (*cum amico*), le pacte conclu avec un créancier (*fiducie cum creditore*) qui réalise un gage. Là encore, l'acquéreur fiduciaire, qui est le créancier, n'est tenu de restituer, quand le débiteur le remboursera, qu'à raison de sa bonne foi.

Toutes ces opérations sont du *jus civile* ; elles sont proprement romaines et ne sont valables que si elles sont conclues entre citoyens. On doit se garder de croire, cependant, que la

fides soit le monopole des Romains. La preuve en est que dans les contrats consensuels, où la confiance est le plus nécessaire, l'influence des pratiques étrangères est indéniable.

SECTION III. — Consensualisme

[23] La date d'apparition des contrats consensuels, et tout particulièrement de la vente qui est le plus usité, est très controversée. Pour GIRARD (*Manuel*, p. 566), ces contrats n'existeraient pas dans l'Ancien droit, « mais ils paraissent avoir été ensuite reconnus très vite ». Le grand romaniste ajoutait que des auteurs de plus en plus rares croient à l'existence d'une vente consensuelle à l'époque de la loi des XII Tables. Aujourd'hui, pourtant, ces auteurs deviennent plus nombreux et ce n'est pas là une simple question de mode. Deux textes, en effet, dont l'un, au moins, paraît indiscutable, attestent la reconnaissance de la vente à crédit par la loi des XII Tables (GAIUS, 4, 28 ; I, 2, 1, 41).

Il est logique d'admettre que la vente consensuelle a été précédée par une vente-transfert, que la vente-contrat s'est substituée à la vente au comptant. On a longtemps pensé que l'évolution n'avait pu être naturelle, que la technique avait dû venir au secours de la pratique. Tour à tour, contrats réels, stipulations ont été proposés comme trait d'union entre les deux formes de vente. Selon les auteurs, c'est l'échange ou une double stipulation qui aurait servi d'introduction à la vente consensuelle.

Il semble admis aujourd'hui que l'on peut « passer directement de la vente au comptant à la vente à crédit ou contrat consensuel, sans rechercher d'intermédiaire » (LEPOINTE et MONIER, p. 236). Les contrats solennels ou réels, que nous venons d'examiner, sont trop différents des contrats consensuels pour être à leur origine. C'est dans l'évolution de la pratique que l'on doit chercher les raisons de la transformation, et le problème consiste à déterminer les facteurs de cette évolution.

L'influence du droit public, des ventes conclues pour le compte de l'Etat par adjudication aux enchères (CUCQ, p. 453), ne peut être retenue, car elles sont soumises à des règles très

spéciales. Beaucoup plus vraisemblable au contraire est l'influence des pratiques du commerce international (COLLINET et GIFFARD, II, n° 90 ; PRINGSHEIM, *ouvr. cit.*, p. 485 ss.).

Une vente à crédit fondée sur la confiance, sur la *fides*, dépourvue de sanctions légales n'est pas une utopie. La bonne foi des commerçants ou celle des paysans repose sur l'intérêt ; elle est impliquée par la crainte que la violation de la parole donnée n'entraîne des mesures de rétorsion. L'honnêteté et la probité des parties ne s'expliquent nullement par des préoccupations morales mais « par l'expérience réaliste ». Si les pratiques du *jus gentium* ont permis le passage de la vente-transfert à la vente-contrat, dans l'ancien droit romain de tels usages ne sont pas sanctionnés en justice. Ils n'en sont pas moins respectés comme le sont, dans une société fermée et groupée autour des chefs de famille, les rapports de correction et d'honnêteté. Au besoin, les censeurs interviennent efficacement en frappant les contrevenants grâce à la *Nota censoria* (ELLUL, I, p. 309). En cas de contestation, la difficulté était tranchée par l'arbitrage d'un homme de bien qui statuait en équité. C'est le prêteur pérégrin qui consacrerait la coutume en sanctionnant le contrat par une action de bonne foi qui peut être utilisée entre Romains ou étrangers : le nouveau contrat appartenant au *jus gentium*.

Tout comme la vente, le louage, contrat consensuel, est signalé par la loi des XII Tables (GAIUS, 4, 28). A cette époque, on connaît au moins le louage de bêtes de somme, mais la location des biens immobiliers semble n'avoir été pratiquée que beaucoup plus tardivement, au début de l'époque classique, et sous l'influence du droit public, beaucoup plus probable ici qu'en matière de vente.

Si les facteurs économiques externes ou internes apparaissent déterminants dans l'élaboration des contrats de vente et de louage, le contrat de société s'est dégagé sous des influences beaucoup plus complexes. Ce contrat dérive pour partie de l'indivision naturelle qui existait entre les héritiers à la mort du *pater familias* (*antiquum consortium* : GAIUS, 3, 154 a), pour partie des pratiques commerciales du bassin oriental de la Méditerranée. Sociétés familiales, sociétés commerciales, les

premières plus que les secondes allaient marquer profondément le contrat, et lui interdire par là même d'avoir dans la vie économique la place prépondérante qu'il occupe de nos jours.

Si dès l'ancien droit romain, il existe trois des contrats consensuels que l'on retrouve à l'époque classique, le dernier est déjà « en formation ». Qu'il s'agisse de la représentation en justice (*cognitio*) ou de la gestion générale des affaires de quelqu'un (*procuratio*), il existe des pratiques dont se dégagent, à l'époque suivante, les techniques du mandat et de la gestion d'affaires.

Solennels, réels ou consensuels, les contrats de l'ancien droit ont tous un dénominateur commun : la confiance. Elle s'explique soit par une communauté d'intérêts, soit par une amitié personnelle. Elle est postulée par la croyance religieuse. On ne saurait s'étonner de voir associer deux concepts qui paraissent contradictoires à un esprit moderne : la *fides* et le formalisme. La *fides* est nécessaire à une époque où les pressions morales et sociales priment une sanction judiciaire encore élémentaire ; le formalisme paraît naturel à des esprits sensibles au symbole, peu portés aux abstractions de l'obligation subjective. A l'époque classique, les données de l'évolution vont se trouver modifiées.

ÉTAT DES QUESTIONS

NEXUM. — V. la copieuse bibliographie antérieure à 1940 citée par NOAILLES, *Fas et Jus*, Paris, 1948, p. 91, n. 2 et p. 93 ss. ; les principales hypothèses sont également exposées par LUZZATO, *Per un ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milan, 1934, p. 217 ss., partisans du nexum-contrat et du nexum-droit réel (*mancipatio*) s'affrontent en vain depuis le début du siècle. V. plus récemment les c. r. de l'œuvre de Noailles par H. LÉVY-BRUHL, notamment dans *Iura*, 1950, p. 332 ss. L'auteur ne se borne pas à une simple mise au point, tirant les conclusions de ses études sur l'acte *per aes et libram* (v. RHD, 1938, p. 460 ss. ; LQR, 1944, p. 51 ss. ; *Nouvelles études*, Paris, 1947, p. 98 ss.), il dégage de façon particulièrement convaincante les caractères de l'acte rituel dans l'ancien droit romain. Le dernier mot est cependant loin d'avoir été dit sur la question. V. un nouvel aspect du problème : IMBERT, *Fides et Nexum*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. I, 1952, 339 ss. ; LEMOSSE, L'aspect primitif de la *fides*, *Studi de Francisci*, t. II, 1956, p. 45 ss. Les anciennes théories ne semblent pas pour autant

avoir perdu toute audience. Cf. PUHAN, L'histoire de l'ancien nexum romain, dans *Annuaire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Skopje*, t. I, 1954, p. 139 ss. V. également S. A. B. MEIRA, *Lex Poetelia Papiria de Nexis*, dans *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Pará*, 1962, p. 77 ss.

SPONSIO-STIPULATIO. — V. la bibliographie citée par KASER, I, p. 150, n° 13 ; 151, n° 19 ; KASER, *Das Altrömische Jus*, Göttingen, 1949, p. 256 ss., n'admet pas l'évolution du *Fas* au *Jus* tracée par Noailles. D'une façon générale, l'auteur répugne à reconnaître un caractère religieux au formalisme juridique romain. Cf. son manuel, p. 152. *Contra* : WESTRUP, *Notes sur la sponsio et le nexum dans l'ancien droit romain*, Copenhague, 1947. V. également BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milan, 1953, p. 277 ss. La *sponsio* archaïque n'aurait pas eu de rôle promissoire, garantissant l'existence d'une situation objective, elle serait étrangère au concept d'*obligatio* ; F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milan, 1961, p. 75 ss.

Sur les domaines d'application de la *sponsio* : vœux, fiançailles, traités internationaux, v. MONIER, II, p. 23 ss. V. également sur son rôle de garantie : H. LÉVY-BRUHL, La *sponsio* des fourches caudines, *RHD*, 1938, p. 544 ss.

SERMENT. — Tout lien de filiation entre le *jusjurandum* et la *sponsio* doit être écarté, les deux procédures étant apparues sensiblement à la même époque. V. CHEVRIER, *Du serment promissoire*, thèse, Dijon, 1921, p. 57 ss. Sur la nature civile ou plus probablement prétorienne de la sanction, v. CHEVRIER, *op. cit.*, p. 231 ss. ; LAMBERT, *Les operae liberti*, thèse, Paris, 1934, p. 130 ss. ; GIFFARD, La portée de l'édit De operis libertorum, dans *RHD*, 1938, p. 92 ss.

RÉALISME : LE MUTUUM. — On a soutenu que le *nexum* était à l'origine du *mutuum* qui se serait substitué à lui après la loi *Paetelia Papiria*. En réalité le *mutuum*, tout comme la *sponsio*, a existé à côté du *nexum*, tous trois répondent à des besoins différents. V. KRELLER, *PWRE*, t. VI, p. 572. La philologie permet de bien dégager le sens de la conception réaliste : cf. VIARD, *La mutui datio*, Paris, t. I, 1939, p. 14 ss. Sur la procédure utilisée pour sanctionner le contrat de prêt, v. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im Klassischer römischen Recht*, Münster, 1952, p. 273 ss. ; LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltendem Recht*, Berlin, 1952, p. 90 ss.

FIDUCIE. — En cas de non-restitution, l'aliénateur, outre les sanctions morales et sociales, peut utiliser l'*usureceptio fiduciae*. Si d'aventure, l'objet revient en sa possession, il peut l'usucaper, c'est-à-dire en devenir propriétaire après l'avoir conservé pendant le délai d'un an. MONIER, II, p. 122, pense qu'une sanction judiciaire existait dès l'ancien droit. La *fiducie* a joué un rôle très important, aussi bien dans le droit des personnes (émancipation, adoption, *coemptio* fiduciaire) que dans le droit des successions (*mancipatio familiae, fideicommissis*). V. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940 ; v. bibliographie dans KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, p. 161 et dans LEMOSSE, *Studi de Francisci*, t. II, p. 51, n. 1.

CONSENSUALISME

FIDES. — Le droit comparé est particulièrement utile pour les problèmes relatifs aux origines. V. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, thèse, Paris, 1917, qui rapproche *pistis* grecque et *fides* romaine et la bibliographie citée par LEMOSSE, L'aspect primitif de la *fides*, *Studi de Francisci*, t. II, 1956, p. 42 ss. V. également ELLUL, I, p. 243 et 324 et BIONDI, A proposito di equità e di buona fede, *JUS*, 1957, p. 127.

VENTE. — V. l'exposé et la réfutation des théories favorables à l'existence de types intermédiaires de ventes-contrats dans LEPOINTE et MONIER, p. 234 ss. et pour la bibliographie, MONIER, II, p. 131 ss. Sur la valeur des textes qui mentionnent l'existence de la vente à crédit dès l'époque des XII Tables, v. pour le plus critiqué d'entre eux (I, 2, 1, 41), G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, 1924, p. 88 ss., dont l'argumentation emporte la conviction. Sur l'ancienneté d'origine de la vente, v. en dernier lieu l'article d'un autre éminent spécialiste du droit des obligations, PRINGSHEIM, L'origine des contrats consensuels, dans *RHD*, 1954, p. 487 ss. V. DU MÊME AUTEUR les différences qui existent dans la vente grecque : *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1951 ; c. r. de GERNET, dans *RHD*, 1951, p. 560. V. également F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milan, 1963.

SOCIÉTÉ. — L'origine familiale de la société et l'organisation de l'*antiquum consortium* ont été remarquablement étudiées par H. LÉVY-BRUHL, Le consortium artificiel du nouveau GAÏUS, dans *Atti del IV Congresso di Papirologia*, 1936, p. 293 ss. ; *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, p. 51 ss. Il semble établi qu'il y a eu une étape intermédiaire entre la simple indivision et le contrat consensuel, dans un *consortium* artificiel : société formée volontairement à l'exemple de la société fraternelle. V. également pour une comparaison plus large avec la technique de l'indivision, J. GAUDEMET, *Régime juridique de l'indivision*, thèse, Strasbourg, 1934, p. 10 ss. ; v. DU MÊME AUTEUR, c. r. de WIEACKER, *Societas Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, dans *RHD*, 1939, p. 131 ss. Sur l'influence des pratiques des peuples commerçants du bassin méditerranéen et de l'Orient, v. surtout la vaste synthèse comparative de E. SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome*, Paris, 1947. Un *jus mercatorum* très vaste semble bien avoir existé qui n'était limité ni dans le temps à l'époque romaine : le droit babylonien ayant pu faire sentir son influence par l'intermédiaire du droit phénicien, ni dans l'espace à l'Orient hellénistique : la contribution de la pratique carthaginoise étant infiniment probable. V. c. r. de l'ouvrage de Szlechter par J. DAUVILLIER, dans *RHD*, 1953, p. 288.

MANDAT. — Sur les origines, l'ouvrage fondamental reste encore celui de G. LE BRAS, *L'évolution du procureur*, thèse, Paris, 1922, p. 102 ss. V. également c. r. DE DONATUTI, *Contributi alla teoria di mandato*, dans *RHD*, 1931, p. 391 ss.

CHAPITRE III

DROIT CLASSIQUE : LE PRAGMATISME

[24] A l'époque classique, le facteur économique l'emporte sur le facteur familial ou social ; il fait disparaître les derniers vestiges du ritualisme religieux primitif, il suscite l'apparition et surtout la transformation des formes de contracter. L'évolution se fait au fur et à mesure des besoins et sous le signe de l'utilité. L'empirisme paysan devient commerçant, mais ce sont les mêmes méthodes, ce sont les mêmes hommes que l'on retrouve aux deux époques. Pour satisfaire les besoins de la pratique, pour sanctionner les nouvelles opérations, la technique des jurisconsultes s'affirme, et partant, leur croyance dans la supériorité de leur discipline.

Certes, le droit romain est, plus que jamais, réceptif aux influences étrangères. Avec l'ère des conquêtes, les pratiques gréco-orientales et carthaginoises sont mieux connues, elles trouveront une large audience auprès du préteur qui n'hésitera pas à les sanctionner. Dès lors, on ne peut que s'étonner de la réserve dont les jurisconsultes font preuve à leur égard. Le mépris qu'ils professent envers les pratiques commerciales, plus qu'un chauvinisme dont on a tendance à exagérer la portée, explique une telle réticence. Ces techniciens, comme tous les juristes, ne croient pas à la vertu des transformations radicales ; ce sont des « conservateurs résolus ». On constate bien une évolution du formalisme archaïque, la solennité se rapproche de la preuve qui tend à devenir sa principale raison d'être, mais en dépit de tous les changements, il persiste une « équivoque de révolution conservatrice » (LE BRAS, *Introduction à l'étude du droit*, t. II : *Les cadres sociologiques et chronologiques du droit*, Paris, 1953, p. 26).

SECTION I. — La technique

[25] L'assouplissement de la procédure, l'apparition de la formule (V. ELLUL, I, p. 408), donnent au prêteur les moyens de sanctionner des opérations qui n'étaient pas encore individualisées : 1^o La dissociation de la *fiducia*, la spécialisation de la *procuratio* vont permettre l'*individualisation* des contrats réels et consensuels dont les caractères essentiels sont dégagés sous le signe de la bonne foi ; 2^o Mais, pour sanctionner les nouveaux *negotia*, jurisconsultes et prêteur ne pouvaient se contenter de ces aménagements techniques ; il fallait, pour respecter la *typicité* des contrats, créer de nouvelles catégories juridiques : contrats innomés et pactes répondent à ce souci respectivement en droit civil et en droit prétorien.

[26] INDIVIDUALISATION ET BONNE FOI. — A l'époque classique, deux contrats réels : le dépôt puis le prêt à usage (*commodat*) se substituent à la *fiducia*. Celle-ci présentait en effet le double inconvénient d'être dangereuse pour l'aliénateur qui perdait son droit réel et incommode pour les parties à cause des formalités du transfert de propriété (*mancipatio* ou *in jure cessio*). Désormais un simple transfert de détention (dépôt) ou de possession (prêt), accompagné d'une convention, suffit à la conclusion des nouveaux contrats réels, d'abord sanctionnés par une action prétorienne (*in factum*) puis civile (*in jus*).

De son côté, le consensualisme gagne du terrain. Le louage de choses frugifères, considéré comme une vente des fruits produits, se dissocie peu à peu du contrat de vente. Dès le II^e siècle avant J.-C. on distingue le louage de services du louage d'ouvrage (CATON, *De agricultura*, 4, 1). Le mandat issu de la *procuratio* se dissocie de la gestion d'affaires. Le prêteur fait une discrimination entre celui qui se charge spontanément de gérer le patrimoine d'un absent et celui qui accepte de s'occuper d'une affaire déterminée. Service d'amî gratuit dans les deux cas, mais volonté unilatérale dans le premier, accord de volontés dans le second : la technique se précise, la spécialisation contractuelle se poursuit. A la fin de l'époque classique, le mandat pourra devenir général sans risquer de se confondre avec la

gestion d'affaires : ces opérations font désormais partie de catégories bien définies.

Pour dégager les effets des contrats consensuels, les juristes se familiarisent avec la volonté, ils la recherchent, ils l'interprètent, ils la supposent. Fiction et *tacitas* assurent le triomphe de l'esprit sur la lettre, le rapprochement du droit et de l'équité. Mais la place plus que modeste faite à la notion de cause montre les classiques peu désireux de sonder les reins et les cœurs. Leurs recherches psychologiques leur permettent surtout de mieux définir certaines catégories juridiques ou de réprimer les atteintes à l'ordre public (cause illicite et immorale).

Le développement de la technique est étroitement lié aux préoccupations de la pratique. C'est ce qui explique le succès relatif que connaît le consensualisme ; l'accord de volontés est difficile à prouver. Dès la fin de la République, la vente, contrat consensuel par excellence, verra sa preuve facilitée grâce à l'emploi des arrhes. Cet usage emprunté aux coutumes sémitiques, fait constater l'accord de volonté des parties par la remise que fait l'acheteur au vendeur, d'un objet, le plus souvent d'un anneau (G. BOYER, *Cours*, II, p. 21).

Pour soucieux que soient les juristes de dégager une technique concrète, ils n'en généralisent pas moins la notion de bonne foi. Mais l'idée qu'ils s'en font tient moins compte des préoccupations morales, issues des principes de justice commutative, que de l'honnêteté élémentaire sans laquelle les relations commerciales sont impossibles. Qu'il s'agisse de préciser les notions de dol, de violence ou d'erreur, les Romains font preuve avant tout de sens pratique. L'interdiction de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui n'a que la valeur d'un précepte moral, il n'en est fait que des applications occasionnelles. L'habileté dans les affaires est admirée, la tromperie est tenue pour un bon tour à condition de respecter « la règle du jeu » (*bonus dolus*), le droit se désintéresse des timorés et des sots, l'attrait du bénéfice est à la base du système économique classique, libéral et individualiste.

[27] NEGOTIA ET TYPICITÉ DES CONTRATS. — La complexité croissante de la vie économique nécessite la formation de nouveaux rapports de droit, comme elle favorise la multiplication des

actes juridiques (*negotia*). Ces actes ne peuvent être rattachés aux formes générales de contracter de l'ancien droit ; ils ne correspondent à aucun des types de contrats connus. Grâce à la variété des moyens de procédure, le préteur n'a aucune peine à protéger dans des cas d'espèce les nouveaux rapports juridiques ; leur sanction, pour être normale, exige qu'ils soient « qualifiés », c'est-à-dire classés dans des catégories nouvelles créées par la jurisprudence. Les uns sont intégrés dans le droit civil : ce sont les contrats innomés, les autres restent sanctionnés par une simple action prétorienne : ce sont les pactes. [28] RÉALISME ET CONSENSUALISME. — I. — Une synthèse de ces deux conceptions est élaborée avec la théorie des *contrats innomés*.

Pour sanctionner les *nova negotia*, certains jurisconsultes ont d'abord cherché à les rapprocher des contrats individualisés et pourvus de sanctions : l'échange est assimilé à la vente (dans l'hypothèse de deux choses dont l'une devrait tenir lieu de prix, Ph. MEYLAN, dans *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, p. 45). D'autres *negotia* sont comparés au louage ou au mandat (D., 19, 3, 1, pr.), au dépôt ou au prêt à usage (D., 19, 5, 1, 2). Outre les inconvénients qui en résultent, les buts poursuivis par les parties n'étant pas les mêmes, les limites de la vraisemblance sont vite atteintes. Certes en cas de refus d'exécution de l'une des parties, si le cocontractant a déjà effectué sa prestation, il pourra la reprendre, remettre les choses en état, grâce à une procédure fondée sur l'enrichissement sans cause (*condictio ob rem dati* : réclamation de la chose donnée pour une chose). Il s'agit là d'un pis-aller, d'une action non pas en exécution, mais en résolution du rapport juridique.

Un autre expédient est alors utilisé : on demande au magistrat de sanctionner les *negotia* par une procédure de circonstance (*actio in factum*, accordée dans chaque cas déterminé après enquête). Le préteur punira l'inexécution de la part du cocontractant, s'il l'estime répréhensible. La délivrance de l'action est affaire d'appréciation, les parties n'ont aucun droit, car il n'y a pas de contrat véritable. Ce n'est qu'au II^e siècle après J.-C. que le jurisconsulte, d'origine grecque, ARISTON, constatera l'existence d'un contrat, doté d'une action civile,

du moment qu'il y a exécution d'une prestation par l'une des parties. Conception à la fois réaliste et consensualiste, parce que le transfert matériel de valeur d'un patrimoine dans un autre s'accompagne d'une convention dont le rôle est beaucoup plus important que dans les contrats réels : elle ne règle pas seulement les modalités de restitution du bien transféré, elle peut prévoir la restitution d'un objet différent.

Convention et transfert sont tous deux à l'origine de l'obligation. Dans le contrat d'échange, l'obligation du coéchangiste de livrer telle chose découlera, et de la remise de l'objet échangé, et de l'accord sur la nature de la contre-prestation. Significative est l'attitude des juristes romains qui n'ont pas osé opter pour la solution consensuelle. Les pratiques sanctionnées par le préteur, la procédure de la *condictio ob rem dati*, autant de preuves de l'importance de l'exécution dans l'esprit des contractants. La technique a dû tenir compte de ces réalités. Une telle solution n'est probablement pas le résultat de la seule évolution interne du droit classique ; pour élaborer cette notion de *consensualisme tempéré*, les romains se sont probablement inspirés de la conception orientale qui donne un rôle important à la convention dans le contrat réel.

II. — Certains *negotia*, cependant, n'ont jamais été sanctionnés que par une action *in factum* : ce sont ceux que les modernes qualifient de *pactes prétoriens*.

Le simple accord de volontés, le pacte nu, n'engendre pas d'action, le préteur permet seulement de l'invoquer par voie d'exception opposée à l'action du créancier (D., 2, 14, 7, 7). En revanche, les conventions qui complètent un contrat individualisé, bénéficient de la sanction de ce contrat. Cette latitude permet d'assouplir considérablement le principe de typicité des contrats. Grâce à différentes clauses, un contrat pourra avoir des effets très divers. Mais il existe une limite impliquée par le génie du contrat. On ne peut aller par exemple à l'encontre de son caractère de bonne foi ou de gratuité : la convention d'intérêts, jointe à un contrat de prêt de consommation (*mutuum*), est nulle.

Certaines promesses unilatérales sont cependant sanctionnées par le préteur en dehors de toute association à un

contrat. Outre le très important *pacte d'hypothèque* (v. n° 326) et le *pacte de serment*, qui dans le domaine extrajudiciaire a un rôle analogue au serment décisoire avec lequel il sera confondu au Bas-Empire, on trouve le *pacte de constitut* et les différents *recepta*. La plupart ont pour but, sinon pour effet, de développer le crédit.

[29] DÉVELOPPEMENT DU CRÉDIT. — *Le pacte de constitut* (*constituere diem* : fixer un jour, assigner un terme) est une promesse dénuée de formes de payer à une date fixée une dette préexistante : la sienne propre (*constitutum debiti proprii*) ou celle d'autrui (*constitutum debiti alieni*). Opération de crédit, par excellence, elle se présente sous la forme d'un *report de dette* avec éventuellement renforcement de la garantie donnée au créancier, si le promettant est un tiers qui s'engage à exécuter à la place du débiteur, le délai de paiement une fois écoulé. L'opération repose sur la *fides* (D., 13, 5, 1, pr.), le créancier fait une nouvelle fois confiance au débiteur. Si sa bonne foi est à nouveau surprise et plus particulièrement si le promettant — tiers ou débiteur — conteste à tort la convention, le plaideur téméraire s'expose à payer à son adversaire, en guise de dommages-intérêts, la moitié de l'intérêt du procès (GAIUS, 4, 171). Le caractère semi-pénal de l'action se traduit également par son intransmissibilité passive et sa brève durée, fixée parfois à un an.

Sauf clause contraire, le constitut n'opère pas novation, l'obligation ancienne ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du constitut. A l'origine, l'objet du pacte ne pouvait consister qu'en une somme d'argent ; à la suite d'une évolution commencée dès la fin de l'époque classique, toute restriction disparaîtra (C., 4, 18, 2). Si l'obligation préexistante peut être temporaire ou conditionnelle (D., 13, 5, 19), rien ne permet de croire que l'obligation naturelle, résultant d'un pacte nu, ait pu servir de base à un constitut. Ce n'est qu'au Moyen Age que l'emploi successif d'un pacte nu et d'un pacte de constitut (pactes géminés) permettra de tourner la règle *ex pacto nudo actio non nascitur* (cf. p. 84).

A l'époque classique, la consécration de l'autonomie de la volonté ne préoccupait nullement les juristes. Le pacte de constitut a été créé dans un esprit très différent. S'inspirant

de techniques grecques (*hémionion*), le prêteur a voulu entériner des pratiques bancaires (sur les possibilités d'une origine rurale, v. J. ROUSSIER, *ouvr. cit.*, p. 102 ss.) ; mais, l'actualité nous le montre, le droit commercial est peu sensible aux vertus du consensualisme.

Les autres pactes prétoriens, les *recepta*, répondent à des besoins économiques encore plus précis : ils constituent un embryon de droit commercial.

SECTION II. — Droit commercial

[30] On s'est souvent demandé pourquoi le droit romain n'avait pas connu notre distinction du droit commercial et du droit civil. Peuple commerçant, techniciens et pragmatistes, les besoins ne faisaient pas plus défaut que les moyens. Pour HUVELIN (*Histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, p. 81), cette anomalie résulte des conquêtes de Rome. « Le droit commercial spécialisé n'existe que là où il a pu se développer comme droit international. » Avec la conquête « le droit du marché est devenu un droit privé interne ».

Le postulat d'un droit commercial qui ne peut être qu'international paraît peu convaincant : droit commercial interne et droit civil peuvent coexister, au même titre que le droit pratique et le droit savant. A Rome, il y a eu un droit commercial interne, mais les juristes, par préjugé de classe, ne s'y sont guère intéressés. Aristocrates pour la plupart, justement fiers de la supériorité de leur *jus civile*, ils ne constatent l'existence des pratiques commerciales du *jus gentium*, que pour les rattacher aux techniques qui leur sont non seulement familières, mais qui leur paraissent toujours adéquates. Pourquoi s'étonner de ce que les jurisconsultes romains n'aient pas mis en valeur l'originalité de ces pratiques, alors qu'à notre époque, où « le droit civil s'est commercialisé », « les juristes modernes s'efforcent d'expliquer les pratiques commerciales en les soumettant aux principes généraux de la législation civile » ? (RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1951, p. 27).

Les juristes romains ont surtout dû tenir compte des opé-

rations très variées utilisées dans le commerce maritime. En dépit de la diversité des types de louage, il a fallu faire une place spéciale au contrat d'affrètement, ainsi qu'aux règles relatives aux avaries communes (*Lex Rhodia de jactu*). De même, le contrat gratuit de prêt de consommation (*mutuum*) ne peut se fusionner avec l'équivalent de notre moderne prêt à la grosse aventure (*nauticum fenus*) particulièrement sensible aux impératifs économiques : l'importance du gain à réaliser correspondant à l'ampleur du risque couru. Les sociétés de publicains, ancêtres de nos sociétés par actions, qui ont eu un rôle économique et social considérable, ne sont cependant signalées qu'occasionnellement par les juristes romains.

Moins dédaigneux de la pratique commerciale, le préteur l'utilisera pour faire triompher dans certains cas la représentation parfaite (*actio exercitoria* et *institoria*) ; surtout il n'hésitera pas à consacrer certaines pratiques, à les individualiser, avec les pactes prétoriens de *recepta*. Si on laisse de côté le *receptum arbitrii*, promesse de rendre une sentence d'arbitrage, le *receptum nautarum* et le *receptum argentarii* ont tous deux un caractère commercial bien marqué.

[31] LA PROTECTION DES VOYAGEURS. — Le *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* (promesse des armateurs, hôteliers, maîtres d'écurie) a été créé par le préteur pour protéger les voyageurs contre la malhonnêteté des transporteurs, des aubergistes et de leurs subordonnés, spécialement pour la perte de leurs bagages. Comme dans le pacte de constitut, les rapports entre les parties reposent sur la confiance, il s'y ajoute un devoir professionnel de garde à la charge de l'hôtelier et du transporteur qui sont rémunérés. Ces derniers, à la différence de celui qui aurait reçu un dépôt ou passé un contrat de louage, sont responsables des pertes subies par leur client, sauf cas de force majeure qu'ils devront prouver. L'action délivrée par le préteur a pour base un pacte tacite assez voisin d'un quasi-contrat (G. BOYER, *Cours*, II, p. 32).

[32] LES PRATIQUES BANCAIRES. — Avec le *receptum argentarii* (promesse de banquiers), nous retrouvons une opération de crédit analogue au pacte de constitut mais inspirée des pratiques orientales, son caractère commercial est plus nettement

marqué. L'analogie avec le *constitutum debiti alieni* est évidente : le banquier s'engage en effet à payer la dette d'un tiers : habituellement un client qui a déposé de l'argent chez lui. Ce dépôt n'est cependant pas nécessaire ; si le compte du client n'est pas approvisionné, « le *receptum* joue le rôle d'une *ouverture de crédit* » (LEPOINTE et MONIER, p. 303). Mais contrairement au *constitut*, le *receptum argentariorum* est dominé par le souci d'assurer la sécurité des transactions, ce qui est essentiel pour le commerce. L'engagement du banquier vaut par lui-même, indépendamment de l'existence ou de la validité d'une dette du client (C., 4, 18, 2, 1). L'opération est de droit strict, la lourde responsabilité qui en découle pour le banquier se justifie par les qualités professionnelles qui doivent le prémunir contre les risques de fraude.

Cette technique, assez semblable à notre lettre de change, sera fusionnée en Orient, à l'époque suivante, avec le *pacte de constitut*.

SECTION III. — La forme et la preuve

[33] Au premier abord, une telle association paraît illogique, contraire à la distinction bien connue des formes établies *ad probationem* et *ad sollemnitatem*. Les premières facilitent la preuve d'un acte juridique, les secondes sont nécessaires à sa validité. Primordiale au point de vue pratique, la distinction n'a cependant « guère de base dogmatique, puisque la preuve et la solennité ne sont que les aspects différents d'un seul et même besoin du corps social. La preuve est, comme la forme, le critère de la licéité d'un acte, de sa conformité avec la volonté du groupe social » (H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris, 1955, p. 93).

A l'époque classique, le principe est celui de la liberté des preuves, l'existence d'un contrat peut être prouvée par tous moyens : témoignages, aveu, serment, présomptions, écrit. La preuve testimoniale a joué à Rome un rôle d'autant plus important que de nombreux actes juridiques (testaments, transferts de puissance ou de droits réels) nécessitent pour leur validité l'assistance de témoins. Si l'écrit est déjà utilisé dans l'ancien droit, son emploi ne se généralise qu'au début de l'époque classique.

[34] 1^o LE CONTRAT ÉCRIT (*litteris*). — Au II^e siècle avant J.-C., il est d'usage chez les citoyens riches ou aisés de tenir une comptabilité détaillée. Ceci pour des raisons d'ordre ou d'économie, mais aussi à cause de l'importance et de la variété des responsabilités du *pater familias*. De nombreuses personnes (*alieni juris*) dépendent de lui, avec leurs fortunes et leurs activités respectives. La tenue d'une comptabilité n'est pas obligatoire, mais son absence fait présumer des dissimulations. De même, actuellement, le défaut de livres de commerce ou leur mauvaise tenue sont des éléments du délit de banqueroute simple et du crime de banqueroute frauduleuse.

Comme dans notre pratique commerciale moderne, divers livres sont utilisés par les Romains : liste des paiements à recevoir ou à effectuer (*Kalendaria* : échéanciers), liste des dépenses ou recettes de la journée (*adversaria*), comptabilité proprement dite, c'est-à-dire classement méthodique des entrées et des sorties (*Codex accepti et expensi*). Bien que cela soit discuté, il semble que les mentions du *codex*, pour avoir une valeur probatoire absolue, doivent être confirmées, quand elles sont en faveur de celui qui les invoque (CICÉRON, *Pro Roscio*, 1, 1, 2) : soit par un autre *codex*, soit par toute autre preuve. Si les inscriptions constatent normalement des opérations qui ont réellement eu lieu, certaines d'entre elles (*nomina transscripticia*) donnent naissance à une obligation. Preuve et forme, tel est donc le double rôle des mentions du *Codex*, le second, moins normal que le premier, ne peut s'expliquer que par l'emploi de la fiction.

[35] *La fiction*. — Une personne peut mentionner sur son livre une sortie d'argent fictive à laquelle correspondra une rentrée tout aussi artificielle inscrite sur le *Codex* d'une autre personne. Celle-ci, par suite de la correspondance des deux écritures, devient débitrice de la première. Le résultat est le même que s'il y avait eu effectivement un prêt fait par le créancier au débiteur. Cette double fiction permet, soit de changer de débiteur (*transscriptio a persona in personam*), soit de remplacer une obligation antérieure par une obligation écrite nouvelle, de même montant et entre les mêmes parties (*transscriptio a re in personam*). L'avantage consiste, dans ce dernier cas, à substituer à une obligation non liquide ou contestable,

une obligation nette et rigoureuse : le contrat *litteris* étant de droit strict.

[36] *Les destinées du contrat écrit.* — Le contrat écrit pouvait se former entre absents. Contrat abstrait, « il dissimulait derrière la fiction d'un prêt, la cause véritable de l'obligation : une inscription au *Codex* n'était pas plus indiscreète que ne serait aujourd'hui la remise d'un chèque pour réaliser une donation immorale » (MACQUERON, *Cours*, II, p. 58 ; *La cause illicite*, thèse, Paris, 1924, p. 88 ss.). En revanche, il était réservé aux seuls citoyens romains, il ne pouvait avoir pour objet que des sommes d'argent, et l'insertion de modalités (terme, condition) était impossible.

S'il n'est pas exclu que la pratique ait fait bon marché de ces règles, on doit constater la décadence du contrat *litteris*. Encore utilisé par les banquiers au II^e siècle après J.-C., il est remplacé au siècle suivant par les pratiques bancaires hellénistiques. C'est sous l'influence de ces mêmes pratiques que se généralise, dès avant la disparition du contrat *litteris*, l'emploi de différents écrits qui n'ont qu'une valeur probatoire.

[37] 2^o LA PREUVE ÉCRITE (*cautio*). — Dans l'ancien droit, la stipulation, contrat solennel par excellence, est orale. Elle exige, outre la présence simultanée des parties, l'observation d'un rituel : l'emploi du verbe *spondeo* par le créancier et le débiteur, demande et réponse doivent se succéder sans interruption et être congruentes : le débiteur doit employer les mêmes termes que son interlocuteur et promettre la chose demandée.

Dès le début de l'époque classique, le formalisme est assoupli. Le verbe *spondeo* perd son caractère sacramentel, on peut le remplacer par des équivalents latins (*promitto*, *do*) ou même étrangers (D., 45, 1, 1, 6). La congruence formelle disparaît peu à peu, créancier et débiteur peuvent utiliser des termes différents (GAIUS, 3, 93), à condition que demande et réponse correspondent au fond. Dans des textes, qui ont pu faire l'objet de remaniements postclassiques, on indique même, qu'en cas de demande et de réponse portant sur des quantités différentes d'une même denrée, l'obligation aura pour objet la plus faible de ces deux quantités (D., 45, 1, 1, 4). Enfin, l'absence d'intervalles entre l'interrogation et la réponse n'est plus exigée (D., 45,

1, 1, 1). Mais ces modifications n'ont qu'une portée de principe, dans la pratique, le formalisme n'est pas seulement assoupli, il a disparu grâce à la généralisation de la preuve écrite.

Pour prouver l'existence de la stipulation, il était d'usage de remplir les formalités orales en présence de témoins, puis de constater l'observation des solennités par un écrit sur lequel les témoins apposaient leurs cachets. Un certain nombre de précautions, entérinées par la législation (S.-c. Néronien), empêchaient la falsification de l'original tout en permettant d'en consulter la reproduction. Quant à la rédaction de l'écrit, deux types principaux existaient, tous les deux empruntés au droit gréco-oriental : la *syngrapha* et le *chirographum*.

[38] La *syngrapha* est un procès-verbal rédigé à la troisième personne par les témoins de l'acte et relatant la promesse faite en leur présence par le débiteur. Cet écrit est normalement versé aux archives publiques.

Le *chirographum* est une déclaration écrite à la première personne par le débiteur, elle constate son obligation et elle est remise au créancier. Ces écrits constituent dans la pratique hellénistique, non pas la preuve mais la source, la *forme* de l'obligation (cf. GAIUS, 3, 134). Pour les Romains, ces écrits vont devenir de simples preuves, ils ne sont pas établis *ad sollemnitatem* mais *ad probationem*. On indiquera par une clause insérée dans le chirographe, qui est le procédé le plus utilisé, que les paroles de la stipulation ont été prononcées. L'écrit n'est que probatoire, il constate la forme, mais si elle n'a pas eu lieu effectivement, il sera pratiquement impossible de fournir cette *preuve négative*.

Ainsi se marque le rapport étroit entre la forme et la preuve. L'acte écrit n'est qu'une preuve, mais en fait il supplée la forme. Cette transformation pratique allait justifier la très large utilisation de la stipulation. Sa simplicité, son caractère abstrait (absence de mention de cause) et de droit strict favorisent la stabilité des transactions et sont bien vus de la pratique. Son caractère unilatéral n'est pas une gêne, il suffit de deux stipulations réciproques pour réaliser un contrat synallagmatique. En fait, plusieurs promesses, accompagnées des modalités (terme, condition) prévues par les parties, peuvent figurer

dans un même écrit terminé par la clause stipulatoire de style « et ayant été interrogé, j'ai répondu ».

Véritable « moule à contrats », la stipulation peut non seulement créer une obligation nouvelle, mais réaliser une novation ou un cautionnement, être source de solidarité, elle est enfin largement utilisée en justice : sur l'ordre du magistrat, l'un des plaideurs contracte une obligation envers l'autre, pour terminer un procès. Cette vogue explique pourquoi le principe selon lequel : du pacte nu il ne naît aucune action, était peu gênant. Ce succès n'était cependant pas exempt d'inconvénients : la preuve écrite, par son caractère abstrait, présentait un danger, celui d'être trop absolu.

[39] *Danger de la preuve écrite.* — Dès le début de l'époque classique, les abus engendrés par la preuve écrite se multiplient. Gouverneurs et hommes politiques de moindre importance font signer à leurs administrés des reconnaissances de dettes imaginaires. Les prêteurs, pour tourner les lois contre l'usure, demandent aux emprunteurs de reconnaître le versement de sommes très supérieures à celles qui leur ont été réellement avancées.

Au début du III^e siècle après J.-C., le législateur vient au secours des débiteurs. Pour ce faire, il renverse la charge de la preuve grâce à la procédure de l'*exceptio non numeratae pecuniae* (exception de l'argent non versé). Désormais, c'est au créancier qui réclame le versement de la somme promise à prouver, sur simple dénégation du débiteur, que l'argent a été effectivement prêté (C., 4, 30, 3, de l'an 215). Ce renversement de la preuve n'est pas une application outrancière du principe de la *favor debitoris*, car il est relativement facile pour le créancier de se ménager la preuve du versement de l'argent prêté.

Cette disposition était cependant insuffisante ; en procédure, avoir l'initiative est un avantage important, avec la seule exception, le débiteur devait attendre l'action du créancier. Une constitution de 223 (C., 4, 30, 7) permet au débiteur à qui on a extorqué une reconnaissance de dette, d'obtenir, sauf preuve contraire du créancier, la restitution de l'écrit. Le délai accordé au débiteur pour intenter la *querela* (plainte) *non numeratae pecuniae*, variable selon les époques, a toujours été très court (un à cinq ans).

A l'époque suivante, le législateur, soucieux de réaliser un équilibre plus juste entre les parties, précisera qu'au cas où la cause de la stipulation serait mentionnée dans l'écrit (*cautio discreta* : billet causé), le débiteur devrait prouver son inexactitude (C., 4, 30, 13). Conformément à l'idée qu'ils se font de la bonne foi et de l'équité, les juristes romains ne protègent pas les personnages assez inconséquents pour signer un billet faussement motivé, pas plus qu'ils n'ont tenu compte du bon dol ou de la crainte éprouvée par un contractant pusillanime. Généralisant les mesures de ses prédécesseurs, JUSTINIEN admettra, par voie de réciprocité, la possibilité pour le créancier, qui a donné indûment quittance, de mettre à la charge du débiteur la preuve de son paiement (C., 4, 30, 14 : délai de l'action : trente jours).

En revanche : 1) La *querela* est interdite à celui qui a déjà utilisé, sans résultat, la procédure de vérification d'écriture ; 2) Le débiteur qui ne peut rejeter les preuves apportées par le créancier est condamné au double ; 3) Passé le délai de deux ans, le billet a une valeur irréfragable, aucune preuve contraire ne peut être fournie.

Que JUSTINIEN, que l'on considère à juste titre comme le champion de l'équité et du classicisme, soit l'auteur de cette réhabilitation de l'acte écrit, voilà qui donne déjà une idée de la complexité de l'évolution des règles contractuelles au Bas-Empire.

ÉTAT DES QUESTIONS

INDIVIDUALISATION ET BONNE FOI

V. pour l'influence chrétienne sur la *bona fides* : BIONDI, *Il diritto cristiano*, t. II, p. 75 ss. En dernier lieu, v. la série d'articles publiés dans *Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70 Geburtstag von August Simonius*, 1955, et SENN, Un cas d'application de la notion d'utilité commune, dans *RHD*, 1955, p. 583 ss.

NEGOTIA ET TYPICITÉ DES CONTRATS. — Sur le sens de *negotium*, v. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turin, 1949, p. 43 ss. Pour qui veut apprécier l'importance de la qualification des rapports juridiques en droit moderne et les limites apportées en la matière à l'autonomie de la volonté, v. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, Paris, 1957.

RÉALISME ET CONSENSUALISME. — Sur l'importance de la *datio*, v. F. DUMONT, *Obligatio, Mélanges Meylan*, p. 77 ss.

LES PACTES. — V. GROSSO, *ouvr. cit.*, p. 186 ss. et la bibliographie citée ; et la pénétrante étude de A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958. Pour avoir une perspective plus générale, v. J. BÄRMANN, *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel*, RIDC, 1961, p. 18 ss.

Sur les pactes prétoriens, v. la bibliographie citée par KASER, I, p. 487, n. 3, et BIONDI, p. 555, n. 178. V. également M. TALAMANCA, *Ricerca in tema di « compromissum »*, *Publicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente Mediterraneo*, Milan, 1958 ; c. r. de J. ROUSSIER, *Iura*, 1959, p. 223 ss., et l'importante étude de ce dernier auteur sur : Le constitut, *Varia. Etudes de Droit romain*, III, 1958.

DROIT COMMERCIAL. — V. la bibliographie citée par LEMOSSE, *Histoire du commerce*, t. II, et ELLUL, *Histoire des institutions*, t. I, p. 336, 441, 520, 645. V. un exemple des lacunes que comportent les compilations romaines dans DAUVILLIER, La parabole des mines ou des talents et le § 99 du Code de Hammurabi, dans *Mélanges Magnol*, p. 165. L'*expensilatio* aurait été le procédé habituel pour faire naître l'obligation de l'*argentarius* : M. MARTINEZ CASAS, El crédito documentario en el Derecho Romano, *RSADR*, 1957-58, p. 22, et 1959-60, p. 65.

LA FORME ET LA PREUVE. — V. KROELL, *Du rôle de l'écrit dans la preuve des contrats en droit romain*, thèse, Nancy, 1906 ; H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire en droit romain*, thèse, Paris, 1910 et surtout les nombreuses et remarquables études de J. Ph. LÉVY, v. en dernier lieu : *Réflexions sur l'importance et l'intérêt des questions de preuve*, dans *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, t. XVIII, 1954.

LE CONTRAT ÉCRIT. — V. pour la bibliographie, KASER, I, p. 453. La preuve d'une mention portée au *codex* peut résulter d'un chirographe rédigé par le débiteur ; v. ARANGIO-RUIZ, Les tablettes d'Herculanum, dans *RIDA*, 1948, p. 15 ss., et dans *Studi Redenti*, t. I, 1951, p. 115 ss. ainsi que l'étude de D. STOJCEVIC, *Iura*, 1962, p. 53 ss.

Sur l'effet novatoire, v. BONIFACIO, *La novatione nel diritto romano*, Naples, 1950, p. 53 ss. et c. r. LEMOSSE, dans *RHD*, 1951, p. 105, qui estime probable « que si, par ses effets, la *transscriptio* aboutit au même résultat, elle n'est pas une novation parce qu'elle n'en a pas les caractères ni la structure technique ».

LA FICTION. — Les mentions fictives ont probablement pour origine des opérations réalisées par des personnes qui ne tenaient pas de comptabilité régulière. Celles-ci passaient par l'intermédiaire de citoyens qui par leur profession ou leur rang social étaient obligés de tenir une comptabilité (G. BOYER, *Cours*, II, p. 14).

LA PREUVE ÉCRITE (*cautio*). — Les Romains ont utilisé à l'époque classique des triptyques : trois tablettes de bois reliées entre elles par une charnière de cuir et recouvertes sur les quatre faces, qui ne tiennent pas lieu de couverture, d'une pellicule de cire permettant d'écrire. La tablette du milieu est rabattue et liée à l'une des deux autres, les cachets des témoins étant apposés sur les fils de clôture. Deux faces des tablettes sont ainsi définitivement cachées et l'on a pris soin au préalable d'y transcrire le contrat

(*scriptura interior*). Sur les deux autres faces enduites de cire on recopie une expédition de l'acte (*scriptura exterior*). En cas de contestation sur le contenu de cette reproduction facile à falsifier, on brisera les sceaux pour consulter l'original qui garantit l'exactitude de l'écriture extérieure (Paul. Sent., 5, 25, 6). Sur l'évolution historique de la *syngrapha* et son rôle essentiellement probatoire, v. F. MEULEMANS-M. VERSCHUEREN, De *syngraphé* in de 4^{de} Eeuw, *RIDA*, 1963, p. 163 ss.

Sur les sanctions et les discussions relatives à l'objet de la stipulation, v. MONIER, p. 101 ss., et en dernier lieu, G. PROVERA, *Corrispondenze tra stipulatio e intentio*, dans *Annali Fac. Giur. Univ. Camerino*, 1955, p. 199 ss. La clause stipulatoire, clause de style d'abord, est devenue une « fleur de rhétorique dénuée de sens » (MITTEIS). Encore faut-il observer que l'évanouissement de la règle juridique ou son enterrement dans les formulaires est parfois suivi de résurgences sinon de mutations. V. D. SIMON, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte*, 1964. V. également V. ARANGIO-RUIZ, « Sponsio » e « Stipulatio » nella terminologia romana, *BIDR*, 1962, p. 193 ss., et R. FEENSTRA, L'epistula comme preuve d'une stipulation, *Studi Betti*, II, p. 407 ss.

DANGER DE LA PREUVE ÉCRITE. — Sur la *querela non numeratae pecuniae*, v., en dernier lieu, quelques pertinentes remarques à propos de la pratique gréco-égyptienne du II^e et III^e siècle après J.-C., dans LEMOSSE, *Querela non numeratae pecuniae et contradictio*, dans *Studi Solazzi*, 1948, p. 470 ss. ; E. LEVY, *ZSS*, 1953, p. 214 ss. ; COLLINET, *SDHI*, 1953, p. 281 ss., article posthume, v. la bibliographie et les modifications apportées par LEMOSSE.

CHAPITRE IV

LE BAS-EMPIRE : LE DOGMATISME

[40] La troisième grande période de l'histoire romaine se caractérise par sa complexité : à la décadence militaire et à la crise économique, qui expliquent le sens péjoratif donné souvent au terme Bas-Empire, succède un renouveau byzantin. La civilisation, essentiellement composite, est le résultat d'influences romaines et gréco-orientales, chrétiennes et néoplatoniciennes. Cette complexité se retrouve dans le droit des obligations. Ceci est d'autant plus déconcertant que le Bas-Empire est : 1) L'époque des grandes compilations, l'ère des classifications et des synthèses, mais celles-ci sont surtout formelles ; 2) Derrière l'unité apparente du droit, il existe une grande diversité dont rend assez bien compte la distinction faite par les modernes entre le *droit savant* et le *droit vulgaire*.

SECTION I. — La synthèse formelle

[41] Comme on l'a fort justement souligné, les compilations de JUSTINIEN ont un caractère savant qui « concorde avec un trait général de Byzance : toute l'activité y a un aspect scientifique : recherche savante dans l'art, dans l'architecture, dans la littérature, dans l'histoire, dans les méthodes militaires » (ELLUL, I, p. 622). Le caractère essentiellement doctrinal des compilations se marque tout à la fois par l'esprit de classification et de généralisation qui anime ceux qui en sont les promoteurs.

[42] CLASSIFICATION. — Il est inexact de croire, comme certains l'ont soutenu, que l'œuvre de classification a été, en droit romain, le monopole des juristes byzantins. Si la classification quadripartite des obligations est due aux compilateurs de JUSTINIEN, elle a été précédée de tentatives semblables dès l'époque classique (p. 18). Au Bas-Empire, le travail de classifi-

cation ne fait que continuer, il n'en atteint pas moins une ampleur encore jamais connue. L'engouement pour la méthode s'explique à la fois par l'influence de la philosophie néo-platonicienne et par le rayonnement des grandes écoles de droit orientales, particulièrement celle de Beyrouth. C'est sans doute la « tendance scolastique archaïsante » des professeurs de droit, qui explique l'un des traits les plus curieux de la classification : son classicisme.

[43] CLASSICISME. — Alors qu'au Bas-Empire l'absence d'opposition entre *jus civile* et *jus gentium* atteste le triomphe de l'universalisme romain, l'antithèse réapparaît sous JUSTINIEN. Ce « retour au classique », sans portée pratique, « n'intéresse plus que l'école » (J. GAUDEMET, *Civilis* dans les textes juridiques du B. E., dans *Festschrift Lewald*, Bâle, 1953, p. 52). Autre réminiscence : la division des contrats, selon leurs sources, en contrats réels, consensuels, oraux et écrits. On a déjà vu que les contrats *verbis* n'étaient pratiquement plus oraux que de nom. JUSTINIEN, cependant, a tenu à conserver le principe du caractère verbal de la stipulation. L'écrit, qui constate que les paroles ont été effectivement prononcées tel jour à tel endroit, fait foi, sauf si l'on prouve que l'une des parties a été absente, durant tout le jour, du lieu où les paroles sont censées avoir été prononcées (C., 8, 37, 14). Le contrat écrit lui-même n'a qu'un domaine très réduit, par suite de la disparition du contrat *litteris* classique et du jeu de la *querela non numeratae pecuniae* (v. n° 9). Sous JUSTINIEN, si celui qui a signé un chirographe, sans indiquer la cause de son obligation, n'a pas réellement reçu l'argent qu'il s'engage à rembourser, il a deux ans pour invoquer le caractère mensonger de l'écrit (I, 3, 21). Passé ce délai : qui ne dit mot consent, le pseudo-débiteur est effectivement obligé par l'écrit qui a une valeur irréfragable. Dans ce cas seulement, l'écrit est une forme et non plus une preuve.

Les *Institutes* conservent la division quadripartite des contrats, ils ne la complètent pas en y ajoutant une cinquième classe de contrats largement utilisés au Bas-Empire : les contrats innomés.

[44] ESPRIT DE MÉTHODE. — Ces derniers contrats ont cependant fait l'objet à Byzance d'études méthodiques justement

célèbres. La classification des contrats innomés synallagmatiques s'opère, elle aussi, sous le signe du quadripartisme : *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

Division et sous-division également dans la catégorie des pactes. 1) Les *pactes adjoints* destinés à modifier les effets d'un contrat principal sont : soit minutoires, soit utilisés pour augmenter les obligations ; dans ce dernier cas, ils ne semblent avoir été valables que s'ils sont adjoints *in continenti* et non *ex intervallo*, c'est-à-dire s'ils ont été conclus immédiatement après le contrat principal et non ultérieurement (LEPOINTE et MONIER, p. 315) ; 2) Aux *pactes prétoriens*, réduits par la fusion du *receptum argentarii* et du *constitut*, viennent s'ajouter : 3) Des *pactes légitimes*. Cette nouvelle catégorie englobe des conventions « dont l'efficacité juridique était assurée à l'époque classique par leur insertion dans une stipulation et que le droit impérial a par la suite rendues obligatoires, même quand elles avaient été conclues sans l'accomplissement d'aucune formalité » (G. BOYER, *Cours*, II, p. 32). Tels sont : le pacte de constitution de dot, de donation et le compromis qui est obligatoire en l'absence de stipulation de peine, sauf recours judiciaire intenté dans les dix jours (C., 2, 55, 5). Classification enfin et surtout des *condictiones* (v. n° 297).

[45] GÉNÉRALISATION. — C'est vraisemblablement dans les commentaires sur les catégories d'ARISTOTE, que les juristes byzantins ont tiré leurs distinctions des actions générales et des actions spéciales. La création de la *condictio ex lege* illustre ces préoccupations généralisatrices. Cette procédure sanctionne tout rapport juridique reconnu par les constitutions impériales et que le droit n'a pas pourvu d'une *action spéciale*. La synthèse a parfois des effets peu heureux, telle l'expression *actio civilis in factum* qui désigne l'action *praescriptis verbis*, sanction des contrats innomés. L'association terminologique de procédures aussi différentes que l'action civile et prétorienne, tour à tour utilisée pour sanctionner ces contrats, peut être un original raccourci de l'évolution historique, mais sûrement un rejet aussi malheureux qu'inconscient de l'antithèse classique. L'unification des règles du cautionnement, de la responsabilité, de la compensation notamment, est à mettre à l'actif des juristes du Bas-Empire.

La notion de contrat elle-même n'échappe pas aux effets de la généralisation. Dans les compilations de JUSTINIEN, on identifie *contractus* et *pactum*. Certes, déjà à l'époque classique, PÉDIUS affirme qu'il ne saurait y avoir de contrat, ni d'obligation sans convention (D., 2, 14, 1, 3), et le pacte n'a cessé de se rapprocher du contrat.

L'identification ne sera pleinement réalisée que dans les compilations de JUSTINIEN et surtout dans les commentaires auxquels elles ont donné lieu. L'élargissement de la notion de contrat, qui en résulte, est à l'origine de nos conceptions modernes (v. BIONDI, p. 361 ss.).

SECTION II. — Droit savant et droit vulgaire

[46] L'unité officielle du droit du Bas-Empire recouvre une diversité qui ne s'explique pas seulement par des raisons géographiques et ethniques. On est surtout frappé par les différences qui existent, en fonction de l'évolution politique, entre les parties orientale et occidentale de l'Empire. En Occident, les déformations du droit des obligations, contenu dans le Code théodosien de 439, se traduisent notamment par l'importance du paiement du prix, qui rend la vente obligatoire, par la fusion du prêt de consommation et du prêt à usage, par les transformations de la condition et de la tradition (PARADISI, *Storia del diritto italiano*, 1951, p. 147 ss.). Ces modifications n'attestent pas seulement une décadence du droit, mais une évolution originale. Elles sont le produit d'un apport germanique et surtout du développement de pratiques autochtones, d'un *droit vulgaire* que l'on retrouve en Orient où il explique certaines transformations du système contractuel.

Depuis les travaux de BRUNNER et de MITTEIS (fin du XIX^e siècle) et tout récemment d'Ernst LEVY et de WIEACKER, on a reconnu l'existence, par opposition à un droit officiel et savant (classicisme), d'un droit vulgaire issu le plus souvent de la pratique.

Ce droit ne se confond pas avec les usages nationaux qui résistent dans les provinces à la pénétration du droit romain. S'il s'en rapproche sur de nombreux points, il les dépasse très

largement, c'est une « tendance intellectuelle » qui se manifeste en période de culture raffinée, dans tout le domaine de la civilisation : langue, art, religion (J. GAUDEMET, *Iura*, 1956, p. 204).

Difficile à déceler à l'époque classique, le domaine de prédilection du droit vulgaire semble avoir été le Bas-Empire, époque où tout est prétexte à constructions savantes. Qu'il s'agisse des « effusions lyriques » des législateurs byzantins ou de leurs tendances « moralisatrices et affectives », tant dans la forme que dans le fond, le droit officiel appelle une réaction. Généralisations et classifications traduisent une tendance scolastique archaïsante et académique, cependant que les concepts philosophiques ou de morale chrétienne pénètrent le droit (v. ELLUL, I, p. 623 ss.). Les principes de justice commutative gagnent du terrain : la lésion est prise en considération en matière de vente, et la théorie de l'enrichissement injuste généralisée. La réaction que suscitent ces transformations reste cependant difficile à préciser, car nos sources sont essentiellement d'origine savante : chancellerie, écoles de droit.

[47] LA VENTE. — La vente, le plus usuel des contrats, est aussi celui où se manifeste le plus nettement l'existence d'un droit vulgaire. Au Bas-Empire, on assiste à une transformation du rôle des *arrhes*. Alors qu'à l'époque précédente, elles n'avaient qu'un rôle probatoire, sous l'influence des pratiques orientales, elles vont avoir une fonction pénitentielle, elles vont servir de *moyen de dédit* (comme elles l'avaient fait dans un grand nombre de cités grecques). Tant que la chose n'a pas été livrée, l'acheteur a le droit de résilier le contrat en abandonnant les arrhes au vendeur à titre d'indemnité forfaitaire. De son côté, le vendeur, tant qu'il n'est pas payé, peut rompre le contrat en restituant le double des arrhes qu'il a reçues. Si les parties exécutent le contrat, la somme versée par l'acheteur à titre d'arrhes s'impute sur le prix. La vente avec arrhes n'est donc définitive qu'au moment où l'une des parties a exécuté sa prestation. C'est là une régression notable du consensualisme au profit de cette conception réaliste dont nous avons déjà constaté les progrès avec la théorie des contrats innomés. Dans le droit byzantin postérieur, cette tendance paraît se généraliser : une vente n'est

parfaite, même en l'absence d'arrhes, qu'en cas d'exécution par l'une des parties.

Cette réaction que suscite le consensualisme s'explique par le désir de lever les doutes sur la formation du contrat. Pour éviter les discussions sur son interprétation, on prend également l'habitude de rédiger un écrit. Ce dernier n'a qu'un rôle probatoire, mais on sait le rapport qui unit la forme à la preuve et la confusion est difficile à éviter. En 528, JUSTINIEN admettra qu'en décidant de dresser un acte écrit, les parties considèrent que la vente ne sera conclue que du jour où l'écrit aura été rédigé. Certes le caractère consensuel de la vente est préservé puisque la formalité de l'écrit est fonction de la volonté des parties ; il n'y en a pas moins là un nouvel aménagement du consensualisme pour tenir compte des nécessités pratiques.

[48] LE CRÉDIT. — Les manifestations du droit vulgaire sont également assez faciles à discerner dans les opérations de crédit. Les exigences de celui-ci se concilient mal avec les préoccupations morales et sociales des législateurs qui sont avant tout guidés par la *favor debitoris*. En matière de cautionnement, les mesures de protection prises en faveur des garants s'expliquent, à l'époque classique, lorsque les cautions s'engagent surtout pour des raisons de convenances sociales. Avec les transformations économiques, la pratique réagira contre ces dispositions incompatibles avec le développement du crédit. Elles réapparaissent progressivement par voie législative au Bas-Empire : bénéfices de division et de discussion notamment sont des techniques qui paraissent satisfaire à la fois l'esprit de logique et celui d'équité. JUSTINIEN sera cependant obligé de tenir compte, en matière de bénéfice de discussion, des réactions de la pratique bancaire qui lui est défavorable (*Nov.* 136). Rapidité et rigueur sont pour le droit commercial l'expression d'une bonne justice.

Autre manifestation du droit vulgaire dans le prêt de consommation (*mutuum*). Ce contrat réel ne peut contenir une clause d'intérêt. La remise d'une somme donnée forme le contrat ; elle ne peut engendrer que l'obligation de restituer la même somme. Un contrat de stipulation d'intérêt doit donc accompagner le contrat principal. On comprend qu'une inter-

prétation aussi rigoureuse des principes ait suscité des réactions. Ici encore, JUSTINIEN tiendra compte de celles qui émanent des principaux intéressés : les banquiers. L'empereur constate que pour illégale qu'elle soit, la clause d'intérêt est normalement respectée par les débiteurs, il est donc malhonnête d'opposer aux banquiers des règles qui ne sont que *minutie* (Nov. 136, 4). On ne saurait mieux définir les excès du raffinement juridique.

[49] INFLUENCES RÉCIPROQUES. — Il faut se garder cependant de transformer en antithèse rigide la distinction du droit savant et du droit vulgaire. Comme pour la différence doctrine-pratique, avec laquelle elle se confond parfois, des influences réciproques se produisent entre les deux conceptions. Elles existent rarement à l'état pur et l'on a maintes fois souligné le dualisme qui caractérisait le droit officiel sous JUSTINIEN où le « classicisme académique » n'est nullement exclusif des préoccupations pratiques.

Ainsi s'explique la reconnaissance d'un droit de résolution (*jus poenitendi* dans le louage et les contrats innomés notamment) qui se concilie mal avec le principe d'irrévocabilité unilatéral des contrats. Ainsi s'explique le maintien de la règle que du pacte nu il ne naît pas d'action, en contradiction avec l'évolution favorable à une reconnaissance de l'autonomie de la volonté. Le juriste byzantin STÉPHANE a beau proclamer que « la volonté est vraiment la mère des contrats », le principe n'en subsiste pas moins, les préoccupations du droit vulgaire rejoignent ici la conception classique perpétuée par le droit savant. La preuve, facteur de sécurité des transactions, explique la renaissance du formalisme, le besoin de savoir à l'avance quels effets sont attachés à un acte juridique donné explique le maintien de la typicité des contrats. Formalisme et typicité gênants pour la doctrine imbue d'idéal et du respect de la parole donnée, sont au contraire appréciés des praticiens. Dans notre droit moderne, les contrats sont pratiquement toujours nommés parce que c'est utile, la preuve réhabilite la forme (C. C., art. 1341), qui n'est plus désormais « un maître, mais un serviteur » (H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, p. 55).

Qu'ils s'opposent ou se concilient, droit savant et droit vulgaire nous permettent de mieux comprendre l'évolution du droit contractuel, cette diversité de tendances trouve dans la

complexité de la période byzantine un terrain de choix. Le développement de la culture n'est pas seul en cause, la fiscalité abusive, le dirigisme, la législation pléthorique sont autant de ferments de réaction. La pérennité de ces facteurs permet de comprendre que le phénomène n'est nullement l'apanage d'un pays ou d'une époque donnée.

ÉTAT DES QUESTIONS

LA SYNTHÈSE FORMELLE. — Pour une vue d'ensemble des problèmes de la codification justinienne, v. ELLUL, I, p. 614 et la bibliographie citée, p. 644.

La « chasse aux interpolations » semble terminée, faute de gibier, à peu près tous les textes ayant été suspectés ! On cherche actuellement avec plus de réalisme à établir les diverses « couches d'interpolations » en fonction de la chronologie ou de différentes influences orientales et occidentales, pratiques et théoriques, des tendances conservatrices et novatrices », ELLUL, I, p. 645 ss. V. également J. GAUDEMET, Tendances et méthodes en droit romain, dans *Revue philosophique*, 1955, p. 156 ss.

DROIT SAVANT ET DROIT VULGAIRE. — V. la bibliographie et une magistrale mise au point du problème dans le c. r. de WIEACKER, de J. GAUDEMET, *Iura*, 1956, p. 202 ss. Sur l'existence d'un droit vulgaire en Occident, v. PARADISI, *Storia del diritto italiano*, Naples, 1951, p. 144 ss. et surtout : WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, p. 32 ss.

G. BOYER, Isidore de Séville et la définition des arrhes, *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, p. 49 ; Ph. MEYLAN, Des arrhes de la vente dans PLAUTE, *ibid.*, p. 205. La fonction des arrhes dans la vente a suscité d'innombrables discussions : v. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milan, 1953, et Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano, *Mélanges Meylan*, II, p. 325 ; CHALON-SECRETAN, *Les arrhes de la vente sous Justinien*, Lausanne, 1954, qui pense que les arrhes ont un rôle probatoire dans les ventes sans écrit et pénitentiel dans les ventes en projet.

On trouverait également des manifestations du droit vulgaire dans les stipulations de garantie du vendeur. V. notamment les clauses conservées dans les *Tablettes Albertini*.

En dépit des préoccupations morales des successeurs de Justinien, le pacte nu ne sera jamais sanctionné comme tel. Léon VI le Sage (*Nov.*, 72) s'insurge contre la pratique qui permet de sanctionner un pacte, si on a pris la précaution d'y inclure une clause pénale, alors que l'invocation divine reste sans effet. Désormais le signe divin de la croix confèrera au pacte la « garantie d'authenticité ». Il n'en reste pas moins vrai que l'écrit reste indispensable à la formation du contrat. La preuve s'identifie à une forme minima requise par la pratique. J. DE MALAFOSSE, Remarques sur le rôle de la volonté au Bas-Empire et à Byzance, dans *Mélanges Bizoukidès*, Thessalonique, 1960, p. 345.



CHAPITRE V

LES CONTRATS FRANCS

[50] *Aux origines des contrats francs.* — Peu de questions ont été l'objet d'autant de discussions que l'étude des contrats francs. On a bien souvent voulu suppléer au caractère fragmentaire des sources à coup d'hypothèses ; et c'est, par exemple, la croyance à « un ancien droit germanique » imaginé par les historiens de l'âge romantique et souvent repris après eux. Souvent même on ajoutait que ce droit, arbitrairement reconstitué, était celui d'un peuple libre qui aurait déjà découvert l'autonomie de la volonté et la force de la parole donnée : « Ein Mann, ein Wort. »

Cependant, l'étude des droits de l'antiquité, les travaux des sociologues attiraient l'attention sur les origines de l'obligation ; ils montraient que l'idée de contrat ne se dégagait que peu à peu du réseau complexe constitué par le droit statutaire (*status*) des groupes et des confréries ; le phénomène du formalisme a été spécialement étudié en même temps que les types originels de contrat — le potlatch par exemple.

1^o Un système juridique se définit par l'organisation sociale qu'il exprime. L'homme isolé n'a guère de place dans la société franque. Le groupe, famille, tribu, compagnonnage guerrier, intervient forcément pour contrôler ou pour garantir l'engagement d'un de ses membres. Le commerce, s'il existe, ne peut avoir qu'une forme rudimentaire (troc, achat au comptant) ;

2^o La société après les invasions est étrangement complexe. La personnalité des lois, surtout en matière de contrats, est difficile à mettre en œuvre et les conflits qu'elle pose doivent

dépasser l'entendement des juges ; le droit des Gallo-Romains est lui-même disparate ; les anciennes coutumes du pays reprennent vie quand disparaît l'idéal législatif de l'État romain. Ajoutons que les lois barbares sont bien loin de représenter un droit « germain pur » ;

3^o Enfin, il n'y a aucune élaboration doctrinale du droit : droit public et droit privé, droit pénal et droit civil, délits et contrats sont fort mal distingués.

SECTION I. — Le contrat salique

[51] FORMALISME ET SYMBOLISME. — Le contrat ne peut être secret ou implicite ; et la volonté des parties doit prendre une forme déterminée, visible et audible, qui permette le contrôle et l'intervention de la famille, et qui ne laisse place à aucune difficulté d'interprétation ou de preuve. D'où le formalisme, le symbolisme des premiers contrats ; d'où aussi, l'assistance de témoins nombreux et presque forcément pris dans la famille. La loi salique, qui représente certainement le droit le plus « pur », connaît deux formes de contrats qui répondent à ces caractères : le *fides facta* (que l'on peut tenir pour un contrat formel) et le *res prestita* (qui est un contrat réel).

[52] LA « FIDES FACTA ». — Le contrat met en présence deux personnes, le débiteur qui *fidem fecerit* et le créancier *cui fides facta est* (tit. 50) ; manifestement, les deux parties doivent prononcer des paroles rituelles et faire les gestes appropriés. La loi Ripuaire (cap. 30, 71) parle d'une *festuca* (fêtu), rameau d'arbre, bâton, qui peut représenter la lance de guerre et qui rappelle étrangement le symbolisme du *sacramentum* romain. Ce bâton passait du débiteur au créancier ; il paraît bien qu'il portait des marques (*festuca notata*) où l'on a voulu voir, sans preuve, une sorte de baguette magique marquée de runes.

Que la promesse soit soutenue par des fidéjusseurs, la chose est fort probable ; la loi salique indique que le créancier doit venir en justice avec ses témoins, et les lois lombardes sont, à cet égard, fort explicites. La loi salique, à peu près muette sur les formes du contrat, est au contraire fort nette sur ses

effets : la promesse reçoit une force exécutoire très grande. Le débiteur récalcitrant est frappé d'amende, appelé au *mallus*, sommé encore trois fois par le créancier qui devait l'attendre jusqu'au coucher du soleil, enfin déclaré *jactivus*. Le créancier pouvait saisir ses biens et vraisemblablement le retenir lui-même.

[53] On a tenté d'interpréter ces formes. Il est fréquent (sinon normal) que la *fides* soit prêtée devant le tribunal ; elle joue souvent le rôle du *vadimonium* romain et est une garantie de comparution ; la *fides* a pu à l'origine intervenir à l'occasion d'un délit ; la promesse concerne le paiement de la composition. L'obligation *ex contractu* serait mise par le tribunal à la charge de celui qui ne pouvait payer immédiatement l'amende. On a pu enfin mettre la *fides facta* franque en rapport avec la *wadiatio* lombarde dans laquelle le débiteur promet soit un gage réel ou plutôt un fidéjusseur qui s'engage avec lui ou pour lui ; et l'on cite en ce sens un édit de Chilpéric qui permet à celui qui ne peut produire un garant (*qui pro eo fidem faciat*) de s'engager lui-même ; le symbolisme est alors en quelque sorte « contracté » : le débiteur donne de la main droite la *festuca* qu'il tenait dans la main gauche.

Il ne paraît y avoir d'ailleurs aucune contradiction entre ces diverses hypothèses ; il est même possible que les textes barbares aient subi une influence romaine ; l'expression *fidem facere* peut être empruntée au droit romain (*Sent. Paul.*, II, 3).

[54] LA « RES PRESTITA ». — Les lois barbares dénomment *res prestita* un contrat réel. Ici encore, la loi salique indique simplement que celui auquel la restitution d'une chose est refusée peut — après une déclaration faite en présence de témoins — appeler le débiteur en justice ; si celui-ci ne s'exécute pas, il commet un délit puni comme tel (ce qui a fait douter même de l'existence d'une obligation réelle).

La notion de *res prestita* est commune aux divers contrats réels que le droit romain avait distingués ; elle doit concerner même la remise d'un immeuble (loi des Visigoths X, I, 13-14). La précaire sera concédée par une *littera praestaria* et le bénéfice implique aussi la concession d'un immeuble (ELLUL, I, 700).

La notion de *res prestita* paraît même assez extensive pour

permettre de réaliser une vente ou un échange : dès lors, en effet, que ces opérations ne sont pas réalisées au comptant, que, par exemple, le prix n'est pas payé ou que seulement des arrhes sont données, elles sont nécessairement créatrices d'obligations. L'incertitude demeure cependant fort grande et sur le rôle des arrhes, et sur l'objet de la dette : obligation du vendeur de payer le prix (ce qui impliquerait bien l'existence d'un contrat de vente) ? ou obligation de l'acheteur de restituer ce qu'il n'a pas payé (ce qui demeurerait dans la logique du contrat réel) ?

SECTION II. — La pratique du contrat

[55] DROIT FRANC ET DROIT ROMAIN. — Tout opposait ce droit non seulement au droit romain classique, mais même au droit romain « vulgaire » du v^e siècle. L'*Epitome Gai*, repris ou élaboré par les compilateurs de la loi romaine des Visigoths, connaît bien les contrats *re* et *verbis* ; mais les idées romaines sont singulièrement adultérées : les mots de contrat et de pacte ont perdu leur signification classique (CONRAT) ; l'acte écrit a pris une importance qu'il n'avait jamais connue : si la stipulation orale est toujours mentionnée, l'acte écrit (*cautio*) qui la relate suffit à l'établir ; c'est-à-dire qu'il suffit au contrat puisqu'on ne peut prouver contre l'écrit que la stipulation n'a pas eu lieu. Les termes de *pactum*, *contractus*, *stipulatio*, *scriptura*, en viennent à être équivalents. Concurrément avec cette *cautio* dut d'ailleurs se perpétuer la pratique du chirographe, acte abstrait et « dispositif » en ce sens que, comme dans le chèque d'aujourd'hui, la dette est comme incorporée à l'écrit.

La clef de cette évolution doit être cherchée, croyons-nous, dans la situation économique et sociale. Le régime de socialisme d'Etat du Bas-Empire restreint forcément le champ du contrat et le jeu des libertés individuelles à ce que nous appellerions le « secteur privé » ; et même pour celui-ci, l'Etat va tenter d'instaurer un équilibre équitable. Entre riches et pauvres, *honestiores* et *humiliores* (ELLUL, I, p. 467) le contrat ne peut assurer cet équilibre équitable ; ici encore, c'est « la loi qui affranchit »,

et les empereurs vont intervenir pour imposer une sorte de contrôle des rapports contractuels ; mais ce contrôle suppose la rédaction d'un *instrumentum*, la présence d'un notaire ou de « voisins » (C., 8, 17, II), l'enregistrement aux *gesta municipalia*. Cela explique d'ailleurs que le caractère abstrait de la stipulation ait disparu.

C'est au contraire la substance du pacte, sa cause, qui lui donne son véritable sens ; c'est aux mêmes préoccupations de protéger les pauvres gens qu'il faut rattacher la *querela non numeratae pecuniae* qui permet de contester l'écrit relatant une dette (on pense au reçu pour solde de tout compte d'aujourd'hui).

L'évolution des contrats en Gaule, contrairement à ce qu'ont affirmé d'illustres maîtres (COLLINET), marque non le triomphe du consensualisme, mais le triomphe de l'écriture, et, à cet égard, les pratiques de l'Occident paraissent suivre celles de l'Orient (cf. n° 47).

[56] LA PRATIQUE FRANQUE. — On peut opposer le droit pratiqué par les Francs — formel et oral — et le contrat romain du v^e siècle — consensuel et écrit. Entre ces deux systèmes, le principe de la personnalité des lois aurait dû maintenir une nette séparation ; mais ce principe a toujours été d'application difficile. La coexistence des vainqueurs et des vaincus n'est pas allée sans des contacts fréquents et ces contacts ont été forcément plus nombreux dans le domaine des rapports commerciaux et patrimoniaux qui est celui du contrat.

[57] PROBLÉMATIQUE DU DROIT FRANC. — Il faut surtout se garder de poser le problème en termes trop abstraits :

1^o Au moment de la conquête, l'opposition des deux droits est moins catégorique qu'on ne l'a dit. Au Bas-Empire, le droit usuel est aussi composite que la langue parlée. L'influence de l'Orient, celle de l'Eglise, ont infléchi le droit classique ; l'effort du législateur manifeste son impuissance en face des coutumes qui naissent, persistent et resurgissent dans les provinces. Le droit populaire (Volksrecht) est déjà contaminé de germanismes. La loi romaine des Visigoths, dernier vestige du droit romain en Gaule, marque ces tendances (ELLUL, I, p. 660).

Quant aux lois barbares, elles offrent entre elles bien des différences. Les Goths avaient subi de bonne heure l'influence

romaine ; et celle-ci est perceptible également sur les Alamans, les Bavares et les Ripuaires. Seule, la loi salique est franchement germanique (ne faisant par exemple aucune allusion à l'acte privé écrit).

2^o On n'a d'ailleurs guère de données précises sur l'établissement des divers peuples barbares ; dans la Basse-Belgique, au nord de la Somme, les Francs ont vraiment colonisé le pays : les noms de lieux en sont un indice très sûr. Les Visigoths laissent au contraire peu de traces. L'étude patiemment poursuivie des tombes a donné des résultats assez décevants. Dans l'Est, on a une « impression de remous, de flux et de reflux de peuplades dont certains doivent être tardifs et se prolonger fort longtemps ». Au sud de la Loire, les Saliens « se diluent et ne comptent plus comme élément de peuplement ». Une région, le Vivarais, apparaît comme le dernier refuge de la *Romania* (SALIN). Sauf dans l'extrême Nord, le peuplement germanique n'a pas noyé l'élément gallo-romain.

3^o Dans ce monde composite, l'Eglise va apporter un facteur d'unité. Mais ici encore, la christianisation ne va pas sans résistance et sans retours au paganisme. Agobard, archevêque de Lyon au IX^e siècle, opposera à la diversité des lois du siècle la loi unique du Christ. Celle-ci n'intervient pas encore dans le détail des relations contractuelles ; mais, elle impose l'idée d'une suprématie de la loi divine et de la raison et elle sert, d'autre part, le prestige du droit romain : lois et canons sont normalement associés, et l'Eglise vit sous la loi romaine. Charlemagne apparaîtra comme le légitime successeur des empereurs romains.

On sait (ELLUL, I, p. 657) qu'à la personnalité des lois se substitua la territorialité. A partir du IX^e siècle, on ne sent plus les vieilles différences de race ; dans un même terroir, autour d'une famille féodale s'accomplit la fusion ethnique et spirituelle : les traditions juridiques les mieux assurées — normalement celles de la race dominante — passent en force de coutume. La loi n'atteint plus les individus que comme habitants de la terre qu'elle régit.

[58] LES BESOINS JURIDIQUES DE L'ÉPOQUE. — Tout est en somme conjecture et équivoque ; et l'indécision est encore accrue du fait que nous ne connaissons guère les contrats francs que par

les actes de la pratique et que l'époque répugnait à l'abstraction.

Dans la société franque, les obligations les plus fréquentes ont leur source dans un délit. L'activité contractuelle est au contraire des plus réduites. Elle est gênée par la pénurie monétaire, comme par l'incertitude des recours à la justice. Le commerce ne concerne que quelques denrées rares et précieuses qui sont normalement payées au comptant. Il en est de même pour les ventes d'armes ou de chevaux qui n'ont pas laissé de traces dans les documents écrits.

La terre est la « richesse par excellence, la richesse presque unique » (LOT). La vie économique est liée au régime foncier. Bien des relations juridiques devaient avoir lieu entre parents, dans le cadre du groupe familial et sans laisser de traces écrites. Les actes de disposition demeurent rares ; la famille prétend contrôler les aliénations, et après le VII^e siècle, les paiements se font plutôt en denrées qu'en espèces métalliques (PROU).

Deux types de contrats seulement ont laissé des traces dans les documents écrits :

1^o La vente, l'échange, le partage, et surtout la donation mal distingués d'ailleurs. Le bénéficiaire est presque toujours l'Eglise.

2^o Les concessions foncières : la précaire (ELLUL, I, p. 677) par exemple ; aussi les éléments qui formeront le contrat féodal, bénéfice, recommandation ou hommage.

Si l'on ajoute quelques actes de prêt, les fiançailles, le mariage (dans la mesure où il peut revêtir les aspects d'un contrat, cf. t. III, p. 189) et les conventions pécuniaires auxquelles il donne lieu, on a fait le bilan de l'époque. L'époque féodale, dont l'aube peut se placer au X^e siècle, va susciter de nouveaux besoins.

[59] CONTRAT ET STATUT. — Les Germains et les Francs n'ont pas plus découvert l'autonomie de la volonté que la démocratie (*Esprit des Lois*), mais ils ont connu le contrat, et tout contrat suppose un accord de volontés ; la parole lie si elle est donnée solennellement et appuyée de l'accomplissement de certaines formes.

Dans bien des cas, l'accord de volontés est plus fictif que réel ; et la loi du contrat est imposée par l'un des contractants à l'autre ; la volonté n'intervient que pour « adhérer » à la

proposition faite, pour accepter de subir les effets du statut qui lui est offert.

Nous parlons aujourd'hui de contrat d'adhésion, d'acte-condition ou de situation statutaire. A l'époque franque de telles situations sont très fréquentes ; mais il est impossible d'y voir de véritables contrats. Il en était ainsi du colonat romain ; il en va de même des tenures carolingiennes : les paiements que doit le tenancier sont fixés par la coutume du lieu ; ils sont imposés non à la personne mais au fonds, et le non-paiement entraîne la confiscation de celui-ci.

Les rapports fonciers absorbent presque tous les rapports qui ressortissent aujourd'hui au louage de services, une concession de terres appelant ou rémunérant le travail fourni ou les services imposés.

Quelques textes visigoths font allusion à des « mercenaires » ; la *commendatio* a pu apparaître comme un contrat ; mais il s'agit là d'exceptions. Régime des terres et conditions des personnes sont régis par la coutume et non par le contrat.

[60] LE ROLE DE L'ÉCRITURE. — L'acte écrit va être pratiqué dans toute la Gaule mais un contraste certain existe entre Nord et Midi.

1^o Le Midi garde très nettement la tradition romaine, spécialement la Septimanie où les Visigoths se maintinrent jusqu'au VIII^e siècle. Les contractants ne recourent à aucun symbolisme ; l'écrit suffit. Parfois le disposant parle à la première personne et participe personnellement à la confection de l'acte : il l'écrit, le souscrit ou simplement le touche. Parfois aussi il est fait mention d'une stipulation (*cum stipulatione subnixa*) qui ne répond plus à rien et n'est qu'un lambeau d'un ancien formulaire romain : le mot est souvent si bien déformé qu'il est avéré que le scribe ne le comprenait même pas.

2^o Dans le Nord, au contraire, l'écrit emprunte plutôt la forme d'une notice qui réserve la preuve des gestes accomplis ou des paroles prononcées. Le formulaire de Marculf, par exemple, s'excuse dans sa préface de ne pas donner le modèle de tels actes qui ne peuvent être établis qu'en fonction des « demandes et des réponses » (éd. ZEUMER, p. 32).

3^o Valeur dispositive dans le Midi, valeur probatoire dans le

Nord, on conçoit que la distinction ait paru très subtile ; on identifia la charte et le contrat. L'acte écrit — ne serait-ce que par l'influence intéressée des notaires — devint obligatoire par cela seul qu'il était écrit ; et l'on en vint même à faire de l'écrit un symbole : le débiteur remettait rituellement la charte à son créancier ; parfois même la charte est posée à terre pendant les pourparlers ; elle était ramassée (*levatio cartae*) quand le contrat était conclu.

4^o Quant à la stipulation, on la lia à une stipulation de peine contre celui qui enfreindrait l'acte.

L'écrit donne une liste de témoins susceptibles de garder le souvenir de l'acte. Déjà la loi Ripuaire (60) conseillait de faire comparaître des enfants (pour garder plus longtemps le souvenir) et d'éveiller par des gifles leur attention. Les témoins peuvent devenir cautions, garants, otages. On n'attache plus d'importance à l'autographie de l'acte, mais on menace les infracteurs éventuels de peines temporelles (amendes) ou spirituelles : imprécations ou anathèmes où l'imagination, sacrée et profane, des rédacteurs se donne libre cours. L'époque où fleurissent ces clauses (VIII^e-XI^e siècles) est aussi celle de plus grand discrédit du document écrit.

[61] LE DESTIN DU FORMALISME FRANCOIS. — On pourrait suivre le destin des deux contrats de la loi salique et les opposer en assimilant chacune de ces formes à l'un des types usuels : la *fides facta* conviendrait pour les contrats définitifs (vente), la *res prestita* pour les contrats à temps (prêt ou précaire). Mais une telle opposition — qui trouverait appui dans quelques textes des lois barbares — ne rendrait guère raison des sources. Il est dangereux, à une époque où la culture juridique fait défaut, de se hausser jusqu'à une théorie doctrinale. Mieux vaut une description sociologique qu'une analyse juridique.

1) Le trait frappant de la loi salique était le symbolisme caractéristique de tout droit primitif. On fait tradition d'un bien en transmettant la *festuca* ou le *wadium* (gage) qui paraît être un objet de peu de valeur (cf. DU CANGE v^o *Wadia*) ; et tout peut devenir symbole : une motte de gazon, un cep de vigne, un rameau, un couteau, des lacs de soie, des boucles de cheveux ; on ajoute une mimique et des paroles appropriées ;

parfois aussi, l'objet est attaché à l'acte : un acte de 777 (*Neues Archiv*, XXXII, p. 169) garde encore fixé au parchemin le rameau qui servit à la tradition. Les clercs tendront à substituer aux objets profanes quelques accessoires du culte : un missel, mais aussi l'anneau ou la crosse.

De tels symboles convenaient bien aux contrats qui comportaient le transfert du bien, vente ou partage ; mais la *festuca* a été employée pour bien d'autres contrats : mandat de représenter en justice (MARCULF, I, 21, 27-29) ; promesse de comparution devant le tribunal, cautionnement. D'autres symboles apparaîtront : comme la jonction des mains, dans l'hommage, ou la remise de l'anneau dans le mariage. La confection (et la tradition) d'une charte n'apparaîtra bientôt que comme l'un de ces symboles. On conçoit que dans le Midi, le jeu des symboles germaniques ait été plus limité ; on dut y pratiquer la dation d'arrhes (confirmatoires) qui manifestent la conclusion de l'accord. La pratique est courante pour le contrat de fiançailles. Cette floraison de symboles marque bien en tout cas la vie du droit et elle rythmera son progrès.

2) Le symbolisme s'allie au formalisme : gestes et paroles sont réglementés par la coutume. Les actes mentionnent couramment que les témoins « voient et entendent » ; souvent aussi, les contrats sont conclus devant le *mallus*, et, à l'époque carolingienne, à l'occasion des plaids des *missi*. L'usage paraît d'ailleurs surtout répandu dans les régions les moins romanisées : en Lorraine et en Flandre ; mais il est attesté nettement en Poitou par exemple.

L'écrit n'intervient que pour rappeler le bon accomplissement des formalités ou donner la liste des témoins : les formulaires abondent à cet égard de mentions révélatrices.

Le contrat est conclu quand le rite est accompli ; la forme l'emporte sur le fond et le meilleur souvenir de cet état de droit nous paraît conservé par des proverbes de l'époque suivante : « Puis que la parole est yssue du corps, elle n'y peut jà mais entrer » (MORAWSKI, n° 1728).

On ne paraît jamais être allé aussi loin dans le formalisme qui ne s'accommode ni de clauses ni de nuances ; il est *abstrait* et exclut toute recherche de l'intention véritable ou du but ;

il est *public* et garantit la sécurité des rapports sociaux qui intéressent la famille autant que l'individu.

3) Quelle est la force obligatoire d'un tel contrat ? La loi salique prévoit tour à tour une saisie privée et une intervention du comte ; mais, judiciaire ou non, l'exécution doit être assurée, en définitive, par la famille ou contre elle ; et cela explique l'importance prise par le cautionnement. En pays lombard, le débiteur doit toujours fournir un garant. En pays franc, on en vint à admettre par une contraction déjà signalée que le débiteur soit son propre fidéjusseur. Mais toujours on devine l'influence contraignante de la famille.

[62] HYPOTHÈSES. — Après la description, on est fondé à proposer l'explication :

1^o Contrat et délit sont fort mal distingués : le premier contrat a pu être la promesse de payer la composition due à raison d'un délit. Et l'inexécution d'un contrat peut être tenue pour un délit : le débiteur qui ne remplit pas sa promesse s'expose à la vengeance privée et répond en définitive de sa dette sur sa personne physique. L'image du *nexus* romain s'impose (cf. n^o 15).

2^o Juridiquement, le lien qui unit le transfert de la propriété et le contrat apparaît mal ; on a prétendu avec beaucoup de force que le contrat élémentaire était l'échange dont procéderait la vente ; la chose est même affirmée par les textes de l'époque (cf. loi Visigoths, 40 ; loi Burg., 35, 5 ; loi Bavaois, 15, 8 ; *Brachyl.*, 3, 3, 4 ; 3, 8, 3). Une prestation suppose toujours une contre-prestation ; une donation ne peut être valable sans un contre-don symbolique, qui lui donne l'allure d'un échange. On peut faire état à cet égard d'une institution lombarde, le *launegild* : le donataire remet au donateur un objet, un anneau par exemple, dont l'étymologie même atteste le caractère rémunérateur. Le symbole de la *festuca* ou du *wadium* s'expliquerait par la même idée : il figurerait la contrepartie de ce que le créancier a fourni.

3^o Les sociologues ont tenté une synthèse plus vaste. La simple parole n'engage pas : il lui faut le support d'un gage (*wadium*), ou l'appui d'un garant ; le formalisme juridique « emprunte à la magie et à la religion sa vertu efficace » (DAVY,

Rev. métaph., 1917, p. 333). Anciennement, les contrats ne seraient même pas véritablement des contrats, mais impliqueraient un changement de famille ou de clan, du *status* du débiteur, du *nexus* à Rome comme du *jactivus franc* ; quant au contre-don, il représenterait le potlatch, institution rituelle, témoignage de « respect » ou challenge de rivalité entre familles, consistant en un échange de cadeaux créateurs d'obligations réciproques.

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur le droit romain des v^e et vi^e siècles, on trouvera des indications particulièrement précieuses dans RICCOBONO, L'importanza e il decadimento delle forme solenni, dans *Miscellanea Vermeersch*, II, p. 15 ; C. G. ARCHI, Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legisl. da Costantino a Giustiniano, *Scr. Ferrini*, 1946, pose le problème du rôle et de l'influence de la législation impériale ; cf. DU MÊME, L'« *Epitome Gai* », 1937, spéc. p. 365-416 ; BRANDILEONE, Le enunciazioni scritte della stipulatio, dans *Rend. Acc. Lincei*, 1928. J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e s.*, 1957 ; *Le Bréviaire d'Alaric et les Epitome*, 1965.

On a voulu opposer les deux Empires : l'Orient écrit et l'Occident parle. Riccobono a toujours soutenu la thèse d'une évolution, caractérisée par la suppression progressive de l'ancien formalisme, ce qui le conduit à simplifier souvent à l'extrême (notamment dans l'antithèse : *verba-voluntas*). Après lui ALBERTARIO et ARANGIO-RUIZ ont étudié la substitution de l'*instrumentum* à la stipulation. Il y a là, semble-t-il, une thèse brillante et bien fondée mais qui demeure un peu abstraite : cf. notamment les articles d'Ernst LEVY, dans *ZSS*, 1929, p. 230 ; *Atti congress. intern. di diritto romano*, II, 1933, p. 29 ; *Medievalia et Humanistica*, 1943, p. 14 ; *Bull. Inst. Dir. romano*, 1948, p. 109 et 342 ; *West roman vulgar law ; the law of property*, Philadelphie, 1951 (cf. c. r. GAUDEMET, *RHD*, 1953, p. 288-296) ; ALBERTARIO, Oriente et Occidente, dans *Studi*, VI, 1953, p. 521 ; WENGER, Neue diskussionen zum Problem « Rechtsrecht und Volksrecht », dans *Mél. F. de Visscher*, t. II, p. 521. Quant à l'influence du christianisme sur le droit des obligations, on peut admettre qu'elle a parfois assoupli la rigueur du droit (RICCOBONO), mais elle n'a certainement pas été « décisive » ; elle n'a pas en tout cas tendu à assurer le triomphe de la volonté et du pacte.

On trouvera sur les *Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du V^e au X^e siècle* tout l'essentiel dans l'article nourri et brillant de GAUDEMET, dans *Tijdschrift voor R.*, XXIII, 1955, p. 149-206 : la persistance du droit romain est plus importante qu'on ne le croit souvent et ce n'est qu'à l'époque carolingienne qu'il apparaîtra inadapté à la société. La chose doit être mise en rapport avec la thèse bien connue d'H. PIRENNE pour qui la culture est plus largement répandue sous les Mérovingiens qu'à l'époque de

Charlemagne (cf. spéc. De l'état de l'instruction des laïques à l'époque mérovingienne, dans *Histoire économique de l'Occident*, 1951, p. 137-150). DIDIER DE CAHORS, par exemple, est instruit dans les *leges romanae* (*La vie de saint Didier*, éd. POUPARDIN, p. 2) et il est certain que l'usage de l'écriture (et du papyrus) demeure assez répandu.

Spécialement pour l'enregistrement des actes écrits dans les *gesta*, nombre d'administrations se virent reconnaître le *jus gestorum* au IV^e siècle, c'est-à-dire le droit de recevoir sur leurs registres (*acta, gesta*) des procès-verbaux de déclarations ou d'y insérer des contrats ; ces *gesta* sont mentionnés jusqu'au XI^e siècle alors qu'ils ne répondent plus à rien (DU CANGE, v^o *Allegatio*).

SUR LA PERSONNALITÉ DU DROIT, principe qui apparaît presque normal quand deux peuples très différents vivent côte à côte, mieux appliquée peut-être à l'époque carolingienne qu'auparavant, cf. SCHÖNBAUER, dans *ZSS R. Abt.*, 1929 ; PARADISI, *Storia del diritto intern. nel medio evo*, 1940, p. 439. L'application de ce principe peut expliquer des singularités : par exemple la persistance en Bourgogne au X^e siècle de traditions franques, bourguignonnes et romaines (dans les chartes de Cluny), les mentions fréquentes de la loi salique dans le Midi... La part d'hypothèse demeure néanmoins fort grande. Cf. ce qui est dit t. III, p. 45.

SUR LE PEUPEMENT FRANC, outre les travaux classiques de Ferdinand LOT, mentionnons les deux livres qui ont apporté les données les plus remarquables. G. DES MAREZ, *Le problème de la colonisation franque... dans la Basse Belgique*, 1926 et SALIN, *La civilisation mérovingienne*, 4 vol. Des indications précieuses dans Elisée LEGROS, *Le Nord de la Gaule romaine, linguistique et toponymie* dans *Bull. comm. royale (belge) de toponymie*, t. XVI, 1942, p. 161-228, qui conclut qu'on ne peut sans forcer les termes parler d'un fond germanique en Gaule du Nord ; l'apport francique s'est ajouté au vieux fond gallo-romain qui en a été influencé, mais non submergé. Cf. également DHONDT, *Note sur l'origine de la frontière linguistique, dans Antiquité classique*, t. XXI, 1952, et l'excellente mise au point de Lucien MUSSET, *Les invasions ; Les vagues germaniques*, 1965, spéc. p. 219-288 (« Nouvelle Clio »). Les juristes ont souvent une tendance à négliger les indications données par la langue : une comparaison s'impose pourtant entre ces deux phénomènes essentiels de la vie sociale, le droit et le langage : même « vulgarisation » au Bas-Empire, même fusion ensuite dans les dialectes ou les *consuetudines terrae*.

SUR LA « FIDES FACTA », il existe une littérature immense, mais en général assez peu convaincante : pour l'Allemagne, AMIRA (2 vol. 1885-1895 et 1913), BRUNNER, ZALLINGER (1898), HALBAN (2 vol. 1899 et 1901), GIERKE (1910) ; pour l'Espagne, E. MAYER (éd. allemande 1913 ; éd. espagnole 1926 et résumé *AHDE*, t. I, p. 417 et t. II, p. 546) ; pour l'Italie, PERTILE (IV, 1893), SCHUPFER (III, 1909) ; pour la France, THÉVENIN (1880), ESMEIN (1883), STOUFF (1887), WODON (1893). Plus récemment, FROGET, *La fides facta aux époques mérovingienne et carolingienne*, 1932 ; FERRARI, *L'esecuzione forzata gotica et longobarda*, dans *Studi Senesi*, 1923 ; CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, 1950. Ce dernier auteur a le grand mérite

de réagir contre les généralisations conjecturales (auxquelles l'exposé donné *supra* sacrifie encore trop).

De même, il faut renoncer à fournir une bibliographie relative à la *festuca* et au *wadium*. Chaque auteur ou presque a son système. On trouvera dans M. THÉVENIN, *Textes relatifs aux Institutions... mérov. et caroling.*, 1887, p. 263, une instructive liste des divers symboles mentionnés par les actes ; on usera longtemps des symboles les plus imprévus : tel ce couteau conservé au cabinet des médailles de la Bibl. nat. sur le manche duquel est rappelé la tradition qu'il a servi à faire. Le même symbolisme dans un acte anglais de 1135 est signalé par JOÛON DES LONGRAIS, *Les moines de l'abbaye de Sainte-Melaine de Rennes*, dans *Recueil Brunel*, 1955, t. II, p. 41.

SUR LES ARRHES. — On a beaucoup discuté sur un passage de la loi des Visigoths (V, 4, 4) : *Qui arras pro quacumque re acceperit id cogatur implere*. On a voulu y trouver soit une fonction pénitentielle des arrhes, soit une marque du caractère réel de la vente (BRUNNER), soit une pratique voisine du launegild lombard (HEUSLER), soit une influence du droit grec (TAUBENSCHLAG) ; cf. en dernier lieu : MASSEI, *Bull. Inst. dir. rom.*, 1941 ; Ernst LEVY, *Roman vulgar law*, p. 159 ; MEREÀ, *Estudo de direito visigótico*, 1948, p. 92-104. Mais Paulo MEREÀ, *Algo de nobo sobre a arra vigotica*, dans *Bol. da Faculdade de Direito*, 1956, signale qu'une nouvelle lecture du manuscrit donne la leçon : *Qui arras... dederit* ; les arrhes sont donc fournies par l'acheteur et elles jouent leur rôle normal en marquant la conclusion du contrat.

SUR LA DISTINCTION DU « DEBITUM » ET DE L'OBLIGATION. — On a voulu, comme en droit romain (n° 4), opposer *Schuld* et *Haftung*. Cette thèse a trouvé son domaine d'élection dans l'étude du droit franc (GIERKE), suédois (AMIRA), saxon (PUNTCHART), anglais (HAZELTINE), flamand (VON RITELLEN), italien (BETTI, SCHUPFER) ; si la distinction peut avoir une importance dogmatique (cf. F. SCHREIER, *Festschrift Hans Kelsen*, 1931, p. 333-340), elle n'a guère de fondement dans les textes francs. ASTUTI, *I contratti*, p. 211, a tenté de nuancer la distinction et a décrit les trois étapes des droits « indo-européens » : *debitum* garanti par des tiers, obligation physique du débiteur, liaison des deux termes dans une obligation personnelle et patrimoniale à la fois.

On peut, croyons-nous, pour mieux pénétrer le mécanisme du contrat franc, le comparer au contrat pratiqué en Afrique. On songe au *bilaba* (J. GUILBOT, *Journal des Africanistes*, 1951, II ; BALANDIER, *Sociologie actuelle de l'Afrique noire*, 1955, p. 182) qui est à la fois un échange et un cadeau, au prêt sur gage, au contrat de dépôt portant sur du bétail et sur de l'argent, fait en présence de notables « pour lier la volonté du déposant » (J. BINET, *Budgets familiaux des planteurs de cacaco au Cameroun*, coll. « L'homme... d'Outre-mer », III, 1956, p. 139, qui a le mérite en fournissant une étude sociologique « chiffrée » d'une société relativement homogène, de rendre compte de la minime importance des contrats, plus frappante encore à notre époque). Cf. encore la « consommation ostentatoire » bien étudiée d'un point de vue économique par LASUDRIE-DUCHESNE, thèse, 1955, le mépris de bien des peuples (Fang du Gabon, par exemple) pour le commerce, la pénurie monétaire, la bigarrure ethnique, les survivances claniques

(cf. par exemple BERTAUT, *Droit coutumier des Boulous*, 1935 ; pour la société assez différente des Baambas de l'Uganda, Edward H. WINTER, *Bwanba, A structural-functional analysis of a patrilineal society*, 1955 ; et, pour le Congo, outre les deux études de E. POSSOZ, 1942 et A. SOHIER, 2^e éd., 1954, Serge WICKERF, *Contribution à la connaissance du droit privé des Bakongo*, s. d.).

H. LÉVY-BRUHL a fait une application heureuse des thèses sociologiques au droit romain, spéc. Notes sur l'obligation en droit romain et Sur les sources de l'obligation, dans *Annales sociol., Soc. juridique et morale*, II, p. 119 et *Cahiers intern. sociologie*, I, 1946, p. 67.

SUR LE RÔLE DE L'ÉCRIT. — On peut encore consulter avec fruit, STOUFF, *Etude sur la formation des contrats par l'écriture*, RHD, 1887, p. 249-287. La rédaction et la force de l'acte écrit ont fait l'objet de longues discussions des diplomates résumées par A. DE BOUARD, *Manuel de diplomatique*, t. II, 1948, p. 57-149 dont l'exposé apparaîtra parfois à un juriste bien systématique (notamment en ce qui concerne les destinées du chirographe romain). Mais l'auteur a eu le grand mérite de réagir contre les thèses de BRUNNER qui voulait voir dans la *traditio cartae* une formalité romaine. BRANDILEONE (*Scritti*, II, 1931), a voulu au contraire établir la survivance de la stipulation et le rôle seulement probatoire de la *carta* : mais les chartes citées établissent que le terme de *stipulatio* (équivalant à « écriture ») n'est plus compris. On trouve dans les actes lombards la mention — qui ne peut, croyons-nous, correspondre à rien — de la *mancipatio* (cf. entre bien d'autres, NABER dans *Mnemosyne*, 1920 ; LEICHT, *Scritti*, II, 1949 ; FLACH, *Mél. Fitting*, 1908 ; SEGRE, *Bull. Inst. dir. romano*, 1942). De même le mot *gesta*, en usage fort tard, signifie acte écrit (cf. *Lex Curienis*, XII, 1 : *Gesta, hoc est omnis carta*). La diplomatique qui a en vue « la description et l'explication des formes des actes écrits » est ici inséparable du droit et l'opinion la plus mesurée comme la plus convaincante est fournie par G. TESSIER, *La diplomatique*, 1952, p. 109-115 (coll. « Que sais-je ? »). BRASIELLO (Sull' influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbiiettivo nei contratti, dans *Scritti Ferrini*, 1946-47) a eu le grand mérite de recenser les opinions des Pères de l'Église et il conclut que pour eux l'idée « de dette appelée celle d'écriture », ce qui implique bien que l'usage de l'écriture protège mieux les contractants que le serment par exemple ; cf. encore WENGER, dans *Miscell. Mercati*, V, 1946 ; CHIAZZESE, Crist. e diritto, *Bull. Inst. dir. romano*, 1948.

CHAPITRE VI

L'ÉPOQUE FÉODALE

[63] UNE SOCIÉTÉ NOUVELLE. — On a fait tour à tour de Charlemagne l'héritier de la pensée romaine et le restaurateur des traditions franques. Son œuvre se solda en tout cas par un échec : il n'y a plus de juges pour imposer l'exécution des contrats, plus de notaires pour les écrire ; toute culture est perdue, l'idée même de loi s'oblitére. Après la mort de Charles le Chauve (877), c'est la débâcle. Lutttes intérieures et invasions étrangères rendent l'état de guerre permanent.

De ce désarroi va naître un ordre politique nouveau : la féodalité, déjà formée dans ses traits essentiels au x^e siècle.

La solidarité des familles est entamée et les fils, les cadets surtout, acquièrent une grande indépendance. La terre demeure l'essentiel des fortunes, mais elle fait l'objet d'une propriété individuelle. Une noblesse existe, classe de propriétaires aisés encore fort mal délimitée. Jusqu'à la fin du xi^e siècle, le commerce, s'il existe, demeure très réduit et n'affecte guère l'économie agricole ; l'essor des foires champenoises doit dater du milieu du xi^e siècle. Les villes ne sortent guère de leur léthargie avant 1080 : l'avènement de la nouvelle classe des bourgeois sera le fait du siècle suivant.

La monnaie circule et pénètre déjà largement dans le monde rural ; les actes méridionaux — en prévoyant dès le début du xii^e siècle le cas où les deniers « trébucheraient » — prouvent même que l'on a déjà l'expérience des dévaluations. Qu'on ne s'y trompe pas cependant, l'économie demeura longtemps essentiellement foncière ; et M. WOLFF fait une remarque qui va loin en indiquant qu'à Toulouse, en plein xiii^e siècle, le crédit

demeure surtout immobilier (*Commerces et marchands de Toulouse*, 1954, p. 20).

[64] UN DROIT NOUVEAU. — La transformation de la société ne pouvait aller sans celle du droit. Que le droit français ait « beaucoup retenu de l'esprit des anciennes coutumes franques » (Olivier MARTIN) la chose est certaine ; Francs et Gallo-Romains ont mis en commun les débris de leurs droits et de là proviennent, nous l'avons dit (n° 57), les coutumes territoriales. Celles-ci s'intéressent peu au droit des contrats, livré au libre jeu des inspirations individuelles. Pour eux, c'est vraiment un droit nouveau qui naît : droit des marchands et des affaires ; mais aussi — et d'abord — droit des nobles.

[65] NOBLES ET MARCHANDS. — Tout oppose nobles et marchands : la consistance et l'origine de leur fortune, là héritée et assise sur des immeubles, ici acquise et fondée sur l'argent ou la spéculation ; les nobles habitent le plat pays et y imposent leur autorité aux paysans libres et non libres ; les marchands habitent les villes qu'ils dominent socialement et politiquement ; les nobles comptent sur leur lignage et sur leurs vassaux ; les marchands font confiance à leur commune et à leur justice.

Opposition sociale, mais plus encore opposition intellectuelle. Marchands et nobles n'ont pas les mêmes besoins juridiques ; ils n'ont pas non plus, à une époque où la règle de droit n'est pas contraignante, la même conception du contrat et de l'obligation.

Les moralistes prétendent que, pour les marchands, le gain et l'argent sont les fins suprêmes ; le contrat est, en tout cas, la vie quotidienne des affaires et il est en lui-même une affaire.

La grande affaire du noble, c'est au contraire, d'être *féal*, de garder la foi qu'il a promise, la loi qu'il s'est donnée et en cela d'être *loyal* et aussi d'être *preux* ; le lien féodal est à l'origine un lien d'homme à homme ; le vassal se *dévoue* corps et âme ; et de même dans tous les actes de la vie. Dans les chansons de geste, il n'est question que de foi plévie, ou promise. La société féodale est fondée sur la fidélité réciproque et elle exalte par là même l'individu.

Que parents et amis interviennent pour garantir la déclaration, que celle-ci soit affirmée solennellement devant témoin

ou par serment, la chose est certaine. Mais l'enseignement de l'Eglise n'en est pas moins fort net : ce qui compte avant tout c'est la promesse ; la parole du chrétien doit être conforme à la vérité sans qu'il ait besoin de recourir au serment pour la confirmer. Tous les moralistes sont d'accord sur ce point et leur opinion ne pourrait qu'incliner au respect du contrat. « Ce qui caractérise le chevalier du XI^e siècle, c'est bien d'abord son indépendance à l'égard des pouvoirs de contrainte, mais c'est aussi sa morale, ce code de la foi qui est pour lui la forme du contrat social » (Georges DUBY, *La société au XI^e et au XII^e siècle*, p. 204).

SECTION I. — L'empirisme coutumier

[66] LA « CONVENIENTIA ». — Que restait-il de l'ancien droit ? Bien peu de chose sans doute : symboles et écrits sont pratiqués dans le Nord comme dans le Midi, souvent concurremment dans un même acte. Sans doute l'ambiance apparaît plus romaine dans le Midi, mais les préambules des chartes du IX^e au XI^e siècle suffiraient à marquer la confusion : telle cette charte d'Albi de 938 qui couvre une donation de l'autorité de la loi romaine, de la loi gothique et de la loi salique (*Hist. Lang.*, V, col. 192).

L'écrit est décrié : on a souvent cité ce mot d'un moine du XI^e siècle : « Le papier peut tout souffrir de la plume » (*penna quilibet notare posset*). Quant aux symboles, il faut bien remarquer qu'ils tiennent à la forme et non au fond, et que, comme à Rome, ils peuvent servir le développement du droit.

1^o Un mot est désormais employé couramment pour désigner le contrat : celui de *convenientia*, issu du latin populaire *convenire*, être d'accord, dont le français devait faire *convenance*. Les actes du Midi en usent avec une particulière insistance. Le sens ne peut en être douteux : il s'agit bien du contrat au sens moderne du mot, contrat solennel certes où interviennent des témoins de rang élevé ; mais contrat où la volonté suffit à obliger. Un acte précise même que le promettant ne s'engage pas par la main « où n'est pas la foi » (*manu ubi non*

est fides), mais par la parole et l'esprit (*verbis et animo ubi est fides*). C'est bien affirmer que la promesse peut résulter de la simple parole donnée, *fides*, foi ou *fiance* ;

2^o Normalement on use d'un symbole pour marquer la conclusion de l'accord :

a) On ne jette pas la *festuca*, on la rompt : « Une paille rompue rend entre gens d'honneur une affaire conclue » (MOLIÈRE, *Dépit amoureux*, IV, 4) ;

b) Le denier à Dieu fréquemment payé, le vin du marché que les témoins boivent avec les parties jouent le même rôle ;

c) Il y a enfin tout un symbolisme de la main. La jonction (ou poignée) de mains marquait l'engagement du débiteur et, dans l'hommage, la sujétion du vassal ; dans la paumée, les parties se frappent la main pour manifester leur accord (F. GARRISON, *RHD*, 1959, p. 463) ;

d) Vers le x^e siècle apparaît le baiser, signe de la foi mutuelle que se doivent les parties et de la paix qu'elles doivent garder dans leurs rapports.

Le serment sert à confirmer la promesse ; il comporte des paroles ou invoque le nom de Dieu et des saints, et des gestes ; on touche les Évangiles, des reliques ; fait remarquable, l'Église sera jusqu'au xi^e siècle hostile au serment. La leçon de l'Évangile est en effet très nette : « Que votre parole soit oui, oui ; non, non ;... je vous dis de ne pas jurer du tout (MATT., V, 5, 34).

D'instinct, la pratique en vient donc à affirmer le rôle de la volonté ; et le droit des contrats paraît livré non à une règle, mais à un simple « standard » que, dès le xii^e siècle au moins, un adage résume bien : « Toutes convenances sont à tenir. » Ce principe, les coutumiers du xiii^e siècle vont le reprendre et le développer.

[67] LES COUTUMIERS DU XIII^e SIÈCLE. — Dans le Midi, il paraît bien qu'une liberté presque totale est laissée aux parties, l'attention se portant sur la preuve du contrat plus que sur sa formation.

Le droit du Nord apparaît beaucoup plus complexe :

1^o Le contrat normal demeure le contrat au comptant ; et de là on passe facilement au *contrat réel* ; la transition est

fournie par le prêt sur gage : le prêteur garde la chose engagée jusqu'à la restitution des deniers.

L'idée qu'un contrat peut se former — *re* — par la simple remise de la chose paraît connue en Normandie comme en Angleterre ; mais elle est fort étrangère à BEUMANOIR qui reconnaît (n° 1065) force obligatoire à la convention du prêt alors même que la *res* n'a pas été encore fournie. De même (n° 1021), si le prêteur ou le bailleur ne reçoit pas les garanties espérées, il peut demander que les « issues » (produits) soient mises en « sauve-main ».

Dans les textes les plus anciens, à Montpellier comme en Normandie, la vente garde un aspect de contrat réel : elle ne devient obligatoire que par le paiement d'une partie du prix (les arrhes jouant alors le rôle d'acompte) ; ou la mise en possession de l'acheteur (cf. n° 258). Les Assises de Jérusalem indiquent nettement *quod non fecit venditio reconciliat traditio*. Mais plus généralement, la vente est traitée comme un contrat consensuel : et tous les symboles peuvent être employés pour manifester l'accord.

Dans la donation elle-même, la règle « donner et retenir ne vaut » rappelle la nécessité d'une tradition de la chose donnée.

2° Le *contrat consensuel*, comme aujourd'hui, pose une question de preuve.

La forme n'a pour but que de permettre la preuve du contrat. Le pacte nu — rencontre clandestine de deux volontés — demeure une hypothèse d'école. Les parties veulent avant tout se ménager la preuve de leur contrat et tout leur est bon pour cela : la paumée, l'écrit, les arrhes, le denier à Dieu ; comme dit BEUMANOIR (n° 1066) : « Chacune de ces choses vaut confèrment de marché. »

La *fides*, qui n'est qu'une « solennité de la promesse » devient plus rare et tend à disparaître au XIII^e siècle (pour la Normandie, YVER, p. 57).

De cela, *Jostice et Plet* donne un exemple fort net : à l'occasion d'un contrat, la paumée n'avait pas eu lieu ou était nulle ; néanmoins, le contrat est valable car « convenances accordées font le marché, non pas la paumée » (II, 7). Même enseignement

dans BEAUMANOIR (n° 1066) ou *Le conseil à un ami* (chap. XV, n° 6 et 17).

Mais cette liberté pouvait être dangereuse pour les parties elles-mêmes ; la pratique ne sépare jamais la foi promise de la bonne foi ; celle-ci suppose que le consentement soit valable, que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude ; mais aussi qu'il soit vraisemblable et raisonnable (cf. *infra*, n° 134) ; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes mœurs, ni même le « commun profit » (cf. n° 127).

Le droit coutumier ne formule en cela aucune théorie juridique ; les solutions sont purement empiriques et le procédé apparaît fort analogue à celui du standard anglais : la coutume ne cherche ni à généraliser en éliminant les faits, ni à particulariser en les incluant ; elle prend position vis-à-vis de la conduite des individus et ne veut que guider le bon sens des juges.

3° Existe-t-il un contrat écrit ? BEAUMANOIR (n° 1073) traite longuement des « obligations par lettres » (par écrit), mais il ne paraît pas admettre que l'obligation puisse naître de l'écrit lui-même. L'écrit ne sert qu'à prouver le contrat ; la distinction qu'il fait (n° 1092) entre les lettres de baillie ou d'officialité, et, entre gentilshommes, les lettres scellées, ne se réfère qu'à la valeur probante des écrits.

Dans le Midi, la tradition était bien plus favorable à l'écrit. Il est fréquent que le protocole des chartes rappelle au XI^e siècle qu'il n'y a d'aliénation valable que *per cartam*. Pourtant, ici encore, l'écrit ne paraît avoir été qu'un mode de preuve ; la diffusion, à partir du XII^e siècle, du notariat vint lui assigner la valeur d'un « instrument public », mais sans modifier sa fonction.

SECTION II. — Règles techniques et règles morales

[68] Nous avons traité jusqu'ici du droit coutumier sans rechercher les influences, romaines ou canoniques, qui s'exercent sur lui.

Jusque vers 1150, ces influences sont difficiles à discerner ;

diffuses, partielles, locales, elles enrichissent la pratique sans la détourner de sa voie :

1^o L'influence chrétienne est certaine ; mais plutôt que juridique, elle est morale et sociale ; elle pénètre la mentalité des contractants ; il ne s'agit pas encore de règles précises, mais de direction morale ; le droit canonique n'a pas encore rompu avec la théologie ; malgré cela, « un ordre ou un interdit ne perd point sa force par l'absence d'une menace de peine » (G. LE BRAS, *Prolégomènes*, p. 48) ;

2^o L'influence romaine est moins nette. Le droit n'est plus enseigné ; au XI^e siècle encore, les souvenirs qu'en gardent les chartes sont sommaires, imparfaits, stéréotypés. Seul YVES, évêque de Chartres (de 1091 à 1116) paraît avoir une idée assez nette sur la force obligatoire du pacte. Ce n'est que dans la première moitié du XII^e siècle qu'apparaissent les premiers symptômes d'une renaissance.

Le milieu du siècle marque au contraire un « tournant de l'histoire du droit » (Paul FOURNIER). La découverte des Pandectes « fut le signal de la renaissance de l'étude du droit romain, et du renouveau d'un enseignement » ; mais en même temps, cette découverte va avoir une répercussion profonde sur le droit canonique qui maintiendra néanmoins son inspiration propre. Les glossateurs vont imposer au droit canonique leurs méthodes et leurs catégories. Entre canonistes et romanistes, un jeu subtil d'influences, mais aussi d'oppositions fondamentales, vont comme rythmer l'histoire du droit des contrats.

§ 1. LE DROIT ROMAIN

[69] PACTE NU ET PACTE VÊTU. — Dans l'héritage romain, les glossateurs retrouvèrent l'idée que le simple concours de volontés — le pacte — ne suffit pas à faire le contrat. Une forme, la stipulation par exemple, est nécessaire pour que du pacte puisse naître une action (c'est-à-dire un droit). La règle va être formulée dans l'adage repris d'ULPIEN *Ex nudo pacto, actio non nascitur*. ACCURSE devait dire qu'un tel pacte était comme une femme stérile *tale sit ac si prorsus sterilis mulier generaret* (glose *Igitur*, D., II, 14, 7, 4).

Cependant, en droit romain même une action était donnée

au cas des contrats consensuels, des pactes prétoriens et légitimes ; c'est qu'ici la convention était moins fragile ; elle n'était plus nue mais pourvue d'un vêtement chaud qui permettait à l'action d'éclorre : on en vint à opposer le *pacte nu*, qui est « stérile », et le *pacte vêtu* qui engendre une action.

[70] LES « VÊTEMENTS ». — Restait à donner la liste des « vêtements » convenables : AZON en compte six, qui représentent les catégories romaines : la *res* du contrat réel, les *verba* de la stipulation, les *litterae* du contrat par écrit, le *consensus* du contrat consensuel, la *cohaerentia* pour les pactes adjoints (qui viennent se blottir sous le vêtement du contrat), la *rei interventus*, l'exécution, dans les contrats innomés.

ACCURSE devait ajouter, avec quelques nuances, le serment, et BARTOLE la *scriptura* ; mais à cela près, les glossateurs restaient fidèles à la pure théorie romaine. Ils admettaient par exemple que la convention d'échange n'engendrait pas d'action. On ne peut noter que de menues différences qui tenaient plutôt aux images employées qu'au fond même du droit :

1^o Le contrat existe dès l'accord de volontés (*ex pacto*) ; dans le contrat innomé, l'exécution ne crée pas le contrat mais fait naître l'action.

A l'occasion des contrats consensuels, qui n'ont aucun vêtement extérieur, ACCURSE explique que le consentement est lui-même un vêtement ; mais tandis que les pactes sont de leur nature frileux, la vente ou le mandat sont « gras et chauds par leur nature et un rien suffit à les habiller ».

2^o Du pacte nu naît une exception, mais aussi une obligation naturelle (cf. n^o 183). BELLEPERCHE rattache cette solution à la « raison naturelle » qui impose de respecter les pactes (*Comm. Inst.*, 1, 1 ; rubr., n^o 4).

La théorie sera reprise sans grand changement par les Bartolistes. Au XVI^e siècle, CUJAS et DUAREN exerceront leur ironie sur les costumes dont on veut affubler les pactes ; mais POTHIER, dans ses *Pandectes*, restera, au moins dans les termes, fidèle à la glose.

[71] LE CONTRAT, LE DROIT ET L'ACTION. — Ce serait une erreur, souvent commise d'ailleurs, que de voir là l'essentiel de l'apport romain. Le droit romain se préoccupe non des droits

en eux-mêmes, mais des actions qui les sanctionnent. Pour le pacte nu, on recherche moins le droit qu'il confère au créancier que l'action qui lui sera accordée ; et cela même suffit à montrer l'allure procédurale que va prendre tout le système des glossateurs ; caractère qui va s'accuser nettement au cours du XII^e siècle. PLACENTIN n'imposait pas au demandeur de « nommer » l'action qu'il exerçait. L'action pour lui, c'est l'argument, la *causa*, la raison d'agir : il suffit d'indiquer la cause de son droit ; on identifie les trois termes *argumentum*, *ratio*, *causa* (cf. n^o 134), ce qui donnait au procès une certaine souplesse.

Au contraire, les romanistes postérieurs vont exiger que le nom de l'action soit indiqué et ils dresseront des catalogues des actions qui existent ; en même temps, ils emprunteront à la procédure romaine ses innombrables ressources : au lieu d'arguments et de raisons, ce sera le triomphe des arguties et de la procédure ; désormais, le droit romain apparaîtra lié à un ensemble de règles plus techniques qu'équitables.

On comprend que les canonistes aient dès lors opposé « la rigueur du droit romain » à « l'équité canonique », « les arcanes du droit civil » à la « seule vérité » (HOSTIENSIS, *Summa*, éd. 1605, col. 7, 1469). On comprend aussi que le bon sens des praticiens ait été parfois rebuté et qu'un auteur comme NEPOS DE MONTAUBAN (vers 1260) ait écrit un *Liber fugitivus* « pour fournir des armes, c'est-à-dire des exceptions, au défendeur (*pars fugiens*) qui veut fuir devant les actions injustes d'un demandeur » : le droit romain apparaissait comme redoutable aux plaideurs et il convenait d'utiliser les ressources qu'il offrait contre ses propres rigueurs.

§ 2. LE DROIT CANONIQUE

[72] LE RESPECT DES PROMESSES. — Les canonistes du XII^e siècle vont suivre la voie que leur traçaient leurs devanciers (n^o 66). GRATIEN admet que le serment n'est pas nécessaire à la validité d'une promesse et il reprend le commentaire de l'Évangile (C. *Juramenti*, C. 22, qu. 5, c. 12) ; les Décrétistes, en commentant ce texte (sur la C. 12, qu. 2, c. 66) vont s'opposer, quand elle apparaîtra, à la théorie des *vestimenta* dans une des

plus célèbres *differentiae* qui aient existé entre l'un et l'autre droit.

On a fait honneur au grand canoniste HUGUCCIO († 1210) d'avoir nettement condamné tout formalisme : la solennité (dans le vœu par exemple) n'est qu'un « signe » ; un promettant est obligé par sa simple promesse, car toujours le mensonge est un péché mortel.

Restait à indiquer la sanction d'une telle promesse : sa violation peut être dénoncée comme un péché et punie au for interne ; mais elle sera réprimée aussi au for externe, soit que l'on recoure à l'*officium judicis* qui permet au juge d'Eglise d'accueillir les demandes « équitables », soit plutôt qu'on accorde au contractant une action.

Cette solution sera reprise, avec d'innombrables nuances, par tous les canonistes. On la retrouve dans les décrétales de Grégoire IX avec le célèbre canon *Antigonus* (I, 35, 1 et 3) ; HOSTIENSIS († 1271), glosant ce canon, le fonde sur l'équité naturelle, ajoutant même que l'obligation naturelle que les légistes font naître du pacte nu est justement sanctionnée en droit canonique par une action. SAINT THOMAS, tout en justifiant le formalisme par le caractère changeant de la volonté humaine, posera nettement la règle morale que toute promesse oblige, si elle n'est pas illicite et si les conditions économiques ne changent pas ; en effet, « par sa promesse l'homme s'oblige envers l'homme ».

[73] LA VALEUR DU SERMENT. — L'Eglise va, au XI^e siècle, atténuer son hostilité au serment : les pratiques païennes sont assez oubliées pour que le serment paraisse excusable et parfois même recommandable. GRATIEN le prohibe encore, mais affirme tout aussitôt qu'il n'est pas un péché : c'était lui ouvrir une longue carrière.

Les canonistes vont réduire les formes du serment : il est normalement toujours prêté *corporaliter* sur un objet sacré, mais on admet qu'il suffit d'invoquer le nom de Dieu ou même de sous-entendre cette invocation, de dire *Je le jure*. Seule l'intention compte, car le serment n'est qu'une promesse renforcée ; mais c'est une promesse qui est faite à Dieu en même temps qu'à son co-contractant et qui engage

le salut de l'âme. De là viennent des conséquences multiples :

1^o Le serment qui met l'âme en péril (parce qu'il est illicite, contraire au droit divin ou à l'équité naturelle) ne doit jamais être tenu. Au contraire, le respect du serment doit toujours prévaloir sur la pure technique du droit : le serment peut tenir en échec les règles concernant la validité des contrats ; il suffit à réhabiliter un acte nul ; ainsi les pubères mineurs de vingt-cinq ans sont capables de s'engager par serment : la solution est donnée par le texte célèbre de l'authentique *Sacramenta Puberum* (c. II, 42, 3) que l'empereur Barberousse fit insérer à Roncaglia dans le Code de Justinien.

2^o Le serment crée une obligation imprescriptible, mais aussi personnelle, car le salut de l'âme est affaire individuelle : les héritiers ne peuvent être tenus par le serment de leurs auteurs.

3^o Enfin, le serment étant chose spirituelle, c'est à l'Eglise et à ses tribunaux qu'il appartient, soit de dispenser du serment, soit d'en assurer l'exécution. Et celle-ci pourrait être poursuivie par le co-contractant puisque, à la différence du vœu qui est une promesse à Dieu seul, le serment est prêté aussi à un particulier.

On conçoit l'importance que va prendre le serment ; les canonistes en feront un instrument fort efficace pour mettre la volonté des parties à l'abri de toutes les règles techniques ; et la pratique va s'engager dans la voie qui lui est ainsi ouverte : presque tous les contrats seront désormais confirmés par un serment ; le serment peut tenir en échec toutes les règles romaines et, bien plus, il attribue la compétence sur le contrat aux cours d'Eglise. Innocent III affirmera en 1210 (X^a, II, 24, 28) qu'un serment doit être respecté même au mépris d'une règle romaine.

[74] VOLONTÉ ET RÈGLE MORALE. — Qu'il s'agisse de simple promesse ou de serment, l'Eglise fait toujours prévaloir la volonté des contractants. Mais cette volonté n'est pas conçue comme une « volition » abstraite ; elle est enrichie de tout l'apport de la théologie des XII^e et XIII^e siècles.

Pour les théologiens de l'époque, le libre arbitre de l'homme associe liberté et raison ; pour Aristote, la volonté n'est que

l'organe de la causalité efficiente ; elle est le résultat d'une délibération rationnelle ; mais pour les hommes du Moyen Age aussi fidèles à SAINT AUGUSTIN qu'à ARISTOTE, le libre arbitre consiste à faire le bien et à éviter le mal. Ce que l'on exprime négativement en opposant toujours *nécessité* et *volonté* : on peut obliger l'homme à faire quelque chose, on ne peut pas l'obliger à le vouloir ; la contrainte ou la violence sont exclusives de la volonté. L'adage bien connu *coactus voluit, sed voluit* prend exactement le contrepied d'un texte de SAINT AUGUSTIN (*De dualibus animabus*, X, 14, *PL*, t. 42, col. 1041).

Ces doctrines se rattachent directement au naturalisme chrétien : c'est la raison qui confère à la nature son caractère proprement humain. Tous les scolastiques en reviennent à la formule fameuse de CICÉRON définissant la moralité comme l'habitude d'agir selon la raison et la nature (*De inv.*, II, 53) ; mais raison et nature prennent ici un sens chrétien ; l'homme doit compte de ses pensées à Dieu qui scrute les reins et les cœurs (Ps., 7, 10). La volonté est délibération rationnelle, mais elle est aussi intention ; et c'est la qualification morale de l'intention qui va déterminer la qualification de l'acte : l'intention doit être jugée par la fin poursuivie et par sa rectitude morale.

De tels principes étaient directement applicables au droit. Ils permettent en tout cas d'ordonner l'apport du droit canonique au contrat autour de quelques idées :

1° Le *respect de la promesse*, mais aussi la liberté nécessaire au contrat qui disparaît quand la volonté est contrainte ou viciée ;

2° La *raison* qui justifie l'acte par son but ; qui suppose que la volonté ait une cause mais aussi que l'accomplissement de cette volonté n'aboutisse pas à une chose déraisonnable au cas de changements imprévisibles des conditions économiques par exemple (cf. n° 146) ;

3° La *morale* qui permet de scruter l'intention des contractants : dans son but et dans son objet, mais qui concerne aussi l'exécution du contrat. Le contrat ne peut devenir un lien d'iniquité en permettant à l'une des parties d'abuser de l'autre ; l'exécution de la promesse ne peut mettre en péril l'âme du promettant.

§ 3. LA RÉCEPTION DU DROIT ROMAIN

[75] LE MILIEU ET LE MOMENT. — Que les hommes du XII^e siècle n'aient pas vu une nette différence entre droit romain et droit canonique, la chose est certaine : l'un et l'autre droit, *utrumque jus*, jouissent du même prestige qu'ils doivent aux souvenirs associés de Rome et des empereurs chrétiens. On les compare à deux fleuves dont les eaux gardent bien leurs caractères mais dont les bras s'enchevêtrent souvent. Si les canonistes, après GRATIEN, affirment la suprématie de leur droit, les papes admettent souvent que les règles romaines soient « canonisées » (X^a, V, 32, 1 ; II, 27, 1). Les « différences » entre les deux droits ne seront nettement senties qu'au début du XIII^e siècle, et même alors elles demeureront, pour le domaine des obligations, relativement limitées.

On a souvent décrit l'accueil enthousiaste fait au droit romain ; et ceci vise très particulièrement le droit des contrats. Une telle attitude s'explique non par un goût romantique pour le passé, mais par les besoins précis qu'elle exprimait.

Le droit romain (comme le droit canonique) est individualiste : la pratique du contrat est librement et largement ouverte à tous ; la famille est sacrifiée à l'individu ; ce champ libre donné à l'initiative permet la pratique des affaires. En même temps, le droit romain par sa rigidité même assure la sécurité des rapports juridiques ; en cela, il convient à un peuple de marchands, de banquiers, d'artisans ; il est aussi le droit universel et convient aux grandes entreprises qui seraient gênées par les différences de coutumes particulières à chaque cité.

Que le droit romain ait servi de surcroît, l'esprit « communal » ou les prétentions impériales, la chose est certaine ; mais l'utilisation politique qui en a été faite n'explique pas son succès (et même l'a souvent contrarié) : le droit romain répondait aux aspirations de la bourgeoisie italienne car il convenait parfaitement à ses besoins.

On conçoit que l'imagination contemporaine ait été frappée de l'événement : il semblait qu'une providence artiste assurât la rencontre d'un corps complet de lois et du milieu tout prêt à le recevoir.

[76] PETIT ET GRAND COMMERCE. — Il paraît essentiel de faire ici une distinction ; on trouve au Moyen Age, comme dans la jurisprudence romaine, deux courants fort nets :

1^o L'un répond aux besoins du commerce local ; il concerne les artisans, leurs fournisseurs et leurs clients, les transactions quotidiennes et les relations qui se nouent entre gens qui se connaissent ; plus que de la liberté des conventions, le droit se préoccupe de leur sécurité : il s'agit de protéger l'inexpérience, la timidité, l'impéritie, d'assurer la loyauté des marchandises et la justice des transactions, de réprimer la fraude, le dol, la lésion ;

2^o L'autre courant correspond au grand esprit commercial, celui des grandes affaires internationales et anonymes ; là le consensualisme absolu est de règle et la technique juridique sera éminemment individualiste. L'éthique des marchands n'est plus définie que par la « morale des affaires ». Comme l'indique finement RENOUARD, ces marchands agissent « comme s'ils croyaient que la raison humaine peut tout comprendre, tout expliquer et diriger leur action » ; mais en cela même les activités du grand commerce sortent du cadre de ce livre : elles concernent une histoire du commerce, non une histoire des contrats civils.

[77] LES CLERCS ET LES CHEVALIERS. — Droit savant, le droit romain va triompher dans les Universités, Bologne, Orléans, Toulouse, Oxford ; et sa cause sera aussi celle de tous ces « demi-savants », procureurs, *jurisperiti*, et, avec plus de réserve, notaires, intéressés à mettre l'enseignement de l'école à la mesure des besoins de leur clientèle.

Ce succès ne paraît pas, au moins à l'origine, inquiéter les canonistes. HOSTIENSIS (col. 726) dira qu'il appartient à ceux-ci de réaliser l'équilibre entre la théologie « pure » et le strict droit romain : la conscience des théologiens est souvent trop « angélique » tandis que les opinions des légistes sont trop « matérielles » (*sensualis*). Il n'empêche que l'« esprit » n'est pas le même. L'Eglise condamne l'usure et se méfie des marchands ; l'esprit communal est un esprit « laïque » et les glossateurs servent ouvertement la cause impériale. Entre les *Décrétales de Grégoire IX* (1234) et le *Sexte* (1298), il est très net que l'attitude de la papauté s'est « durcie ». Il n'empêche comme le note

justement M. LE BRAS, que « le droit romain qui triomphe, ce n'est ni celui de Théodose, ni celui de Justinien dans leur pureté primitive, c'est un droit romain que la théologie morale a conduit à la perfection » (*Actes du Congrès du Droit canonique*, 1950).

Quant à la féodalité, sa méfiance à l'origine paraissait invincible. Les « subtilités » du droit romain ne pouvaient lui convenir ; on peut faire la part de la mode (qui inclinera par exemple les comtes de Toulouse à user les premiers dans leurs contrats du droit romain) ; mais l'esprit est hostile. On se prévaut des usages nationaux ; comme le note MEYNIAL, c'est à la tendance du droit romain d'imposer l'égalité contractuelle et de protéger les faibles que l'on s'en prend : la liberté était conçue par le noble comme le moyen de faire la loi du contrat. Bientôt pourtant, l'attitude change ; on s'aperçoit que le droit romain peut servir l'homme habile et être pour lui, mieux que l'ancien droit, un moyen énergique et inéluctable d'imposer sa volonté (*NRH*, 1904, p. 745).

L'hostilité première des nobles est partagée par tous ceux qu'unit le même système d'intérêt fondé sur la richesse acquise et la possession des terres : l'Eglise, les paysans ; mais aussi bien des bourgeois devenus propriétaires fonciers.

On conçoit que dans le domaine du droit familial la résistance au droit romain ait été très nette. Pour le droit des contrats, au contraire, les résistances seront moins vives ; il n'empêche que la réception prendra dans les divers pays de l'Europe occidentale des traits assez différents.

[78] LA RÉCEPTION EN ITALIE. — La tradition italienne est fort complexe. Le droit romain devient le *jus commune* et les juristes exaltent l'unité du monde qu'il symbolise ; il apparaît comme un témoignage de l'harmonie du monde chrétien, mais aussi de la raison universelle. On l'oppose au *jus proprium* particulier à chaque peuple ; coutumes locales fort différentes suivant les régions ; statuts urbains dans lesquels s'expriment les besoins de la bourgeoisie ; statuts maritimes ; en Sicile, en Sardaigne et en Savoie ordonnances monarchiques.

[79] LA RÉCEPTION EN ANGLETERRE. — VACARIUS fut en Angleterre le pionnier de l'influence romaine. Mantouan, théologien

et polémiste auteur du *Livre de l'étudiant pauvre*, il enseigne à Cantorbery ou à Oxford, dès 1139. Grâce à lui, le droit romain connaît dès le XII^e siècle un très grand succès ; mais ce succès même suscita la crainte de l'Eglise et de la royauté et une véritable opposition nationale se manifesta en faveur des *leges Angliae*, la *common law*.

Un trait apparaît fort net : VACARIUS, Guillaume DE LONG-CHAMP (qui fut chancelier de Richard Cœur de Lion et composa vers 1190 une *Practica Legum*), AZON, insistaient sur l'aspect procédural du droit romain. BRACON, qui les imite, suit la même voie en imposant à la *common law* une technique très stricte ; mais il entend bien sauvegarder l'originalité du droit anglais ; le droit romain lui fournit seulement des matériaux pour le systématiser.

Au XII^e siècle, GLANVILLE (X, 12 et 17) indiquait que les contrats « privés » ne peuvent être portés devant la cour du roi. BRACON reprend la théorie des *vestimenta* d'AZON, et, le conservatisme juridique aidant, le droit anglais va rester fidèle en somme aux catégories des premiers glossateurs. De là son caractère procédural : *ubi remedium, ibi jus*, et son caractère empirique : l'influence des praticiens l'emporte sur celle des universitaires. De là encore les fréquents recours à des moyens délictuels au cas de vices du consentement par exemple ; de là aussi l'évolution de l'action *of debt* qui sanctionne le contrat *re* ou la théorie de la *considération*. L'Angleterre s'est bien romanesquée mais sans rien abandonner de son esprit propre.

[80] LA RÉCEPTION EN ALLEMAGNE. — La désagrégation politique du pays répugnait à la conception d'un droit commun : la multiplicité des seigneuries et des justices, l'empreinte plus forte du droit germanique, l'absence aussi d'université (celle de Heidelberg ne sera fondée qu'en 1386) contribuèrent à maintenir le droit ancien ; ni le développement des villes, ni l'autorité impériale ne purent au Moyen Age, assurer le triomphe du droit romain ; ce n'est qu'aux XV^e et XVI^e siècles que s'opéra la réception et elle dut à ces circonstances de porter non seulement sur les textes romains eux-mêmes, mais sur la glose et les interprétations dont ils avaient été chargés. La réception se fit ainsi sans nuances et elle apparut comme le fait des

« hautes classes » ; d'où les révoltes paysannes et le dicton que « les juristes sont de mauvais chrétiens ».

[81] LA RÉCEPTION EN ESPAGNE ET AU PORTUGAL. — En Espagne, la persistance du fond romain est certaine. Le *Forum judiciorum* imposé au VII^e siècle par Receswind à tous ses sujets, comme les œuvres d'Isidore de Séville, sont imprégnés de droit romain. L'invasion musulmane va bouleverser les structures sociales tandis que le reconquête exaltera les idées chrétiennes. Un droit se crée que recueilleront les *fueros* castillans et les *costums* catalanes, droit complexe où l'on a voulu découvrir des « germanismes » nombreux mais où la part de la tradition romaine paraît aussi fort grande. Les *Usages de Barcelone*, qui dateraient de 1068, utilisent les *Exceptiones Petri*. *Lo Codi* sera traduit en catalan.

A la fin du XII^e siècle, le droit savant est en voie de triompher ; mais malgré l'action des universités (celle de Salamanque est créée en 1215) la pratique résiste. Les *Siete partidas* d'Alphonse le Sage (avant 1265) qui font de larges emprunts aux glossateurs, ne peuvent vaincre en Léon et en Castille cette hostilité. En Catalogne, au contraire, en face d'un droit local très vivace, le droit romain pénètre plus facilement.

Au Portugal, il paraît bien que la réception assura le triomphe doctrinal du droit bolonais ; mais des coutumes locales souvent fort originales maintiennent longtemps une tradition autochtone.

[82] LA RÉCEPTION EN FRANCE : LE MIDI. — C'est à peine forcer les choses que de dire que l'histoire de France est ici une « histoire d'Europe en raccourci ». Dans le Midi, en Provence surtout, la parenté avec l'Italie du Nord est fort nette. *Lo Codi*, issu de la *Summa Trecensis* doit être rédigé à Arles vers 1150 ; ici et là, on use des mêmes textes juridiques ; les relations commerciales ou universitaires sont constantes ; les mêmes besoins, les mêmes structures sociales, les mêmes dispositions d'esprit excluent toute hostilité de principe ; mais l'inertie, la routine, les usages locaux, la pratique judiciaire tiennent souvent le droit romain en échec, surtout quand il peut être une gêne. La forme des actes, la technique du contrat sont romaines ; mais même dans un milieu privilégié, la science juridique n'est pas très sûre. On devine l'influence très nette de formulaires

souvent mal compris ou mal copiés. Ce n'est vraiment qu'au xv^e siècle que les progrès sont plus rapides et la pénétration plus profonde.

Pour le reste du domaine méridional, c'est l'exemple espagnol que l'on peut invoquer. En Languedoc méditerranéen, comme en Catalogne, dut s'appliquer le code de Receswind ; mais aux x^e et xi^e siècles les anciens usages romains sont en pleine décadence. Le « climat légal » demeure romain ; dans les coutumes de Perpignan, par exemple, les emprunts au droit romain, « sont rares, maladroits, réticents » ; à Montpellier, à Alès, à Narbonne, à Carcassonne, les coutumes font de même et les règles des divers contrats — vente, prêt, gage, notamment — marquent une indéniable originalité.

Faut-il trouver dans la souplesse marquée par ce droit l'écho des idées de PLACENTIN dont on sait qu'il s'opposait à la rigidité procédurale d'AZON ? Faut-il même admettre que ROGERIUS, élève de MARTINUS dont on connaît le goût pour l'équité ait enseigné à Arles ? Il est en tout cas impossible de mesurer l'influence de leur enseignement.

La part des idées coutumières devient d'autant plus grande que l'on se rapproche des Pyrénées et de l'Atlantique. Les fors béarnais, par exemple, gardent le souvenir d'une procédure fort archaïque : si le duel judiciaire est peu utilisé, il est néanmoins souvent attesté ; le système des délits, ou des garanties, l'exécution des obligations gardent leur ancienne originalité. On a l'impression que les Pyrénées n'ont pas marqué une frontière juridique : parfois même, avec les coutumes portugaises notamment, les coïncidences sont fort nettes.

Il faudrait d'ailleurs apporter à cette histoire bien des nuances ; le Quercy est d'esprit archaïque ; en Rouergue, au contraire, la pénétration romaine paraît fort rapide. Entre les diverses provinces les différences sont fort nettes et il n'est guère possible de les expliquer par des circonstances économiques ou des pratiques commerciales : il apparaît bien que devant l'invasion romaine chaque pays va réagir avec son esprit propre et ses traditions particulières ; mais partout au xv^e siècle le triomphe du droit romain est assuré.

[83] LA FRANCE COUTUMIÈRE. — De bonne heure au Nord de

la Loire se forment des coutumes fort nettes. A l'ouest le groupe Plantagenêt où les coutumes sont fortement féodalisesées, archaïques, rigides, spécialement en Normandie « pointe extrême de l'archaïsme » ; au nord, les deux groupes Picard-Wallon et Flamand, également archaïques mais d'esprit familial et communautaire ; au centre, c'est le domaine français, autour de Paris et d'Orléans, pays de moyen terme dont DU MOULIN devait vanter « l'air doux et salubre » (cf. t. III, p. 8).

Le droit des contrats dut subir moins que les autres parties du droit ces influences ; et sa plasticité, son pragmatisme le défendaient mal contre les influences romaines. Tandis qu'en Angleterre, les premiers glossateurs, tôt venus, avaient en quelque sorte aidé la systématisation de la *common law* et qu'ensuite celle-ci s'était trouvée comme cristallisée et assez forte pour mieux résister à de nouvelles influences romaines, le droit français ne peut garder le même équilibre. L'influence acquise par les officialités, comme l'action du Parlement de Paris n'ont pour effet que d'ôter aux contrats les arêtes vives que leur conférait le moule procédural d'une action « nommée ». L'École d'Orléans en présentant le droit savant sous son aspect équitable le rend séduisant. Les auteurs coutumiers eux-mêmes n'ont aucun nationalisme juridique ; ils ont fréquenté les universités et admirent trop le droit savant pour l'opposer aux coutumes ; mais ils répugnent aux théories trop subtiles des glossateurs et ne font par exemple aucune allusion à la théorie des *vestimenta*. Ils vont droit à l'essentiel ; le respect de la promesse et de la bonne foi ; même l'expression de leurs idées est empruntée directement au droit romain.

Le *Conseil à un ami*, par exemple, en indiquant qu'il n'est rien de plus « convenable à humaine foi fors de garder ce où est convenance » (chap. XV) traduit le Code de Justinien ; de même, *Jostice et Plet* rapportant à la droiture naturelle cette « chose qu'est garder ce qu'est convenance entre les genz » (II, 16, p. 100) ne fait que traduire un texte d'ULPIEN. BEAUMANOIR affirme de même que : « Toutes convenances sont à tenir. »

Pour la Normandie, M. YVER note pareillement que la *Summa de Legibus* « par les définitions et les exemples de contrat

qu'elle fournit » admet « la pleine validité du contrat consensuel ».

En cela d'ailleurs, les auteurs coutumiers restent fidèles aux pratiques anciennes. Ils mentionnent souvent les formes traditionnelles : paumée, arrhes, denier à Dieu ; mais sans leur reconnaître d'autre portée que d'établir l'existence du consentement. On comprend dès lors l'importance que va prendre la théorie de la cause qui permettra de vérifier si ce consentement est éclairé et raisonnable. On se rend bien compte, en effet, du danger des engagements consensuels dont de nombreux proverbes populaires conseillent de se méfier : « Belle promesse fait fol lié » (MORAWSKI, nos 225, 228), « De mol convenant, dure tençon » (nos 525, 1302), « Fiance est mère de despit » (n° 748) ; ou encore, « Puis que la parolle est yssue du corps, elle n'y peut jamais entrer » (n° 1728 ; cf. n° 61).

[84] PRATIQUE ET DROIT ROMAIN. — Aux XIV^e et XV^e siècles, la part du droit romain va devenir prépondérante :

1^o Les auteurs coutumiers quand ils traitent des contrats suivent les catégories romaines ; parfois même — dans le *Livre des droiz et commandemens* (n° 131), médiocre compilation sans doute poitevine, on trouve des allusions aux « vêtements » des glossateurs, ou, comme dans BOUTILLIER (40-1), une référence précise aux théories des pactes adjoints et de la stipulation. La *Très ancienne coutume de Bretagne* (n° 333) se préoccupe de rechercher l'intention des parties ; le Berry, le Poitou, l'Anjou paraissent subir plus nettement ces influences ;

2^o Les notaires insèrent de bonne heure dans leurs contrats une mention de la stipulation ; les parties sont dites « présentes, stipulant et acceptant ». Les formules subissent nettement l'influence du droit savant. La glose admettait que le mot « promettant » faisait présumer la stipulation et les notaires en viennent à le tenir pour sacramentel. Pour BARTOLE le mot « convenant » est insuffisant, car il n'indiquait qu'un pacte nu ; de là vient la formule : « Les parties ont convenu et (le débiteur) a promis... » Détails peut-être, mais qui montrent bien l'attitude des tabellions respectueux de la lettre plus que de l'esprit, mais fidèles aux « subtilités » romaines ;

3^o L'attitude des juges est assez différente. Les *Olim mar-*

quent encore une préférence très nette pour les contrats formalistes (cf. t. I, p. 828, pour un asseurement) ; mais la procédure romano-canonique suivie au Parlement devait tourner à l'avantage du droit romain. Au début du XIV^e siècle les *Styles* du Parlement de Paris gardent encore la trace de la méfiance qu'il inspire ; mais ils attestent aussi que si le droit romain est rarement cité, il est largement utilisé : il a façonné les esprits et leur a imposé sa technique. Comme l'indiquait la célèbre ordonnance de 1278 : « Li advocats ne soient si hardis d'eus mesler d'alleguier droit romain la ou coustumes aient lieu. »

4^o Justement, le droit des contrats était abandonné par les coutumes. Dans le domaine du droit familial et du droit des biens, les règles coutumières étaient assez nettes pour être bien formulées ou senties ; elles étaient assez différentes des règles romaines pour que l'opposition apparaisse ; elles tenaient de trop près à l'organisation politique et féodale pour ne pas être défendues.

Rien de cela n'existait pour le droit des obligations ; comprit-on que le particularisme des coutumes ne convenait pas plus au contrat que les frontières nationales ne conviennent aujourd'hui au droit maritime ? Que le principe de la liberté des conventions allait ici dans le sens d'une unification du droit ? En tout cas, les règles de droit apparaissent ici avant tout comme des règles techniques ; et la technique romaine apparaissait si nettement supérieure que la raison même l'imposait. Le droit romain n'était-il pas l'expression parfaite de la raison, la *raison écrite* ?

La raison ne va pas sans l'équité : le Parlement de Paris, cour du roi — outre qu'il ne motive pas ses arrêts — peut faire fléchir, quand il le veut, le droit et suivre la voie de l'équité ; ce qu'indique la mention que portent bien des arrêts de l'époque *et ex causa*. Par là la technique romaine apparaissait inséparable de l'équité canonique qui pouvait en corriger les rigueurs. Cette tendance est très nette chez BOUTILLIER par exemple, dont la *Somme rural* (vers 1390), veut adapter le droit romain aux exigences pratiques. Elle existe dès le XIII^e siècle chez les romanistes français.

[85] CONCLUSIONS. — 1^o Dès le XIV^e siècle, les règles romaines

des contrats ont prévalu dans le Midi comme droit commun, dans le Nord comme raison écrite ; mais la réception n'est pas allée sans bien des divergences locales ;

2^o Du droit romain on a retenu la technique, mais surtout un principe : les convenances sont à tenir ;

3^o Toujours la raison et l'équité viennent tempérer le droit strict ;

4^o La rigueur du droit sert la sécurité des contractants ; l'équité, au contraire, répond à des préoccupations morales, et aboutit, en définitive, à faire des juges les maîtres du contrat. L'adage « Dieu nous garde de l'équité des Parlements » rappellera que souvent les contractants préfèrent la sécurité du droit à l'imprécise subjectivité de l'équité.

SECTION III. — La liberté contractuelle

[86] LES BONNES MŒURS ET LE DROIT NATUREL. — L'appel fait à l'équité impliquait que la volonté des contractants n'était pas souveraine. Il existait des règles supérieures, de droit et de morale, que les contrats devaient respecter. Pour BEAUMANOIR, par exemple, ne sont pas à tenir les convenances faites « par mauvaises causes », celles qui sont faites par force ou par peur, comme celles qui sont faites contre droit, contre coutumes ou contre bonnes mœurs. Les notions que nous rattachons aujourd'hui à des théories aussi diverses que l'objet, la cause, les vices du consentement, l'ordre public se trouvent confondues. On ne peut retenir ici que ce qui concerne les « bonnes mœurs ».

Les canonistes distinguaient bonnes mœurs civiles et bonnes mœurs naturelles ; GRATIEN, par exemple, définit le droit naturel comme contenu dans « la loi et les Évangiles » et comme « commun à toutes les nations ». Le droit naturel est permanent, immuable et nul ne peut en dispenser ou y déroger.

Pour les « bonnes mœurs » civiles, les canonistes ne leur conféraient qu'une portée restreinte : les lois et les coutumes n'obligent que si elles ne vont pas contre le droit naturel et constituent un *jus aequissimum humanum*. Les romanistes, au contraire, reprenaient les textes romains (C. 29, 2, 3) relatifs aux pactes conclus *contra leges*.

CINUS et BARTOLE distinguèrent les lois selon qu'elles visaient l'utilité publique ou l'utilité privée ; mais ils ne tirèrent guère parti de cette analyse. On allègue parfois le « commun profit » ou l'utilité commune ; cela même manifeste bien que l'ordre public est conçu comme un ordre moral.

Les canonistes enseignent, après GRATIEN, que l'autorité de la loi vient de l'acceptation populaire ; le *consensus utentium* serait nécessaire et le fondement de la coutume n'est autre que le consentement universel.

[87] LES RENONCIATIONS. — Ces théories ouvraient un champ très large à la liberté ; elles fournissaient aussi une arme fort efficace contre le droit romain. La « réception » suscita en France beaucoup de méfiances ; hostilité de petites gens, a-t-on dit, souvent ; plutôt hostilité des créanciers qui voyaient dans les lois romaines des pièges accumulés au profit des débiteurs et dirigés contre la certitude de leurs droits. Les notaires, toujours soucieux de prémunir leurs actes contre la nullité, ne pouvaient que redouter les arguments ou les exceptions tirés des lois romaines.

Le remède fut trouvé dans l'usage des renonciations. Dans les actes qu'ils recevaient, les notaires insérèrent la renonciation des parties à tous les bénéfices ou exceptions qu'elles pourraient invoquer. Cette pratique atteignit une telle importance qu'elle tint en échec toute la législation romaine déchuë au rang de simples règles interprétatives. Toujours, d'ailleurs, la renonciation s'accompagne d'un serment et par là elle est mise sous la protection du droit canonique, plus large encore que le droit romain (cf. n° 73) :

1° Le mineur peut ainsi renoncer à l'exception de minorité comme à la *restitutio in integrum* ; la femme au Sénatus-consulte Velléien ou à l'inaliénabilité dotale (cf. t. III, p. 142). On renonce aux exceptions de dol, de fraude, de violence, de lésion, à l'exception *non numeratae pecuniae*. Les notaires imaginèrent par exemple de faire prêter aux mineurs un double serment, un premier pour renoncer au bénéfice de minorité, un second de ne pas utiliser les moyens dont disposerait un majeur. C'était bien le règne de l'« anarchie individualiste » ;

2° Historiquement, les renonciations permettent de fixer pour chaque province la date probable d'application de la règle

romaine. Dans la région toulousaine, les premières renonciations apparaissent vers 1200 ; on les trouve vingt-cinq ans plus tard en Normandie, et vers 1250 en Flandre. Dans cette pénétration, le rôle joué par les officialités paraît capital, mais les praticiens — BEAUMANOIR par exemple (n° 1103) — les jugent fort utiles ;

3° Juridiquement, les glossateurs essayèrent de réduire le danger couru par le droit romain, mais leurs opinions furent fort nuancées.

Les renonciations aux « fuites » de procédure étaient vues avec faveur (cf. n° 71) ; pour les autres, on s'attacha à en restreindre la portée en précisant les conditions de fond ou de forme qui devaient toujours être respectées. On ne peut renoncer à une loi d'utilité publique ou conforme aux bonnes mœurs. Le renonçant doit agir en connaissance de cause, avoir été *certioratus*.

Mais, en même temps, on développe à cette occasion la théorie du consentement. La renonciation peut être tacite ; l'erreur de droit ou de fait peut la vicier ; surtout on distingue — comme notre droit moderne — selon que le droit est actuel ou futur : la renonciation à un droit futur ne peut être faite que par un pacte. BARTOLE distinguera d'ailleurs les droits conditionnels (*spe tantum, non re*) et les droits éventuels (*nec spe, nec re*). Pour les droits acquis, la renonciation n'est pleinement admise que pour les droits acquis par l'effet de la loi. La renonciation aux droits personnels est plus difficilement admise car elle paraît réaliser en faveur de celui qui bénéficie de l'opération une stipulation pour autrui.

Ici encore on peut noter l'influence équitale des dialecticiens français ; s'ils n'osent aller directement contre la glose, ils tentent tout au moins de ne pas permettre l'oppression trop dure des débiteurs. Pour les renonciations faites par des mineurs par exemple, ils les réputent « odieuses » et veulent en restreindre les effets.

La matière est traitée dans la meilleure tradition de l'école, avec minutie et subtilité ; mais le tour rebutant qui lui est ainsi donné ne doit pas faire oublier sa finesse. Il n'est pas possible de faire aujourd'hui une théorie des renonciations sans s'y reporter.

ÉTAT DES QUESTIONS

SUR L'HISTOIRE DES CONTRATS, deux études également remarquables : Jean YVER, *Les contrats dans le très ancien droit normand*, 1926 (à compléter par Recherches sur la forme des contrats en Normandie aux XII^e et XIII^e siècles, *Travaux Semaine droit normand*, Jersey, 1923, p. 327-342); Mireille SICARD-CASTAING, *Les contrats dans le droit toulousain*, Toulouse, 1959.

Les études d'A. ESMEIN (*Extr. NRH*, 1880-83) et de BEAUNE, 1889, sont vieilles. Indications générales de G. ASTUTI, *Annali di storia del diritto*, 1957, p. 13-42.

Très peu d'arrêts des *Olim* ou de l'Echiquier de Normandie concernent les contrats : sans doute beaucoup des procès les concernant étaient-ils portés devant les officialités et jugés suivant le droit romain. On peut lire à cet égard quelques pages excellentes de GUILHIERMOZ, *Enquêtes et procès*, 1892, p. XVI-XIX.

Une comparaison vient à l'esprit pour caractériser l'attitude de la pratique en face du droit romain : l'application mesurée faite aujourd'hui par le Conseil d'Etat des règles du droit civil aux contrats administratifs : tout ce qu'écrivit par exemple A. DE LAUBADÈRE, à l'occasion des *Contrats administratifs* et l'application, à eux faite, du droit civil pourrait presque être rapporté à l'application du droit romain.

SUR LE MILIEU. — Il n'est pas de meilleur guide pour connaître la société du XI^e siècle que Georges DUBY, *La société aux XI^e et XII^e siècles dans la région maconnaise*, 1953 (spéc. sur « Le maintien de la paix dans l'aristocratie », p. 196) et Recherches sur l'évolution des institutions judiciaires, dans *Le Moyen Age*, 1946-47; cf. encore G. CHEVRIER, *Conjectures sur l'originalité du droit féodal*, dans *Ann. Bourgogne*, 1951; DHONDT, *Etude sur la naissance des principautés territoriales*, 1952. Des indications utiles (mais parfois discutables) sur l'« esprit noble » sont fournies par E. F. OTTO, *Adel und Freiheit im deuts. Staat*, 1937 et S. PAINTER, *French chivalry : chivaldric idea and practices*, Baltimore, 1940; cf. H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters*, 1940. Très peu à retenir de THALAMAS, *La société seigneuriale*, 1951. Des notes intéressantes dans P. ROUSSET, *La croyance à la justice immanente*, dans *Le Moyen Age*, 1948.

On a bien souvent accordé au *jus mercatorum* le premier rôle dans l'évolution du droit des contrats; nous croyons qu'il faut faire aussi — et antérieurement — une grande place aux idées de la classe noble. Nous concevons même — avec G. DUBY — que le X^e siècle a été une époque de liberté relative contre laquelle se sont manifestées au XI^e siècle des réactions familiales, telles que le retrait lignager ou la *laudatio parentum*.

SUR LES MARCHANDS ET LEUR DROIT. — ELLUL, t. II, p. 113-118; WOLFF, *Commerce et marchands à Toulouse*, 1954 et le précis et précieux J. LE GOFF, *Marchands et Banquiers au M. A.*, 1956 (« Que sais-je ? »). Outre les maîtres livres de A. SAPORI, 1952 (et *Il Commercio intern.*, 1938), de Y. RENOARD, *Les hommes d'affaires italiens au M. A.*, 1949, de LOPEZ et RAYMOND,

Medieval trade, 1955, les nombreux articles de A. E. SAYOUS, le suggestif G. SCHILPEROORT, *Le commerçant dans la littérature franç. du M. A.*, 1933, on se reportera, pour l'histoire du droit commercial, à A. HUVELIN, 1904, L. GOLDSCHMIDT, 1913 (cf. *NRH*, 1934, p. 643), à R. DE ROOVER. Sur le commerce : E. BARATIER et F. REYNAUD, *Histoire du commerce de Marseille*, spéc. t. III, 1951 ; M. MOLLAT, *Les affaires de Jacques Cœur*, 2 vol., 1952-53 ; E. TROCMÉ et M. DELAFOSSE, *Le commerce rochelais de la fin du XV^e siècle au début du XVII^e siècle*, 1953 ; pour le commerce du vin : J. CRAEYBEKX, 1959 ; du fer : R. H. BAUTIER, *Rev. hist. sidérurgie*, 1960, p. 7-35 ; du sel : V. RAU, Lisbonne, 1951 ; des céréales, E. IBARRA, Madrid, 1949 ; A. PETINO, Catane, 1952. Cf. aussi J. LACOUR-GAYET, J. CANU et J. GIGNOUX, 1950, les travaux (modernes) de SAPORI, A. SCHULTE, E. POWER, et (anciens) de CASAREGIS, CHARONDAS sans oublier *Le parfait négociant* de SAVARY. Sur le commerce de mer on peut consulter : A. LATTES, *Le droit maritime privé dans les chartes ligures*, 1939, et M. MOLLAT, *Le commerce maritime normand*, 1952, et la précieuse bibliographie de J. A. CLAVEREAU, *TR*, 1950, p. 385-412.

La CONVENIENTIA française n'a fait l'objet d'aucune étude ; ESMEIN, *Contrats*, p. 28, y voit un pacte successoral, ce qui n'est qu'une de ses applications. On est frappé de l'importance qu'elle a dans les documents méridionaux (cf. par exemple BRUNEL, *Chartes provençales*, v^o *Covenensa* ; OURLIAC, dans *Etudes Petot*, 1959, p. 413-422). Pareille institution est niée (avec des nuances) par ASTUTI, mais nettement affirmée par CALASSO, *La convenientia*, 1932, et LEICHT, *Diritto preirneriano*, p. 28.

Sur LE DENIER A DIEU dont il défend l'originalité, F. BEYERLE, Weinkauf und Gottespfennig, dans *Fests. Schultze*, 1934, p. 251 ; sur la paumée, J. GOTTSCHALK, *Die Vertragsformen im ält. Germ. Recht*, 1940 ; sur le SERMENT, on peut trouver dans M. DAVID, *Le serment du sacre*, I, p. 66-96 une excellente analyse de ses formes. Cf. encore A. DUMAS, *Le serment de fidélité*, dans *RHD*, 1931, p. 290 ; et sur l'importance attachée au parjure (par Burchard de Worms vers 1010), FOURNIER-LE BRAS, *Hist. des collections canoniques*, 1931, I, p. 411. Sur l'hommage (ou plutôt la *fides*) comme forme de contracter, PLATON, dans *Rev. gén. droit*, 1902, p. 5, 97, 224.

L'opinion des moralistes est, en tout cas, très nette et, à une époque où for interne et for externe sont mal distingués, elle a pu avoir une grande influence : le mensonge d'après GRATIEN ne peut être fait *nec simplici sermone nec juramento* (c. XXII, qu. 5 ante, c. 20) ; YVER dit pareillement de la *fides* : « C'est une promesse chrétienne où l'on engage ensemble son âme et son honneur. » « Covenant vaint loi » est un proverbe (MORAWSKI, n^o 431) toujours repris et certainement fort ancien. Cf. Paul SCHOLTEN, *Convenances vainquent loi*, *Mededeelingen Kon. acad. Wetenschappen, Afd. Letterk.*, 70, VII, 1930.

Il est toujours utile de comparer la féodalité de France avec celles des autres pays : au *Régime féodal de l'Italie normande*, avec Claude CAHEN, 1940, ou au *Royaume latin de Jérusalem*, avec Jean RICHARD, 1953. D'autre part, en décrivant le système coutumier français, il faut toujours penser au droit anglais ; cf. les livres riches d'enseignements de LEVY-ULLMANN, *Eléments d'introduction*, II ; *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928 ; et de René

DAVID, *Introd. à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, et *Droit civil comparé*, 1950, spéc. p. 295. Le livre de STRAUSS, *L'esprit du contrat anglais*, 1931, est insuffisant, l'article d'ESMEIN, *RHD*, 1891, p. 555, assez sommaire.

RÈGLES TECHNIQUES ET RÈGLES MORALES

On a beaucoup étudié la littérature et le droit préirnérien ; pour la France méridionale la meilleure synthèse est fournie par Pierre TISSET, Placentin et son enseignement à Montpellier, dans *MSDE*, II, 1951, p. 67-94. Les renseignements fournis par les chartes sont assez équivoques : cf. GARAUD, *Le droit romain dans les chartes poitevines*, dans *Mél. Cornil*, I, 1927, et J.-F. LEMARIGNIER, dans *Mél. F. de Visscher*, t. IV, 1950, p. 35 ; aussi, *Bibl. Ec. chartes*, 1940 p. 157-168. Jean IMBERT dans *Studi Francisci*, t. III, p. 61-67. On ne peut que conclure pour le Midi, avec MEYNIAL et BRUTAILS, à un oubli presque total des lois romaines ; cf. encore VINOGRADOFF (trad. RICCOBONO), *Diritto romano*, 1950, p. 56 ; E. GENZMER, *Kritische Studien*, dans *ZSS*, 1941, p. 276-354. Pour l'Espagne même sentiment de GARCIA GALLO, *Curso de Hist. del derecho*, I, 1950, p. 155 ; pour la Catalogne, *Obras de VALLS-TABERNER*, t. II, 1954.

EN ITALIE, au contraire, on note dès le x^e siècle une renaissance : CALASSO *Medioevo del diritto*, 1954, p. 294 (importante synthèse) ; Guido MOR, *Scritti giur. preirneriani*, 2 vol., 1935-38 ; et, pour une étude détaillée, P.-S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, 1933 (clair et utile). Besta s'est fait le champion de la survivance d'un droit « vulgaire » (*In difesa del dir. volgare*, *Scritti Mancalconi*, 1938 et ses classiques *Fonti*, I, 1923 ; cf. aussi SCHUPFER, *Il dir. delle obbligazioni*, 1921), tandis que CALASSO s'attachait à l'idée de « droit commun » : dans *Rev. int. droits antiquité*, II, 1953, p. 441 ; *Citramontani, Ultramontani*, dans les mélanges offerts à KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, 1953 ; DU MÊME, *Pensieri sul problema della « continuità »* dans *Relazioni* (du Congrès de Rome, 1955), t. VI, p. 599.

Au XII^e siècle apparaissent des recueils (français ?) consacrés au droit romain : le *Brachylogus juris civilis*, qui peut dater de la fin du XI^e siècle ; les *Exceptiones Petri* (cf. KANTOROWICZ, dans *RHD*, 1937, p. 588), *Lo Codi*, somme provençale du Code, dérivant de la *Summa Trecensis* que l'on a attribuée à Irnerius. Il demeure douteux que ces recueils aient eu une grande influence sur la pratique du droit (cf. entre bien d'autres : Ernst MAYER, dans *ZSS, Rom.*, 1954, p. 274-317).

Sur l'originalité des premiers canonistes français, St. KUTTNER, *Les débuts de l'école can. franç.*, dans *Studia et Documenta*, I, 1938 ; sur l'école anglo-normande, St. KUTTNER et RATHBONE, *Traditio*, 1949 (cf. *ZSS, Kan.*, 1953).

SUR LE PACTE VETU, les thèses des Glossateurs sont nettement formulées par Placentin (vers 1180) et par Azon ; auparavant les glossateurs s'étaient plutôt attachés à lier l'obligation à sa cause naturelle (cf. n^o 134). Peut-on opposer à l'école de Bologne, une école de Ravenne, plus romaine d'esprit

et plus soucieuse d'équité ? L'un des quatre docteurs, Martinus, est célèbre pour s'être fait le champion de l'équité. Cf. les notes de MEIJERS, *Tijdschrift*, XVII. p. 117 ; Marg. BOULET, dans *Rec. Mémoires de droit écrit*, II, 1951, p. 1-11 ; H. LANGE, *ZSS, Rom.*, 1954, p. 319 ; Ginevra ZANETTI, *Riv. st. dir. ital.*, 1953 ; KANTOROWICZ, spéc. *Studies in the Glossatoren*, 1938. Il y a beaucoup à retenir des communications du Congrès Accurse (tenu à Bologne en 1963), des *Etudes d'Histoire du droit canonique dédiées à G. Le Bras*, 2 vol., 1965, spéc. Yves CONGAR, p. 861-884, enfin de A. LANDGRAF, *Diritto canonico e Teologia vel s. XII*, *Studia Gratiana*, t. I, 1953, p. 371-413.

L'opposition entre le droit romain et le système coutumier paraît nette : cf. par exemple un texte de Carlo di Tocco (LEICHT, *Scritti vari*, I, 2, p. 123) indiquant que si un Romain et un Lombard font un pacte, le Lombard a une action d'après son droit, tandis que le Romain n'en a pas. L'opposition ne peut se ramener à des considérations économiques, d'ailleurs équivoques : nous croirions plutôt que le droit coutumier s'était construit empiriquement contre le formalisme du droit franc, tandis que le droit romain — admettant la vente et le mandat et non encore systématisé — était fort proche des besoins de la pratique ; telle était l'idée de Paul FOURNIER et de VINOGRADOFF (cf. *RHD*, 1923, p. 333) ; mais au XII^e siècle à l'empirisme coutumier vont s'opposer les règles et les principes du droit romain de la seconde école des glossateurs : cf. LEICHT, *Il nome dell' azione nei decretisti e nei decretalisti*, *Festschrift u. Stutz*, 1938, p. 81-93.

Les Bartolistes vont donner à l'occasion du pacte un bel exemple de leur savoir-faire : 1^o Ils réunissent deux pactes que les parties n'avaient pas joints l'un à l'autre, constituant par cette réunion une sorte de contrat synallagmatique ou innomé. Primus promet C (stipulation) ; Secundus promet d'aller à Rome (pacte nu) ; on rapporte ceci à cela (cf. BARTOLE I, *Juris gentium*) ; la promesse d'une partie devient l'*interventus rei* qui vêt la promesse de l'autre ; 2^o On ajoute au pacte une stipulation de peine qui, bien qu'accessoire, fournit un vêtement à la promesse principale ; 3^o L'écriture devient un *vestmentum* ; il suffit qu'un écrit ait été rédigé (comme preuve) pour que du contrat naisse une action ; 4^o La coutume et le statut peuvent vêtir le contrat qu'ils reconnaissent ; 5^o De là on vient à admettre que tous les contrats faits entre marchands sont valables d'après la coutume des marchands ; 6^o Enfin, un contrat n'est jamais nu quand il a une cause ; l'extension vient de l'analyse du pacte de constitut qui est l'engagement de payer une somme déjà due : la seconde promesse (bien que nue) suffit à vêtir la première (également nue) : de là on tire la théorie des pactes géminés (qui sont valables) et on tient la cause pour équivalente à la convention antérieure si celle-ci est nulle ou même n'existe pas (cf. VACCARI, *Contractus cohaerentia, Filangieri*, 1913 ; *Pactum vestitur...* dans *Conf. castelli Univ. Pavia*, 1940 ; ASTUTI, *Pactum geminatum*, dans *Studi Besta*, I, 1939 ; A.-J. BOYÉ, Variations sur l'adage « *Obligatio Mater actionis* », dans *Etudes... Le Bras*, p. 815-833). Les intentions étaient excellentes et les besoins de la pratique se trouvaient bien servis, mais le procédé devait apparaître « gothique » à des humanistes épris d'élégance et de logique. Cf. les travaux du Congrès Bartole (Milan, 1961), spéc. P. LEGENDRE, *La France*

et Bartole, p. 133-172, et G. LE BRAS, *Bartole et le droit canon*, p. 297-308.

Les thèses des canonistes ont été remarquablement exposées par Jules ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, 1933 (important c. r. de CHEVRIER, *RHD*, 1938, p. 463), cf. aussi Fr. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, 1928. Sur les « différences » entre les deux droits : J. PORTEMER, *La littérature des differentiae*, 1946 ; et la brillante synthèse de G. LE BRAS, *La concorde des droits savants dans le domaine des contrats*, *Etudes A. Dumas*, 1950, p. 147, et de Pierre LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique (1140-1254)*, 1964.

Il faut citer saint Thomas (II^a, 2^o, qu. 88 et 110) pour la densité de ses formules : *Ad fidelitatem* (c'est la bonne foi, Cicéron est d'ailleurs cité) *hominis pertinet ut solvat id quod promisit... Secundum honestatem* (c'est la règle morale) *ex qualibet promissione homo homini obligatur... Potest tamen excusari quod est manifestum illicitum* (c'est l'illicite sous toutes ses formes qui est un péché) *si sint mutatae conditiones personarum et negotiorum* (c'est l'imprévision).

LA RÉCEPTION DU DROIT ROMAIN

Il est peu de pages aussi denses sur le « retentissement institutionnel » de l'époque que celles de G. CHEVRIER, *L'évolution de l'acte à cause de mort du VII^e au XI^e siècle*, dans *MSDE*, I, 1948, p. 9, et sur les *Contacts entre systèmes juridiques*, le bel article de H. LÉVY-BRUHL, *Symbolae Tanbenschlag*, 1956, p. 27. Cf. également H. COING, *Gesch. d. Privatrechtssystems*, Francfort, 1962 ; E. GENZMER, *Mittelalterliches Rechts den Ken*, Hambourg, 1961.

SUR LA RÉCEPTION EN ANGLETERRE, qu'il faut étudier pour bien comprendre l'évolution française (spéc. du droit normand), outre VINOGRADOFF (cité *supra*), le classique POLLOCK et MAITLAND, *History of Eng. Law*, 2^e éd., 1898, l'important HOLDSWORTH, *A history of Eng. Law*, 12 vol., 1903-1938, le commode Th. PLUCKNETT, *A concise history of the common law*, 5^e éd., 1956, et *The relations between Roman law and English common law* (*Un. Toronto Law-Journal*, 1939, p. 24-50) ; cf. aussi les ouvrages de LEVY-ULLMAN et René DAVID et R. C. VAN CAENEGEM, dans *Etudes... Le Bras*, p. 1459-65.

Le *Liber pauperum* de Vacario a été édité par DE ZULUETA, 1927 ; sur son activité théologique récemment révélée, Ilarino DA MILANO, *L'eresia di Ugo Spreroni nella confutazione del maestro Vacario*, 1945 (*Studi e testi*, n^o 145) ; J. de GHELLINCK *Rev. hist. eccl.*, 1949, p. 173, et AMBROSINO, *Il glossatore Vacario polemistia antieretica*, dans *Riv. it. scienza giur.*, 1950, p. 415. Sur Guillaume de Longchamp, l'excellent travail de E. CAILLEMER, *Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XII^e siècle*, 1883. Sur Bracton (éd. WOODBINE, 4 vol., 1936-42), MAITLAND, *Bracton and Azo*, 1895 ; Fritz SCHULZ, *A new approach to B.*, *Seminar*, II, Washington, 1944.

Meynial admettait qu'un certain anticléricalisme avait joué contre le droit romain ; mais la chose apparaît fort douteuse : H. KANTOROWICZ et Miss Beryll SMALLEY, dans *Medieval and Renaissance Studies*, I, 1941-43, ont indiqué les vues du théologien anglais Ralph Niger et affirmé que l'Eglise

était favorable à l'accession du droit romain dans les programmes universitaires.

Il serait fort intéressant d'étudier les rencontres qui se sont faites en divers pays entre droit anglais et droit romain : Ecosse (introduction au XVII^e siècle), Afrique du Sud (droit dit romano-hollandais, cf. la thèse de E. BADIOU, 1948), comme au Pays-Bas et dans les îles de la Manche.

SUR LA RÉCEPTION EN ALLEMAGNE, la littérature, très favorable au « droit germanique » et hostile au droit étranger est riche mais ancienne. A côté des livres classiques de STINTZING, de BRUNNER (et VON SCHWERIN, 8^e éd., 1928, trad. espagnole, 1936) de RABEL (*Atti del congresso dir. rom.*, II, 1934, p. 186, les excellents travaux de WIEACKER, *Ratio scripta*, dans *Vom röm. Recht*, 1944, et, surtout, *Privatrechtsgesch. der Neuzeit*, 1952, p. 63-132, qui est une histoire externe du droit, voulant expliquer les « époques » de l'histoire du droit : la réception a surtout porté sur les « méthodes », elle est une évolution et elle est politique, due à l'ascension de la classe des « juristes ».

EN BELGIQUE ET HOLLANDE, la fondation de l'Université de Louvain en 1425 paraît avoir hâté une réception complète, déjà préparée de longue main par le droit canonique : A. VAN HOVE, dans *Meded. van de Kon. Acad. Kl. Letteren*, 1943-44 ; remarquable synthèse de DE VISSCHER, *Le droit romain en Belgique*, *Atti du Congrès de Rome*, II, 1934, p. 205 et de J. GILISEN, *Les légistes en Flandre aux XIII^e et XIV^e siècles dans Bull. comm. anc. lois et ord.*, XV, 1939, p. 121-236.

Excellentes vues d'ensemble de FEENSTRA, *Verkenningen op het gebied der receptie van het romeinse recht*, 1950 et de KOSCHAKER, *Europa u. das romische Recht*, 1947 (spéc. p. 126, riche bibliogr.) et *Europa e diritto romano*, *Studi Koschaker*, 1953.

Sur le mécanisme et les étapes de la réception **EN SUISSE**, un grand livre : S. STELLING-MICHAUD, *L'Université de Bologne et la pénétration des droits romain et canonique en Suisse aux XIII^e et XIV^e siècles*, 1955.

Pour l'Europe orientale, synthèse (avec bibliogr.) de A. V. SOLOVIEV, *L'influence du droit byzantin dans les pays orthodoxes*, dans *Relazioni* (du Congrès de Rome, 1955), t. VI, p. 599-650.

EN ESPAGNE, pour pénétrer la grande complexité des sources, cf. manuels classiques de Salvador MINGIJON (3^e éd., 1943, peu satisfaisant), d'Alf. GARCIA GALLO, *Curso de H. del D.*, I, 6^e éd., 1950 ; II (1), 1950 et de Galo SANCHEZ, *Curso*, 1949. Spéc. sur la réception, depuis la synthèse de LARRAONA et A. TABERA, dans *Atti* (Rome, 1934), p. 88, pour le Navarre, J. M. LACARRA, dans *AHDE*, 1934, p. 241 ; pour la Catalogne, outre HINOJOSA *Obras de VALLS-TABERNER* t. II, 1954, à compléter pour les *Usages de Barcelone*, par C. G. MOR, dans *Studi Calisse*, 1939, p. 351, et *Rendiconti di R. Inst. Lomb.* 1940, p. 73 ; pour la région de Valence, J. BENEYTO PEREZ, *Mél. Altamira*, 1936, p. 241.

POUR LE PORTUGAL, il faut toujours se reporter aux travaux de Paulo MEREIA, spéc. *Resumo das licoes de hist. do direito*, 1925, et de M.-J. DE ALMEIDA COSTA, *Bol. da Fac. (Coimbra)*, t. 35, p. 1-28 ; t. 36, p. 1-34 (1960), *Bartolo da Sassoferrato*, I, 1961, p. 315-334.

Sur la réception du droit romain **EN PROVENCE**, il faut en revenir à Rob.

CAILLEMER, *Essay in legal history*, éd. VINOGRADOFF, 1913, p. 174-200, et consulter les excellents travaux de R. AUBENAS qui seront cités *infra*, et M.-L. CARLIN, *La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale*, th. ronéot., 1964. Sur la réception à Avignon et dans le Comtat, Paul OURLIAC, *Le droit privé avignonnais*, dans *Pos. Ecole des chartes*, 1936, et *Droit romain et pratique méridionale*; Etienne Bertrand, 1937. Sur la Savoie, P. DUPARC, *RHD*, 1965, p. 22-86. Sur le Bas-Languedoc, outre l'article (cité p. 104) de P. TISSET sur Placentin et, DU MÊME, *Mythes et réalités du droit écrit*, dans *Etudes Petot*, 1958, p. 553, l'article (*Ann. du Midi*, 1957, p. 105) de A. GOURON dont les conclusions sont à retenir pour leur netteté : la science du droit est en déclin jusque vers 1120 ; premiers symptômes de la Renaissance à Agde en 1117, indépendants de la connaissance de l'œuvre de Justinien ; vers 1137-38 des *magistri* arrivent (d'Italie ?) ; en 1160 apparition des premières renonciations et première notion d'une « coutume du pays ». Sur le Sud-Ouest, notions sommaires dans P. OURLIAC, *Las costumeres del Sudoste*, dans *AHDE*, 1952, et *La ville* (Société Jean-Bodin, t. VIII), 1957, p. 125. Cf. également les communications de AUBENAS, CHEVRIER et BRETON, *RHD*, 1966, p. 694 ; P. OURLIAC, *Troubadours et juristes*, *Cahiers de civil. médiévale*, 1965, p. 159-177 ; A. GOURON, *AHDE*, 1966, p. 1-29.

Pour la pénétration du droit savant EN POITOU, EN BRETAGNE ET EN ANJOU, pénétrantes études de J. Ph. LEVY, dans *Tijdschrift*, XXV, 1957, p. 1-53, et *Etudes Petot*, p. 371-383.

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Sur la pratique des renonciations, il faut toujours en revenir aux articles classiques de Ed. MEYNIAL, dans *NRH*, 1900, p. 108 ; 1901, p. 241 ; 1902, p. 49 et 649 ; 1904, p. 698, laborieusement critiqués par Peter RIESENBERG, *Roman law Renunciations and Business*, dans *Essays in Medieval Life and Thought* (Mélanges Evans), New York, 1955 ; sur l'hostilité marquée au droit romain, les articles DU MÊME dans *Atti del congresso int.*, IX, 1903 ; dans *Mélanges Chabaneau* (Rom. Forsch. K. Vollmöller, XXIII), 1907, p. 157. Cf. également, la précieuse monographie de J. GILISSEN, *L'apparition des renonciations... dans le droit flamand*, dans *Mél. F. de Visscher*, t. III, 1950, p. 513-550, complétées par F. VERCAUTEREN, *Etudes Didier*, 1960, p. 325-340, les utiles indications d'YVER, *ouvr. cité*, p. 100, et de M. CASTAING-SICARD, *ouvr. cité*, p. 538-563. Sur la portée des renonciations dans le Comtat et sur le *duplex juramentum*, P. OURLIAC, *Etienne Bertrand*, p. 67-75. Sur les lettres de rescision, le bel article d'A. DUMAS est cité, p. 122.

Le mineur peut obtenir une dispense de son serment ; Huguccio ne l'admet que pour les serments illicites ; Innocent IV, pour les serments viciés par le dol et par la violence, et par les évêques. Au moins en Languedoc et en Provence, cette pratique ne paraît pas antérieure au milieu du xv^e siècle. C'est l'époque, en tout cas, où les dispenses se généralisent (et où on trouve dans les actes une renonciation à obtenir une telle dispense). Vers la même époque des lettres de chancellerie prononcent la dispense de tels serments.

SUR L'ORDRE PUBLIC. — En droit international privé, canonistes et romainistes font appel à une notion très voisine ; d'une part, il s'agit de rechercher si les étrangers sont soumis aux statuts qui régissent les contrats (Reigny et Bartole posent à ce sujet les règles de conflit) ; d'autre part, on admet que l'étranger est soumis aux lois pénales à raison de la « commune utilité » : cf. W. ONCLIN, *De territoriali vel personali legis indole*, 1938 et *Studia Gratiana*, t. II, p. 115-156. Pour la même raison la règle *locus regit actum* aura en droit canonique un caractère impératif : cf. E. M. MEIJERS, L'histoire des principes... du dr. int. pr. au M. A. dans *Rec. Cours La Haye*, t. 49, 1934, p. 604.

Citons, Eug. PACELLI, *La personalità e la territorialità delle leggi specialmente nel diritto canonico*, 1912 qui, partant de la définition de saint Thomas (la loi est faite pour une communauté et dans le but d'y ordonner les actes humains), explique la préférence du droit canonique pour la personnalité : les lois « absolument » territoriales seront dites d'ordre public.

On peut noter que le principe d'autonomie de la volonté a été tout particulièrement invoqué à partir du xv^e siècle pour résoudre les conflits de coutumes : pour la communauté conjugale, par exemple, cf. BOURJON, *Droit commun*, I, 506.

SUR LE DROIT NATUREL. — La pensée des juristes doit, ici, comme il a été indiqué, être éclairée par celle de théologiens et le mieux est de se reporter à l'exposé de Dom LOTTIN, *Le droit naturel chez saint Thomas*, Bruges, 1931 ; M. GRABMANN, *Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis auf Thomas von Aquin*, dans *Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, XVI, 1932, p. 7 ; H. ROMMEN, *Le droit naturel*, 1945 ; et le précieux W. ONCLIN, *Le droit naturel selon les romanistes des XII^e et XIII^e siècles*, dans *Miscellanea Arthur Janssen*, t. II, 1949, p. 329. Cf. aussi Dom LOTTIN, *Psychologie et morale aux XII^e et XIII^e siècles*, 1942 ; *Le problème de l'ignorantia juris*, 1949 ; *La définition thomiste de la loi*, 1947 ; A. HAYEN, *L'intentionnel dans la philosophie de saint Thomas*, 1942. Il faut consulter le livre (excellent) de Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Sur le problème essentiel pour les juristes de l'autorité de la loi naturelle : J. BRYs, *De dispensatione in jure canonico*, 1925 et A. BONUCCI, *La derogabilità del Diritto naturale*, 1906. Sur le droit romain dans l'œuvre de SAINT THOMAS, J.-M. AUBERT, 1955.

Justice et équité sont des concepts complémentaires du droit naturel (cf. GRATIEN, c. XXV qu. 1 c. 16 ; J. GAUDEMET, *Équité et droit chez Gratien*, dans *La Storia del diritto*, Florence, 1966, p. 269). Pour Pio FEDELE (*Enciclopedia cattolica*, v^o *Equità*, 1950), le droit naturel s'identifie à l'équité (et du MÊME, *Discorso...*, 1941) ; au contraire l'équité aurait une « fonction juridictionnelle » suivant les juristes : cf. José R. XIRAN, dans *Mél. Chiovenda*, p. 842 ; pour Azon et la Glose l'équité écrite peut l'emporter sur la rigueur écrite, mais l'équité « non écrite » seulement sur la rigueur non écrite ; sur les idées des canonistes, WOLHAUPTER, *Aequitas canonica*, dans *Veröff. d. Rechts- und Staatsw.*, t. 56, 1931 ; C. J. HERNIG, *Die Billigkeit im kan. Recht.*, dans *Deutsche Landesreferate zum III. Kongress für Rechtsvergl.*, Londres, 1950, et *Studia Gratiana*, t. II, p. 95-113, sans oublier

les précieuses indications de G. LE BRAS, dans *Apollinaris*, 1948, p. 116. La comparaison est faite avec l'*equity* anglaise, dans L. DE LUCA, *Ephem. jur. can.*, III, 1947, p. 46-66.

On trouvera bien des notes intéressantes dans G. CHEVRIER, Remarques sur... la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les œuvres des anciens juristes français, dans *Arch. philosophie du droit*, 1952, complété *Etudes... Le Bras*, p. 841-859, et aussi dans les travaux de J. BALON, spéc. Le droit des obligations, *Bull. Anciens pays et Ass. d'Etats*, 1957, p. 1-36.

CHAPITRE VII

LES SIÈCLES DE L'INDIVIDUALISME ET DU CONTRAT

SECTION I. — Individualisme et autonomie de la volonté

[88] L'IDÉE MÉDIÉVALE : VOLONTÉ ET MORALE. — Toute l'évolution du droit des contrats au Moyen Age est comme prise entre deux termes : la sécurité nécessaire au commerce juridique, invoquée surtout par le créancier, l'équité qui tourne le plus souvent au profit du débiteur. D'une part, les idées de respect des promesses, de stabilité, de libre recherche du profit, d'autre part, les idées de loyauté, d'équilibre, les préoccupations morales.

Cette évolution n'est pas dominée, comme on l'a trop souvent prétendu, par le déroulement logique « du dogme de la volonté » ; elle apparaît bien plutôt comme un effort pour adapter les moyens juridiques aux sentiments moraux et aux besoins économiques. Le respect de la volonté n'apparaît pas encore comme une fin en soi ; il est techniquement un moyen de satisfaire les besoins ou les désirs des individus ; il est moralement souhaitable pour maintenir la bonne foi et la loyauté des promesses ; mais il trouve dans la morale même sa justification. La promesse ne peut jamais être un « lien d'iniquité » ; le respect des promesses n'est jamais justifié par l'idée que la volonté est une source du droit, mais par l'idée supérieure de bien commun ou de bonne foi.

Tous les hommes du Moyen Age croient — contrairement à Rousseau — que la volonté, par cela seul qu'elle est, n'est pas toujours ce qu'elle devrait être ; tous sont tributaires de

l'enseignement scolastique qui n'identifie pas volonté et intelligence. Leurs rapports, pour SAINT THOMAS, par exemple, ne sont qu'une illustration du principe général emprunté à l'ontologie, que *causae ad invicem sunt causae sed diversi modo*. L'objet propre de la volonté ne peut être que le bien en tant que tel.

Dans SCOT († 1308) va donner le primat à la volonté : la volonté commande à l'intellect et elle est la cause de son acte ; *nihil aliud a volente est causa totalis volitionis in voluntate*. OCCAM et ses disciples vont accentuer cette tendance ; même la loi morale n'apparaît plus que comme le résultat d'un « libre choix divin », ce qui implique qu'elle n'est pas « intrinsèque » et aurait pu être différente.

[89] LE XVI^e SIÈCLE. — Bientôt, la scolastique ne répond plus aux besoins de la pensée. L'humanisme en même temps que du goût de l'Antiquité est imprégné de l'idée de l'« homme » : il va défendre la liberté intellectuelle, tout en donnant un fondement humain à la morale. L'opposition de la foi et des œuvres habitue les esprits à discréditer le formalisme, les rites, les preuves extérieures. L'homme est exalté mais il est aussi isolé ; le sens « social » de la scolastique médiévale est oublié. La Réforme protestante démontre la faiblesse irrémédiable de la volonté humaine, mais elle aboutira, en définitive, au triomphe de l'individualisme.

Pour les Romanistes, ces tendances sont en quelque sorte masquées par leur fidélité aux règles romaines. ALCIAT (1491-1550) refuse l'action née d'un pacte et réfute les thèses canoniques (sur c. II, 3, 4-II). GOVEA, DUAREN, BAUDOIN font de même. CUJAS enfin revient fréquemment sur le problème pour exposer dans leur rigueur les solutions romaines. Toute l'école affectera un grand dédain pour la pratique ; par griserie d'humaniste, par passion de l'Antiquité, elle voudra restituer le droit romain dans sa teneur ancienne.

Les coutumes quand elles seront rédigées, ne contiendront presque rien sur les contrats. Elles n'interviendront que tout à fait incidemment soit dans un but de police, soit pour énumérer les privilèges procéduraux conférés par l'obligation authentique.

[90] DU MOULIN ET LOYSEL. — Au contraire, les Bartolistes attardés — tels DU MOULIN et TIRAQUEAU — allient la connaissance du droit romain aux préoccupations pratiques. Ils répugnent aux constructions doctrinales, mais trouvent dans le droit romain des justifications, des arguments, des raisonnements. Les questions sont envisagées sans plan systématique, sans préoccupations historiques, sans souci de la forme. Rien n'est sacrifié des idées de la pratique que viennent justifier, à la manière bartoliste, d'innombrables citations romaines.

DU MOULIN insiste tout particulièrement sur le fait que la règle canonique *ex nudo pacto actio oritur*, est admise par le droit français. Il affirme que la pratique n'a rien retenu des formes anciennes de la stipulation et la rencontre des consentements suffit à faire la convention ; mais si l'une des parties est demeurée silencieuse, il n'y a pas « proprement » convention ; mais plutôt simple pollicitation : aucune action ne peut naître.

LOYSEL allait donner à la règle un tour bien connu : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. » La maxime (cf. G. et M. SAUTEL, *Etudes Petot*, p. 507-517) a pu être empruntée à la glose : *Ut enim boves funibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur intellectualiter* (*Inst.*, III, 14).

[91] GROTIUS ET DESCARTES. — Mais déjà apparaît dans tous les pays l'idée d'un « droit rationnel ». L'extension du monde connu incite à réfléchir sur la notion de droit des gens. Celui-ci apparaît comme un droit coutumier résultant de la nature des choses, distinct du droit naturel en ce qu'il est sujet à variations. SUAREZ, au début du siècle, insiste sur le libre arbitre de l'homme et sur l'autonomie corrélatrice des personnes ; pour lui, les règles de droit dérivent à peu près toutes du principe de droit naturel : *pacta sunt servanda*.

Avec GROTIUS naît vraiment une nouvelle théorie du droit : la volonté apparaît souveraine. L'influence de DESCARTES va dans le même sens : comme le disait SALEILLES (*De la personnalité juridique*, 1910, p. 531) au « je pense donc je suis » correspond pour les juristes : « Je veux, donc j'ai des droits ». Pour GROTIUS, le respect de la parole donnée est une règle de droit naturel.

PUFFENDORF renchérit : « Chacun doit tenir inviolablement sa parole, c'est-à-dire ce à quoi il s'est engagé par quelque promesse ou par quelque convention. »

[92] LA DOCTRINE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ. — Ces idées vont être érigées en corps de doctrine. La conséquence logique du rôle assigné à la volonté est qu'il n'y a plus de dualisme nécessaire entre la société et l'individu, l'individu créant la société comme il crée le droit. La valeur morale ou sociale des fins poursuivies disparaît : il suffit que la volonté s'affirme pour que, sous la seule réserve de ne pas empiéter sur la volonté d'autrui, elle ait le pouvoir juridique de réaliser ce qu'elle veut.

1^o Le droit est séparé non seulement de la théologie mais de la morale. L'École du Droit naturel naît d'une philosophie, celle qui nie le surnaturel, le divin ; et elle aboutit, avec la science de la législation de Filangieri (1788) par exemple, à faire perdre au droit le caractère d'un fait social pour devenir une idéologie : celle qui doit conduire l'homme à la justice et au bonheur.

2^o La société civile ne peut reposer que sur des conventions et PUFFENDORF en publiant dès 1673 son livre sur *Le devoir de l'homme et du citoyen d'après la loi naturelle* marque bien que l'homme est devenu désormais l'origine de l'autorité et du droit. Les individus sont connus comme des êtres absolus, autonomes, qu'aucune autorité supérieure ne commande. On définit le droit lui-même comme « l'autonomie de l'être humain », la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même : droit et liberté sont synonymes. L'individu devient le maître suprême de ses opinions et de ses actes.

3^o Dès lors une autonomie contractuelle presque illimitée est reconnue à la volonté humaine : celle-ci est créatrice de droit ; un individu est lié comme il l'a voulu et tant qu'il l'a voulu. La volonté que sanctionne le droit n'a plus le contenu rationnel que lui reconnaissaient les scolastiques. LOCKE expliquait (1690) que la raison n'a plus de lien « avec la cause, et particulièrement la cause finale » : « En suivant la raison, nous ne dépendons que de nous-même. » Au XVIII^e siècle, les physiocrates concevront la société comme une série d'individus libres et autonomes, unis entre eux par des rapports contractuels d'échange.

[93] LES AUTEURS FRANÇAIS DES XVII^e ET XVIII^e SIÈCLES. — Les auteurs français demeurèrent en général assez éloignés aussi bien des recherches historiques de CUJAS que des idées philosophiques. Ils subirent pourtant ce double courant et inclinèrent à trouver dans le droit romain une expression parfaite de la raison ; DOMAT dans ses *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689) ramena le droit romain à des idées abstraites et rationnelles, conformes aux principes premiers et à la raison naturelle.

Parmi celles-ci, l'une des plus évidentes est que « toutes les conventions soit qu'elles aient, soit qu'elles n'aient point de nom, ont toujours leur effet et elles obligent à ce qui est convenu ».

Le principe est pleinement reçu en pays de coutumes. En pays de droit écrit on se résigne plus difficilement à se mettre en opposition avec le droit romain. C'est l'époque où s'opère la réception complète des principes romains. Claude de FERRIÈRE (1730), POTHIER les incorporent véritablement au droit français. Issus de la pratique et de l'enseignement, les écrits de l'époque font appel au bon sens plus qu'aux idées générales ; en cela les juristes sont en retard sur leur époque où tout le monde se pique de philosophie.

Le Code civil se gardera de même de déclarations de principe. BIGOT-PRÉAMENEU, en rapportant le projet de loi (devenu les art. 1101 à 1381), se borne à faire appel à « l'ordre admirable de la Providence », aux principes « qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes » mais aussi à « l'équité, à la conscience et à la morale et à la philosophie ». Le tribun FAVARD indique seulement que : « Le contrat légalement formé est une émanation de la loi et non moins sacrée qu'elle. »

Quant aux solutions pratiques, elles ont été puisées d'après FAVARD « dans les ouvrages du savant Domat et de Pothier ». La rédaction de l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », vient du deuxième projet de Code civil de CAMBACÉRÈS. Ce n'est qu'au XIX^e siècle que sera pleinement développée la doctrine individualiste classique.

[94] LE « DÉBORDEMENT DU CONTRAT ». — De là provient, suivant la formule du doyen HAURIU, « le débordement du

contrat ». Toute l'activité juridique est rattachée au contrat. Le contrat, issu de la liberté humaine est lui-même le seul créateur de la justice. La justice n'est plus une exigence idéale à laquelle les contractants doivent se soumettre ; elle est le résultat de la libre concurrence. Rousseau érigea en dogme l'autonomie initiale absolue des volontés individuelles. Kant fondera sa morale sur le même principe.

En définitive, on peut résumer tout l'enseignement de l'école en deux axiomes ; nul ne peut être engagé sans l'avoir voulu ; tout engagement librement voulu est juste : « Qui dit contractuel dit juste » (FOUILLÉE).

Même l'équité et la bonne foi sont réduites à des volontés tacites. Dans l'interprétation d'un contrat, le juge devra rechercher non ce qui lui paraît le plus juste, mais la commune intention des parties, même si celle-ci est purement fictive. Dans les quasi-contrats, on admet que les parties « sont censées consentir » ; la catégorie des contrats réels disparaît ; la lésion n'est considérée que comme un vice du consentement.

[95] DROIT ET ÉCONOMIE. — Ces règles venaient d'une idéologie ; mais elles répondaient aux besoins et aux doctrines économiques de l'époque. Il est certain — l'exemple soviétique suffit à l'établir — que le contrat ne peut convenir, dans une économie étatisée, au « secteur public » ; le contrat n'a d'autre effet que de confirmer « les obligations, à lui préexistantes, imposées par la loi » ; il n'a qu'une « valeur psychologique » (René DAVID, *Droit civil comparé*, 1950, p. 327).

Au contraire, pour les physiocrates, et pour toutes les thèses libérales, la règle est : « Laissez faire, laissez passer. » Le contrat joue un rôle économique capital et la liberté des conventions est essentielle à l'économie.

Au XVIII^e siècle, la véritable nouveauté n'est pas le principe lui-même (qui existe depuis longtemps) mais la généralité qui lui est reconnue. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie se dresse contre l'ancien droit des corporations. Le louage de services, les concessions de terres sont considérés comme des contrats. On a même l'illusion que l'équilibre social sera ainsi maintenu : la réglementation apparaissant pour les ouvriers et les débiteurs, par exemple, plus oppressive que la liberté.

SECTION II. — L'ordre public

[96] L'ORDRE PUBLIC MONARCHIQUE. — Dans la fameuse séance de Flagellation, Louis XV affirme hautement que l'ordre public tout entier émane de lui. Il s'agit, à l'époque, de répudier l'idée que la Nation a des droits et des intérêts distincts de ceux du monarque ; mais la formule était ancienne et son histoire est liée aux progrès de l'absolutisme. CALVIN admet la soumission du prince à la loi, sauf si celle-ci viole l'équité, car l'ordre public émane du prince. SUAREZ emprunte aux scolastiques l'idée que le bien commun est supérieur à la loi, mais ajoute qu'il n'appartient qu'à la « justice légale » du roi de le faire prévaloir sur les intérêts privés.

Contre la thèse du magistrat royal des Monarchomaques (qui sera reprise par ALTHUSIUS), BODIN affirme que la souveraineté du roi emporte « la puissance de donner et casser la loi ». Sans doute le prince est-il tenu « en ses conventions » et est-il garant des conventions faites par ses sujets ; mais la loi du prince étant toujours conforme à la justice, un sujet ne peut invoquer contre elle ni l'équité, ni le droit romain, car « la loi qui défend est plus forte que l'équité apparente, si la défense n'était directement contraire à la loi de Dieu et de nature ». Jusqu'à la fin du XVII^e siècle, on distingue assez mal la loi générale, par laquelle le roi règle *motu proprio*, « de son propre mouvement », les affaires publiques, du privilège concédé sur la requête d'un particulier. Le roi qui a le pouvoir de faire la loi a toujours le pouvoir de dispenser de son application. A cela s'ajoute, pour le droit romain, la vieille idée qu'il ne s'applique dans le royaume que par la permission du roi.

Dès le XIV^e siècle, le pouvoir royal peut intervenir au nom de l'équité ou de l'ordre légal (public) par des lettres de chancellerie. A partir du XVII^e siècle apparaîtra la notion qu'il existe des lois impératives.

[97] LES LETTRES DE JUSTICE. — Elles jouent un rôle si considérable qu'elles en sont presque venues à constituer au XVI^e siècle en France l'équivalent de l'*equity* anglaise, des « rules of equity » qui apportent des correctifs aux règles anciennes des contrats. Ces lettres étaient nécessaires à qui voulait invoquer

en justice un moyen tiré du droit romain : être relevé d'une renonciation ou demander en pays de coutumes la nullité ou la rescision du contrat pour dol, crainte, minorité ou lésion.

Il ne s'agit plus au XVII^e siècle que d'une simple formalité fiscale ; délivrées sans examen des faits, elles donnaient l'ordre au juge d'annuler les contrats s'il y avait lieu ; si les faits n'étaient pas exacts, la lettre était déclarée « subreptice ou incivile ». Dans le cas contraire, les juges « entérinaient » la lettre et cassaient le contrat. En cas d'exécution, les choses étaient remises en l'état par le rescisoire. Toujours exigées, même en pays de droit écrit, pour les exceptions et les restitutions en entier, elles cessent au contraire de l'être pour les nullités de droit. Leur usage ne fut aboli que par la loi du 7 septembre 1790.

[98] LA LAÏCISATION DE L'ORDRE PUBLIC. — L'extension donnée à l'idée d'utilité publique impliquait que la promesse même fortifiée par un serment ne pouvait aller contre la loi civile. Tous les humanistes l'admettent. DONEAU condamnera longuement le serment *contra legem*. Sans doute n'appartenait-il qu'à l'autorité religieuse de dispenser du serment ; mais cette dispense devient une simple formalité si le promettant obtient des lettres de la chancellerie royale, et au XVII^e siècle elle n'est même plus demandée : on juge que les lettres du roi emportent de plein droit rescision du serment et celui-ci n'est plus mentionné dans les actes.

Les difficultés propres au serment étant ainsi écartées, il apparut que les lois n'avaient pas toutes la même portée.

Des textes romains indiquaient que la convention ne peut déroger au droit « public » (D., 50, 17, 43). Ce qui vise suivant l'explication fournie par un élève de CUJAS, DUFAY DE SAINT-JORY, les lois qui concernent l'intérêt général et le bien de tous les citoyens. DOMAT indique que « chaque particulier étant lié au corps de la société dont il est membre, il ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre » (IV, 10).

Ordre social et ordre moral sont ainsi liés : DOMAT, si préoccupé de rechercher l'« esprit des lois », invoque les bonnes mœurs mais sans les distinguer du droit naturel et de l'équité (I, 18, 4).

Il peut exister au contraire des lois qui n'ont été faites que

pour suppléer à des conventions omises dans les contrats. Le contrat de mariage peut écarter par exemple les règles de la communauté coutumière, et DU MOULIN donne pour fondement à ces règles la volonté tacite des époux.

Il restait à faire un départ entre les lois. Les lois conçues en termes « négatifs et irritants » sont impératives ; au contraire, pour les lois qui ne défendent pas de faire quelque chose de contraire à leurs dispositions, on doit revenir au principe : convenances vainquent loi (FERRIÈRE). A cette distinction est bien souvent liée — par Guy COQUILLE, par exemple (qu. 227) — la distinction des statuts réels et des statuts personnels. Les lois réelles liées à la territorialité du droit féodal apparaissant comme « liant et restreignant la volonté » tandis que les statuts personnels dépendent « de la volonté des personnes ».

[99] LA THÉORIE DES NULLITÉS. — Le système consensuel allait donner une nouvelle importance à la théorie des nullités. Les lettres de justice peuvent dès le XIV^e siècle mentionner l'ordre du roi d'annuler un contrat : telles les lettres de rescision au cas de lésion ; mais dès le XVI^e siècle on en vient à admettre que le juge peut prononcer la nullité *de plano*.

Le contrat est nul de plein droit s'il contrevient aux dispositions impératives des ordonnances ou des coutumes : on parle dans ce cas de nullités de coutumes ou d'ordonnances. Pour les nullités de droit fondées sur le droit romain, on n'exige plus vers la fin du XVII^e siècle de lettres de chancellerie : la nullité *ipso jure* opère *de plano*.

Toute cette théorie était assez factice ; d'ARGENTRÉ tente une systématisation et distingue les nullités fondées sur une « cause publique », qui font que les actes qu'elles entachent « ne sont même pas dignes du nom de contrats » et les rescisions qui concernent les « intérêts » privés et doivent être prononcées par le juge. Si l'intérêt public est en jeu, la nullité ne peut être couverte ni par la prescription ni par une confirmation.

BOUHIER, sur la Coutume de Bourgogne (19, 12), DOMAT, POTHIER, reprennent les mêmes idées mais en considérant que toutes les nullités de coutumes « anéantissent l'acte radicalement ». Il en est ainsi, par exemple, pour les actes faits par la femme mariée sans autorisation du mari.

La distinction est reprise encore par le Code civil (art. 1117, 1338), et le tribun JAUBERT se borne à opposer les actes « fausement qualifiés de contrats et qui ne produisent jamais d'action » et les contrats dont on peut « demander la nullité ». Les confusions que révèle ce langage se retrouvent tout au long du XIX^e siècle.

SECTION III. — La preuve des contrats

[100] TÉMOINS PASSENT LETTRES. — Au Moyen Age les formalités et les solennités attiraient l'attention des témoins ; mais dès lors que le simple consentement suffit à obliger, la preuve du contrat devient plus difficile et le rôle de l'écrit primordial.

Il est très net que les idées changent dans le cours du XVI^e siècle. Les humanistes ont le culte de l'écrit. RABELAIS se moque d'ouï-dire comme de ceux qui « vivent honnêtement du métier de témoignage » (V, 31). LOYSEL rappelle que « Fol est qui se met en enquête » (n^o 758), mais il indique aussi que « Témoins passent lettres ».

[101] AUTORITÉ DES ACTES ÉCRITS. — L'écrit n'est plus considéré comme une *vox mortua* ; on lui reconnaît une force propre :

1^o Les écrits authentiques font foi de leur contenu ; on ne peut les attaquer que par la voie criminelle de l'inscription de faux ; la règle paraît admise par la jurisprudence du XVI^e siècle. Les ordonnances vont intervenir pour multiplier les formalités de cette procédure et imposer au « plaignant » qui succombait dans son action de fortes amendes.

2^o Pour les actes privés, le signe de validation normal fut, jusqu'au XV^e siècle, le sceau ; mais, avec les progrès de la culture, celui-ci fut supplanté par la signature autographe (ou seing) qu'une série d'ordonnances du XVI^e siècle rend obligatoire même dans les actes notariés. La preuve de la vérité de l'écriture incombait à celui qui se prévalait de l'acte : dès le XVI^e siècle il existe une procédure de vérification d'écriture.

[102] L'ORDONNANCE DE MOULINS (1566). — La tradition méridionale était toujours favorable à l'écrit. Le Parlement de Toulouse provoqua la réforme contenue dans l'article 54 de l'Ordonnance de Moulins. Désormais, la preuve écrite est

imposée « pour toutes choses excédant la somme de cent livres ». On ne peut proposer des témoins « outre le contenu au contrat » ou contre lui.

On admit cependant qu'un écrit pouvait permettre la preuve par témoins s'il rendait la demande « admissible ». L'ordonnance de 1667 consacre la théorie du commencement de preuve par écrit. On en vient à exiger au XVIII^e siècle que celui-ci « émane » de la partie à qui on l'oppose. Les conventions faites entre marchands, le dépôt nécessaire étaient seuls exceptés.

ÉTAT DES QUESTIONS

Le meilleur livre à consulter sur la période est celui de Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte des Neuzeit*, 1952. Le *De legibus* de SUAREZ, paru en 1612 réalise, en quelque sorte, la « transmutation » de l'enseignement de saint Thomas : Paulo MEREÀ, *Suarez jurista : o problema do poder civil*, 1917 ; Pierre MESNARD, *L'essor de la philosophie politique au XVI^e siècle*, 1952, p. 617-662 et les nombreux travaux publiés à l'occasion de son centenaire (1948), cf. *Arch. de Philosophie*, t. XVIII ; *Pensamiento* (Madrid), vol. IV. Suarez a mérité l'éloge enthousiaste de Grotius (Lettre 154) qui l'a largement utilisé (E. BALOGH, dans *Law quart. Rev.*, VII, 2) en même temps qu'il utilisait F. de Vitoria (cf. F. P. PENA, *La influencia de F. de V. en la obra de H. Grocio*, 1941). Sur Grotius, la bonne synthèse de Ph. MEYLAN, *Hommage à Grotius*, 1946 et G. AMBROSETTI, *I presuppositi teologici di Grozio*, 1955 (Public. de la Faculté de Modène). Sur la « vie sociale » de la scolastique, G. DE LAGARDE, dans *Umanesimo e Scienza politica*, 1951, p. 237.

Sur l'humanisme juridique, résumé indispensable de P. PETOT, *Le droit privé français au XVI^e siècle et l'humanisme dans Umanesimo...* (précité) ; Domenico MAFFEL, *Gli inizi dell' umanesimo giur.*, 1956 ; Piano MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell' interpretazione del dir. nel. s. XVI*, I, 1957, et la synthèse d'ORESTANO, *Introd. allo st. storico d. Diritto romano*, 2^e éd., 1961, et *Diritto e storia* dans *La storia del diritto*, Florence, 1966, p. 389-417. Dans le même recueil, G. KISCH, *Die hum. Jurisprudenz*, p. 469-490. Enfin, l'intéressante note sur Rabelais de Fr. DUMONT, *Etudes Petot*, 1959, p. 147-156.

Sur le droit naturel, outre les ouvrages cités chap. précédent, Erik WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 1955 (citations judicieuses) ; Hans THIEME, *Das Naturrecht und das Europ. Privatrechtsges.*, 1955 (à compléter par *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, *ZSS Gem.*, 1953, p. 230) ; BOBBIO, *Il dir. nat. nel sec. XVIII*, 1946 ; et toujours intéressants à relire, R. SALEILLES, *Le droit romain et la démocratie*, *Studi Scialoja*, II, 1905, p. 711 ; ERCOLE, *Da Barthole all' Althusio*, 1932, et la synthèse de Albert BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 1967, spéc. p. 82-146.

Sur l'autonomie de la volonté, outre l'ouvrage classique de GOUNOT et TISON, *Le principe... dans l'ancien droit*, 1931 (compilation), cf. surtout la

série des articles publiés dans *Arch. de philosophie du droit*, 1940 (dont un article de KELSEN) ; cf. encore SUPERVIELLE, Je veux, donc je m'oblige, dans *Rev. intern. droit comparé*, 1952, p. 570.

Sur les lettres de chancellerie, la remarquable mise au point de G. TESSIER, *Lettres de justice*, dans *Bibl. Ecole Chartes*, 1940, p. 102-115 ; bon exposé dans A. VIALA, *Le Parlement de Toulouse*, t. I, 1953, p. 363-381. La question était fort pratique et faisait l'objet de longs développements chez les anciens juristes : Coquille, Charondas, Imbert. Quelques exemples de l'influence du droit canonique donnés par OLIVIER-MARTIN, *Actes du Congrès de droit canonique*, 1950, p. 362, et, pour la nullité des jugements (en droit canonique moderne), Emilio GHIDOTTI, 1963.

Sur les nullités, on ne peut donner que de brèves indications. On admet parfois la prescription immémoriale pour couvrir la nullité (car cette prescription vaut titre). L'adage « voies de nullité n'ont point lieu » est interprété (LOYSEL, n° 693) en ce sens qu'on exige pour les nullités de droit des lettres de rescision (IMBERT, v° *Contractus*, COQUILLE) ; celles-ci doivent — suivant l'ord. de 1510, art. 46, complétée par l'ord. de 1539, art. 134 — être obtenues dans les dix ans. DUNOD DE CHARNAGE (*Prescriptions*, 1753, p. 47), tente de faire la théorie des nullités d'intérêt privé (ou respectives, parce qu'elles n'intéressent que ceux en faveur de qui elles sont prononcées) qu'on retrouve dans MERLIN-GUYOT (v° *Nullités et Rescision*). Cf. la remarquable étude de A. DUMAS, *Les lettres de rescision*, dans *MSDE*, t. I, 1948, p. 39.

La question des preuves a fait l'objet des travaux de la Société Jean-Bodin (*Recueil*, 1965) dont on retiendra spécialement la synthèse magistrale de J.-Ph. LEVY, *L'évolution de la preuve des origines à nos jours*, t. 17, p. 1-70 ; DU MÊME, *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age*, t. 17, p. 137-167 ; R. VILLERS, *Les preuves dans l'ancien droit français du XVI^e au XVIII^e siècle*, t. 17, p. 345-356.

DEUXIÈME PARTIE

LA TECHNIQUE DU CONTRAT



CHAPITRE PREMIER

LA FORMATION DU CONTRAT

[103] DROIT ROMAIN. — « Il ne saurait y avoir de contrat sans convention » (D., 2, 14, 1, 3), affirme, au début du II^e siècle après J.-C., le juriste PÉDIUS.

Convention, le contrat exige un concours de volontés. Il ne peut se former que : 1^o Par le *consentement* des personnes entre qui se créent des liens juridiques. Mais le contrat n'est qu'une technique mise à la disposition des parties pour obtenir certaines prestations. Pour être valable, la convention doit avoir : 2^o Un *objet* qui est la raison d'être du contrat.

A ces deux éléments essentiels peut s'en ajouter un 3^e plus ambigu : la *cause*. 4^o Certaines *modalités* permettent enfin de préciser la volonté des parties (cf. C. C., art. 1108).

[104] LA VOLONTÉ. — Pour que le contrat se forme valablement, il faut que les parties soient en communauté de sentiments (*cum sentire*). Cette communauté n'existera pas : 1) Si la volonté des contractants n'est pas consciente, si leur consentement est entaché de *vices*. Ou 2) S'il est exprimé par des personnes frappées d'*incapacité*. Si le consentement doit émaner en principe des parties, celles-ci peuvent 3) Se faire *représenter*.

La volonté est nécessaire à l'engagement juridique : pour s'engager il faut être au moins deux : le débiteur qui promet, le créancier qui reçoit la promesse. C'est la rencontre de volontés qui fait le contrat (D., 2, 14, 1, 2 : *duorum pluriumve in idem placitum consensus*). La promesse est plus importante que l'acceptation, elle peut suffire à lier le débiteur dans le cas notamment de vœu (D., 50, 12, 2, pr.). Il n'empêche que l'offre ne lie pas celui qui la formule tant qu'elle n'a pas été acceptée,

elle peut dès lors être révoquée. Cependant, les juristes romains, à l'occasion du contrat de vente, en viennent à dégager l'idée d'une responsabilité du pollicitant dans le cas où l'objet promis est hors du commerce (I, 3, 23, 5).

Le consentement, pour être valable, doit être réel ; on ne tient nul compte de la convention passée *jocandi causa* (D., 44, 7, 3, 2).

Dans les contrats consensuels, les parties sont libres de manifester comme elles l'entendent leur volonté à condition de rester dans le cadre des opérations économiques définies par le droit. Le consentement peut être soit exprès, et se manifester verbalement par l'envoi de messenger ou de lettre, soit même tacite (D., 2, 14, 2, pr.).

[105] ANCIEN DROIT. — Pour les Romains, le contrat formel suppose, avant même l'accomplissement des solennités, un pacte préalable, et ce pacte implique l'accord des volontés. Le droit franc s'attacha à l'accomplissement des formes plus qu'à la volonté ; au contraire, le droit byzantin (Paraphrase de Théophile, III, 13, 3) suivi, semble-t-il, par les sources préirréniennes (*Brachylogus*, III, 3 ; 2, 1-7) identifie *contractus* et *pactum*.

Mais la question qui se pose, en fait, aux auteurs coutumiers est celle de la preuve du consentement ; on recourt volontiers au symbole : en liant ainsi la forme et le fond ; la *paumée*, par exemple, véritable poignée de mains dont la signification est assez équivoque (transmission de la propriété, soumission du débiteur, serment sécularisé) mais qui en vient à manifester l'acceptation de l'offre. *Jostice et Plet* (II, 16, 3) réagit contre cette tendance en indiquant que : « Convenances font le marché, non pas la paumée » (cf. n° 66). Ici encore les canonistes vont considérer la volonté plus que la forme. La question du mariage et des fiançailles leur imposait de scruter la volonté intime des parties (cf. t. III), ils en usèrent de même avec les autres contrats.

1° En posant la règle que le seul consentement oblige, les Décrétistes et bientôt les glossateurs vont être conduits à explorer plus précisément le champ de la volonté. Cet effort sera repris par les auteurs français.

Il s'agissait, si l'accord était établi (ce qui posait la question

de la preuve), d'en interpréter la portée. Recherche plus logique que psychologique (n° 74), par laquelle on revient aux règles d'interprétation posées par les scolastiques ou par les moralistes : *Sic et non* d'ABÉLARD, *Sentences* de Pierre LOMBARD (2, 39, *De differentia voluntatis, intentionis et finis*), certitude du probable de SAINT THOMAS (II a, 2° q. 70 a, 2). Pour SAINT THOMAS, l'acte de volonté présuppose un acte de raison ; c'était inviter l'interprète non seulement à rechercher l'existence mais l'essence (ce qui conduira à la théorie de la cause).

Les romanistes reprirent les résultats obtenus par les canonistes ; BARTOLE, BALDE reprennent l'idée empruntée à ARISTOTE ou à AVICENNE d'un conflit entre la *raison* et le sentiment. BALDE indique qu'un contrat peut être notoire sans que les obligations qui en naissent le soient (X, 3, 2, 8) ; il indiquera encore que suivant l'*aequitas* canonique tous les contrats sont de bonne foi, ce que LOYSEL traduira : « Toutes actions sont de bonne foi » (n° 677).

DOMAT résumera cet enseignement en formulant quinze règles d'interprétation (*Lois civiles*, I, 1, 2) reprises par les articles 1156-1164 du Code civil et présentées par le tribun FAVARD comme des « règles universelles ».

2° La distinction romaine des contrats nommés et innomés devait perdre sa raison d'être ; il n'en était pas moins utile de faire entrer le contrat conclu dans un des « types » connus. D'où les spéculations relatives à la *natura contractus*, qui rappellent les difficultés modernes relatives à la qualification des conventions et à leur dénaturation. PLACENTIN, et, à propos d'une décrétale d'Alexandre III (X, 2, 1, 6), les Décrétalistes indiquèrent que dans un procès il n'y avait pas à « nommer » l'action née du contrat (*editio actionis*) ; mais toujours la nature du contrat peut déterminer ses effets.

3° L'obligation peut valablement naître du consentement, sans que les parties se rencontrent : la règle paraît avoir été dégagée par les glossateurs ; DOMAT indique que les contrats peuvent se conclure « par procureur ou autre médiateur, ou même par lettres » (I, 1, 1-16).

4° Les canonistes examinèrent l'engagement par volonté unilatérale à l'occasion du serment. Les Décrétistes admettent

que le serment — analogue en cela au vœu — oblige envers Dieu ; la promesse doit être tenue car elle engage l'âme (cf. XII, qu. I, c. 9 v^o *pollicitationem*). Quelques décrétalistes admettent même la valeur de la simple *pollicitatio* (PANORMITAIN, X, I, 35, 3).

5^o Une dernière remarque doit être faite ; si la conclusion du contrat est facilitée, la preuve en sera d'autant plus difficile : spécialement l'acte écrit devient une preuve et non plus une forme. La distinction est nettement faite par les romanistes comme par les canonistes (cf. BALDE sur X, 2, 18, 3). Par exemple au cas de perte de l'écrit, la convention demeure valable et doit seulement être prouvée (cf. déjà IRNERIUS, *Somme*, C. 4, 21, 2).

SECTION I. — L'idée de vice du consentement

§ 1. DOL ET VIOLENCE

[106] DROIT ROMAIN. — A l'époque classique, la décadence du formalisme, qui avait l'avantage de prémunir les parties contre toute pression, contre toute surprise, oblige les juristes à se préoccuper des atteintes portées à la liberté des contractants. La multiplication et la complication des actes juridiques, conséquences de l'essor économique, rendent plus délicate la tâche des contractants. Le consentement doit être exprimé librement et en pleine connaissance de cause. Or la liberté d'expression peut être viciée par : 1^o La *violence*, tandis que la compréhension de l'acte juridique passé sera faussée par : 2^o L'*erreur*, parfois spontanée, parfois provoquée par le *dol*. En droit romain, comme en droit moderne (C. C., art. 1109), ces trois vices du consentement sont connus, mais il faut souligner qu'à Rome ils ne sont pas retenus en tant que tels : le dol et la violence sont sanctionnés en tant que *délits*. Ce n'est que par voie de conséquence que le contrat passé par la victime se trouve mis en cause. Dans certains cas, enfin, sans que l'on puisse prouver qu'il y ait vice du consentement, le déséquilibre économique des prestations le fait présumer : on dit qu'il y a 3^o *Lésion*.

C'est le préteur qui, au 1^{er} siècle avant J.-C., a créé les délits de *dol* et de *metus* (crainte issue de la violence) pour

réprimer des atteintes à l'ordre public (D., 4, 3). Avec son réalisme habituel le magistrat romain ne sanctionne que le « mauvais dol » ; il ne réprime que les *manœuvres déloyales* destinées à obtenir d'une personne un consentement qu'elle n'aurait pas accordé si elle n'avait pas été trompée (D., 4, 3, 1, 2 ; cf. C. C., art. 1116). Reste licite le *bonus dolus* qui est l'habileté (*sollertia*) dont on peut faire preuve dans les affaires (D., 4, 3, 1, 3). Soucieux d'assurer la liberté d'expression de la volonté, le magistrat ne veut pas pour autant qu'un excès de protection porte atteinte à la stabilité des transactions. (Cf. notre jurisprudence actuelle, RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 225).

De même qu'une certaine ingéniosité est admise dans les affaires, de même on ne saurait tenir compte de la crainte irraisonnée d'un contractant (D., 4, 2, 6 et 7). Le prêteur ne protège pas celui qui s'est montré pusillanime face aux menaces et aux violences qui avaient pour but de l'obliger à contracter.

Les actions de dol et de *metus* sont *arbitraires*, c'est-à-dire que la condamnation n'est prononcée qu'à défaut de restitution spontanée du bien. Si la menace reste sans effet, indépendamment des sanctions qui frappent les auteurs du dol ou de la violence, le contrat peut être annulé. Une *restitutio in integrum* permet d'effacer les conséquences du contrat si la victime l'a exécuté, sinon elle pourra s'opposer à une demande en exécution grâce à une *exceptio*. Mais le caractère délictuel du dol et du *metus* a pour conséquence d'entraîner la nullité absolue du contrat. Pour rendre celui-ci valable, il faut une nouvelle convention, un pacte passé entre la victime et le délinquant, à la différence de notre droit moderne qui admet la confirmation tacite, le contrat n'étant frappé que de nullité relative.

Le dol et la violence sont des délits qui ne présentent pas la même gravité dans l'atteinte qu'ils portent à l'ordre public, le dol par son caractère insidieux est moins dangereux pour celui-ci. Il s'ensuit une différence dans la sanction que l'on retrouve dans le domaine contractuel. C'est ainsi que la nullité du contrat peut être invoquée à l'encontre de celui qui en profite même si la violence est le fait d'un tiers (D., 4, 2, 14, 5), le dol au contraire doit émaner du co-contractant lui-même

ou tout au moins d'un complice (D., 44, 4, 4, 33 ; cf. C. C., art. 1111 et 1116 dont les solutions hétérogènes s'expliquent parce que dol et violence sont considérés à la fois comme délits civils et vices du consentement). Enfin, pour grave que soit la violence, elle n'entraînera la nullité de la convention que s'il y a délit. La crainte inspirée par des événements extérieurs sera sans effet sur la conclusion du contrat faute de délinquant (D., 4, 2, 9, 1 ; *contra*, à la suite de POTHIER, *Obligations*, n° 24, notre jurisprudence moderne : RIPERT et BOU-LANGER, II, n° 243).

[107] ANCIEN DROIT : LA TROMPERIE. — La complexité même du système romain lui valut une décadence rapide que jalonnent le Théodosien (II, 15), les Sentences de Paul (I, 8 ; V, 28) et l'*Építome Gai* (II, 9). Le mot de contrat a une signification toujours moins précise et la préoccupation, très significative, est de réprimer les violences : *vis* et *metus* sont confondus sans qu'on en traite spécialement à l'occasion du contrat. Seule la loi des Visigoths (II, 5, 5 ; V, 4, 3) protège spécialement les contractants et prononce la nullité de la vente *violenter et per metum extorta*. Du dol, il n'est plus question.

À l'époque franque, la forme sauve le fond et protège suffisamment les contractants ; mais la prestation de la foi — dans l'hommage, par exemple — impliquait qu'on ne serait ni parjure, ni perfide. Aux XI^e et XII^e siècles, on trouve dans les contrats l'indication qu'ils sont conclus sans violence et sans dol, dans le Midi sans *engein* et sans *engan*.

La tromperie, les machinations sont, comme dans le droit romain primitif, des délits et cela même impliquait qu'on les sanctionnait aussi bien dans les cas de dépossessions violentes que dans les contrats. Dans cet esprit, le droit coutumier élabore une théorie originale de la « force » et de la « tricherie » attestée par Beaumanoir et par *Jostice et Plet*.

[108] VIOLENCE ET DOL. — Les glossateurs vont exploiter les textes de Justinien ; les canonistes les suivront dans cette voie mais sans jamais se départir de préoccupations morales : leur œuvre réalise une alliance fort originale de règles tenant au for interne et de préoccupations pratiques :

1^o On discute sur la nature et la gravité de la violence :

crainte d'un péril immédiat (PLACENTIN) ou seulement d'un péril futur (ACCURSE); crainte objective (de nature à impressionner un homme) ou subjective (appréciée suivant l'âge et le sexe). ACCURSE marque bien que la violence n'abolit pas la volonté : *coacta voluntas, tamen voluntas est* (Glose v^o *volui*, D. 4, 2, 21). L'idée de vice du consentement est développée par les canonistes, R. de PEÑAFORT et ZABARELLA; elle sera reprise par l'école du droit naturel et par DOMAT qui donne la formule définitive : la liberté étant essentielle aux conventions, « c'est un vice si un des contractants y a été forcé par quelque violence »; il ne s'agit pas de « fortes impressions », mais de « force ou de menaces ». Celles-ci peuvent concerner les tiers et leurs effets se jugent par les circonstances. L'autorité (d'un père sur son fils), l'ordre de justice ne sont pas force. Enfin, l'acte est nul même à l'égard de ceux qui n'ont pas exercé la force. Les articles 1109-1115 C. C. ne font que reprendre ces règles. POTHIER apportera quelques retouches : il ne suffit pas d'un soupçon, il faut un mal présent et injuste.

2^o Le dol est un mensonge, une ruse, mais aussi une réticence dont le but est de circonvenir ou de tromper (cf. D., *De dolo*, 1, 2 et art. 1116 C. C.).

Les premiers glossateurs distinguent le *dolus dans causam contractui* — qui ayant été la cause du contrat entraîne la nullité de celui-ci — et le *dolus incidens* — qui doit être sanctionné par une restitution totale ou partielle. Le dol peut venir selon les canonistes de la chose elle-même (*ex re ipsa*) ce qui le rapproche de la lésion. La subtilité des glossateurs donna ici sa mesure : d'ARGENTRÉ stigmatise en termes fort vifs leurs arguties (art. 283, col. 1377).

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, le dol étant une « espèce de délit » doit être prouvé; le dol *ex re ipsa* n'est plus retenu; enfin, le dol incident est défini comme un dol modifiant l'équilibre du contrat et donnant lieu seulement à une indemnité.

[109] FRAUDE ET SIMULATION. — Les règles romaines pouvaient paraître parfois insuffisantes : des contractants pouvaient être assez habiles pour rendre leurs actes inattaquables et ils pouvaient, en tout cas, les opposer à des tiers. Les anciennes notions de « force » et de « tricherie », dans leur imprécision

même, correspondaient mieux au vœu de la pratique ; elles rejoignaient le souci des canonistes de réprimer tout mensonge.

GRATIEN, comme SAINT THOMAS, distingue mal la fraude et le dol ; on dira après eux que la fraude est le genre et le dol l'espèce et la formule sera reprise par tous les Bartolistes. Dans le même sens, pour BEAUMANOIR (n° 1051) la fraude doit toujours être sanctionnée. D'ARGENTRÉ (art. 269, col. 1231 ; art. 451, col. 1766) pense même que la mention du dol est nouvelle dans la coutume de Bretagne. CUJAS parlera d'une fraude *ex re ipsa* (t. V, 480).

D'autre part, un titre du Code de Justinien (IV, 22) fournissait aux interprètes l'occasion d'examiner la simulation et de répéter que celle-ci était un dol contre la loi. Les adages encore allégués, *Malitiis non est indulgendum* et *Fraus omnia corrumpit* sont issus tardivement de ces spéculations : s'ils ont une portée générale, ils peuvent être invoqués à l'occasion d'un contrat.

[110] LES SANCTIONS. — La complexité des sanctions romaines fut assez mal comprise des interprètes qui précisèrent à cette occasion leur théorie des nullités (cf. n° 99).

Au cas de dol, BELLEPERCHE admettait dans tous les cas la validité du contrat et accordait simplement la rescision. De même, au cas de « tricherie » la pratique paraît avoir retrouvé le mécanisme de l'action arbitraire : la menace de la condamnation provoquant la restitution. L'idée même d'un dol *dans causam* conduisait à la nullité, admise, en effet, dans ce cas par les glossateurs, tandis que le dol incident ne permettait qu'une restitution. La distinction fut reprise par les canonistes.

Quant à la violence, l'affirmation qu'elle ne supprimait pas la volonté impliquait que l'acte n'était pas nul de droit mais simplement annulable. S'agissant de nullités d'intérêt privé, la pratique imposa au moins depuis le xvi^e siècle, l'octroi de lettres de rescision.

§ 2. L'ERREUR

[111] DROIT ROMAIN. — L'erreur est une croyance contraire à la vérité et qui porte sur les éléments du contrat. Elle est exclusive de toute volonté (*nulla enim voluntas errantis est* :

D., 39, 3, 20), et par là même, source de nullité. Cependant, en l'absence de dol, son caractère spontané en fait un facteur d'instabilité contractuelle, il convient donc d'en limiter l'application. Conformément à l'attitude adoptée pour le dol et le *metus*, les juristes romains ne tiennent nul compte de l'erreur qui provient de la négligence (D., 22, 6, 6). Un homme d'affaires avisé leur paraît seul digne d'intérêt. En conséquence, l'erreur de droit ne sera pas retenue (D., 22, 6, 9, pr. et 5 : *nec stultis solere succurri, sed errantibus*), sauf peut-être si elle a été déterminante dans la conclusion du contrat.

L'erreur de fait vicie le consentement, encore faut-il qu'il s'agisse de *justus error* (D., 4, 1, 2) : pour empêcher le contrat de se former, l'erreur doit être grave. Au début de l'époque classique, on admet l'erreur sur la nature du contrat (*error in negotio*), une partie croit avoir fait un dépôt, l'autre avoir reçu un prêt (D., 12, 1, 18, 1) ; ainsi que l'erreur sur la personne (*error in persona*), l'identité étant prise en considération (D., 12, 1, 32) à l'exclusion des qualités (D., 18, 2, 14, 3), sauf pour les contrats conclus *intuitu personae* (BIONDI, p. 203). On tient compte également de l'erreur sur l'objet (*error in corpore*, D., 18, 1, 9, pr.), l'identité de ce dernier étant elle aussi seule retenue. Dès le II^e siècle après J.-C., une recherche psychologique plus poussée permet de faire état de l'erreur sur la substance de l'objet (*error in materia* ou *substantia*), tout au moins dans les contrats de bonne foi (D., 18, 1, 9, 2). Cependant, les juristes romains rejettent l'erreur sur la qualité ; *substantia* est pris dans un sens objectif et s'identifie à la *materia* dont la chose est faite. La sécurité des transactions l'emporte sur les considérations d'équité (D., 18, 1, 11).

[112] ANCIEN DROIT FRANÇAIS. — C'est à l'occasion du mariage que canonistes et théologiens se sont tout d'abord préoccupés de l'erreur (qui est alors une erreur sur la personne ou la condition). Le serment — dont la justice et la vérité sont les « compagnons nécessaires » — fournit aussi l'occasion de préciser la théorie (X, 2, 8, 15).

Les auteurs coutumiers ne s'intéressent guère au problème. *Jostice et Plet* (III, 110) mentionne la *droite error*, mais l'expression (qui traduit *justum errorem* de D., 4, 1, 2) paraît viser toute

injustice. La sanction du dol (qui provoque l'erreur), du défaut de cause (qui en résulte) ou du *dolus ex re ipsa* suffit aux désirs de la pratique.

Quant aux glossateurs, ils portent leur attention plutôt sur l'ignorance que sur l'erreur : l'ignorance *crassa et supina* est inexcusable ; si elle porte sur le fait personnel, elle équivaut à une erreur de droit et BARTOLE parlera de faute lourde ; au contraire, l'ignorance tenant au fait d'autrui est probable et excusable. Ces spéculations ne concernent pas spécialement les contrats : on traite de l'erreur de calcul (qui ne fait pas compte, cf. LOYSEL, n° 859), de l'erreur commune (qui fait le droit), surtout de l'erreur de droit et de l'erreur de fait.

L'erreur de droit est, en particulier, l'objet de nombreuses discussions : le Brachylogus et Irnérius se préoccupent d'en réparer les effets : ils l'admettent (après D., 22, 6, 7 et 8) comme viciant l'acte s'il s'agit pour qui l'invoque de ne rien perdre (*de damno vitando*), la repoussent, au contraire, si l'on prétend faire un gain (*de lucro captando*). REVIENY et CINUS accordent à l'*errans* le bénéfice de restitution et protègent tout spécialement, usant pour cela de textes romains, les femmes, les mineurs, les soldats et les ruraux dont l'ignorance est présumée. BARTOLE, ici encore, assimile erreur et faute.

Cependant, dès le XVI^e siècle, les règles romaines sont reprises par la pratique et par la doctrine :

1^o L'erreur viciant le consentement ne justifie qu'une restitution ; mais bien des dissidences se manifestent sur cette question : d'ARGENTRÉ admet la nullité (art. 266, p. 1003) tout en condamnant les « fantaisies », les incertitudes et les « divagations » de la jurisprudence ;

2^o L'erreur de droit n'est retenue ni par CUJAS, ni par POTHIER : on tire de D., 22, 6, 7, l'adage : *Nemini jus ignorare licet* ; cependant DONEAU reprend la théorie d'Irnérius et admet que, pour éviter un dommage, on peut invoquer une erreur de droit si le contrat n'a pas encore été exécuté ;

3^o Les solutions données marquent bien le rôle désormais reconnu à la volonté et au consentement : DOMAT marque le tournant ; il traite encore de l'erreur de droit et de l'erreur de fait, mais aboutit à dire que l'erreur n'entraîne la nullité que

s'il est certain que, sans elle, il n'y aurait pas eu contrat « car non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle n'a pour fondement qu'une fausse cause ».

Cette idée de l'erreur *dans causam* (reprise par bien des auteurs modernes) va conduire aux distinctions connues : la *substance* n'est plus seulement matérielle et objective, elle peut être subjective et porter sur les qualités essentielles (opposées aux qualités accidentelles, cf. POTHIER, n° 18, art. 1110). L'erreur sur la qualité de la *personne* est retenue si celle-ci a été décisive. Quant à l'erreur sur le *motif*, BARBEYRAC et VOLF, fidèles à l'École du droit de la nature, inclinent à l'admettre, au moins quand le motif apparaît comme une condition tacite connue des deux parties. POTHIER (n° 20) indique, au contraire, que l' « erreur dans le motif n'influe pas sur la convention ».

§ 3. LA LÉSION

[113] DROIT ROMAIN. — La lésion est traditionnellement considérée comme un vice du consentement. La volonté a bien été exprimée et le contrat conclu, mais il en résulte un tel déséquilibre entre les prestations, un tel profit pour l'une des parties, que l'on présume le vice de la volonté.

Juridiquement, la lésion ne peut concerner que les contrats à titre onéreux ; la vente sera toujours son domaine d'élection. Historiquement, la lésion n'apparaîtra qu'aux époques où le législateur intervient volontiers dans le domaine économique, soit pour protéger ceux que leur faiblesse intellectuelle ou économique a soumis à la loi du plus fort (et l'idée de « vice » de la volonté se comprend) ; soit plus largement au nom de l'équité pour imposer l'équivalence des prestations conformément aux principes de justice commutative (cf. B. G. B., art. 138). On peut ainsi opposer une conception subjective à une conception objective de la lésion.

Pour le droit romain classique, individualiste et libéral, l'attrait du bénéfice est à la base de toute activité économique. Réaliser un important bénéfice, acheter à vil prix est une preuve d'habileté nullement contraire à la bonne foi, c'est un *dolus bonus*. Les juristes classiques sont tous d'accord : « Il est

naturel que l'on permette aux contractants de chercher à se tromper » (D., 4, 4, 16, 4 ; 19, 2, 22, 3).

Dans l'intérêt de l'ordre public cependant, la liberté a des limites impliquées par le besoin de protection de certains contractants. C'est pourquoi, dès l'époque classique, les juristes romains ont fait application de l'idée de lésion pour justifier les mesures qui protègent les mineurs de 25 ans (D., 4, 4, 13, 1). Dans les rapports entre majeurs, ils en ont fait des applications limitées, pour lutter contre l'usure notamment ou pour annuler la décision d'un arbitre qui répartit injustement les bénéfices d'une société (D., 17, 2, 79).

[114] JUSTICE COMMUTATIVE. — Au Bas-Empire, une tendance favorable à une application plus générale de la lésion se fait jour pour des raisons tout à la fois techniques, sociales et morales. On présume que la partie lésée n'a contracté que par suite d'un dol ou d'une erreur. La présomption sera plus facilement retenue lorsqu'il y a inégalité sociale marquée entre les contractants, les empereurs s'efforçant de mettre fin à l'oppression des *humiliores* par les *potentiores*. Les pères de l'Église enfin, SAINT AMBROISE et SAINT AUGUSTIN notamment, préconisent dans tout contrat l'équivalence des prestations, seule conforme à la charité chrétienne. Le point de vue où se place l'Église est donc plus large que celui des juristes. Il ne s'agit pas seulement de protéger certaines personnes qui n'ont contracté qu'à raison de leur faiblesse intellectuelle ou sociale, il faut faire régner la justice dans le contrat et exiger pour cela l'équivalence des prestations.

En dépit de ces tendances favorables, la lésion n'a été retenue — et encore de façon assez modeste — que dans le contrat où elle était la plus fréquente : la vente et peut-être aussi le partage. Les compilateurs de JUSTINIEN remaniant une constitution de DIOCLÉTIEN permettent la rescision de la vente d'immeuble pour *laesio enormis* ou le versement d'un supplément de prix si celui-ci est inférieur à la moitié du juste prix (C., 4, 44, 2 ; cf. C. C., art. 1674 : lésion des sept douzièmes ; art. 887, lésion de plus du quart pour le partage). Dans quelques textes byzantins tardifs on admet la lésion aussi bien en faveur de l'acheteur que du vendeur (V. ZACHARIAE, ZSS, t. IV, p. 49).

S'il est une morale qui a réussi à pénétrer le droit des obligations, c'est uniquement celle des affaires. « La morale du renoncement » (v. CARBONNIER, II, n° 86) est parfaitement étrangère aux juristes romains.

[115] L'ANCIEN DROIT : GLOSSATEURS ET CANONISTES. — Le droit franc était trop fruste pour connaître la lésion. La loi des Visigoths qui sanctionne (V, 4, 6) la fraude sur le prix d'une peine du double, indique que la vente ne peut être rompue si elle a été faite à vil prix.

Les premiers glossateurs reprirent la question : ils qualifièrent d'« énorme » la lésion d'outre moitié. Au milieu de discussions oiseuses (sur le calcul de la moitié par exemple), ils dégagèrent l'idée que la « disparité inique » des prestations exclut le juste prix ; mais ils ne posent pas pour autant le problème comme celui d'une équivalence des prestations, mais en termes subjectifs : la lésion prouve des machinations ou un dol résultant de la chose elle-même, *dolus ex re ipsa*.

Dès le XII^e siècle, mieux éclairés sur les gains et les pratiques des marchands, soucieux avant tout de morale, théologiens et canonistes vont poser autrement la question. Certains — GRATIEN, par exemple — marqueront une hostilité de principe contre ceux qui « font profession d'acheter et de vendre » ; d'autres réalistes admettront la nécessité du commerce, mais entreprendront de le discipliner. La condamnation ne visera pas le commerce en soi, mais le gain illicite, le lucre regardé comme une fin (SAINT THOMAS), l'usure. La lésion ne concerne plus seulement la vente d'immeubles : elle devient l'application de l'idée que la justice doit présider aux échanges (idée qui justifiera la prohibition de l'intérêt comme la taxation de certains prix : hôtelleries des pèlerins et chambres des étudiants).

[116] L'ÉQUIVALENCE DES PRESTATIONS. — Une décrétale du pape Alexandre III (1159-1181) marque la nouvelle tendance (X, 3, 17, 3), très nette aussi chez les glossateurs du début du XIII^e siècle, AZON et ACCURSE :

1^o Il s'agit désormais de protéger plutôt que le vendeur d'immeubles l'acheteur de meubles : celui-ci est souvent un paysan, dupé par un colporteur ou peu éclairé (cf. aujourd'hui encore pour les ventes d'engrais) ;

2° Il s'agit non plus d'une équivalence *voulue*, impliquant une appréciation subjective de la valeur d'usage, mais d'une équivalence mathématique et objective, seule capable de maintenir l'équité. L'idée qui vient d'ARISTOTE sera formulée avec une particulière netteté par SAINT THOMAS (II^a, 2^e, 61) ;

3° L'équité doit prévaloir non seulement dans la vente mais dans tous les contrats. L'extension paraît admise d'abord par les canonistes ; elle est très nette aussi chez les romanistes : pour tous les contrats de bonne foi (ACCURSE) ; pour la transaction (REVIGNY) ;

4° Cependant, la persistance de l'idée de « vice de la volonté » se marque à plusieurs traits : on essaye de découvrir un dol ou une erreur (le lésé a ignoré la valeur de la chose ; il a été trompé). Si le contrat a été conclu en connaissance de cause, AZON admet que le lésé a fait donation de la différence à son co-contractant ; et cela même conduisait à appliquer les différences posées en matière de dol : la lésion emportera nullité si elle a été la cause du contrat ; elle donnera lieu à un supplément de prix si elle n'est qu'incidente. Les canonistes (HOSTIENSIS) vont aboutir à des solutions plus libérales en admettant dans tous les cas l'ignorance du lésé.

[117] SÉCURITÉ ET ÉQUITÉ. — La pratique, au nom de la sécurité des transactions, est hostile à la lésion.

Sa première réaction fut d'insérer dans les actes une renonciation au bénéfice des lois romaines, de ne pas mentionner le prix dans l'acte de vente (à Toulouse). Un autre expédient consiste, pour le vendeur, à faire donation de la différence qui pouvait exister entre le prix stipulé et le juste prix. La coutume de Montpellier (1204) n'admet pas la lésion dans les ventes immobilières (mais seulement pour les ventes de meubles : F. GARRISSON, *Etudes Didier*, 1960, p. 135-148).

Dès le xv^e siècle, on peut mesurer le déclin du droit canonique et le retour à l'orthodoxie romaine :

1° Pour LOYSEL (n° 397-98), traduisant la « générale coutume de France », la rescision « pour déception d'outre moitié de juste prix » ne peut exister ni dans les ventes faites par décret de justice, ni dans les ventes de meubles ou de droits universels, ni dans les baux à ferme ;

2° Pour DU MOULIN, dans les contrats lucratifs (aléatoires), la lésion ne peut être admise (vente de rente viagère, *De usuris*, 14, 182 ; POTHIER n° 37) ; de même pour l'échange (*sic*, Edit de 1560 ; *Contra*, Parlements du Midi). Le partage, au contraire, acte nécessaire doit être rescindé même si l'inégalité est modique (on fixera celle-ci au quart) ;

3° Cependant, quand la lésion est trop considérable (*laesio enormissima*), bien au-delà de la moitié, elle implique toujours le dol et emporte la nullité ;

4° Pour la vente, on en revient en définitive aux solutions romaines. DOMAT (II, 9) les expose nettement. POTHIER ne parvient pas à se débarrasser du souvenir des glossateurs (présomption d'ignorance du vendeur et règle *Volenti non fit injuria*, renonciations...);

5° On admet généralement que l'action peut être exercée contre le tiers acquéreur et elle doit l'être dans le délai de dix ans (DU MOULIN, POTHIER). L'acheteur, s'il n'a pas commis de dol, est censé de bonne foi et fait les fruits siens (DOMAT) ; mais les frais de la vente restent, en principe, à sa charge (*sic*, POTHIER ; *Contra*, REBUFFE, VOËT).

La dévaluation des assignats conduisit la Convention à supprimer le 14 fructidor an III la lésion ; mais cette loi suspendue en l'an V fut abrogée le 19 floréal an VI.

L'article 1674 du Code civil donna lieu à un remarquable rapport de PORTALIS. Beaucoup étaient hostiles à la lésion : « Le contrat fait tout ; les hommes ne peuvent être admis à revenir contre leurs propres faits » ; « il est déraisonnable de chercher un juste prix » ; à cela PORTALIS répond que la « justice précède la convention », qu'il y a un « juste prix » étranger à la « cupidité comme à la nécessité » et distinct du prix « conventionnel ». BONAPARTE ajoute que la manière dont « un individu dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société », mais il juge raisonnable de réduire de 10 % le juste prix. Les articles 1674 à 1685 admirent l'action au profit du seul vendeur d'immeubles, mais en la soumettant à de très strictes limites.

ÉTAT DES QUESTIONS

SUR LA VALEUR DE LA PROMESSE NON ACCEPTÉE, v. les études de J. ROUSIER, Le sens du mot pollicitatio chez les juristes romains, dans *Mélanges de Visscher*, t. II, p. 299 ; La pollicitatio pecuniae, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. II, p. 31 ss. ; v. également sur une question fort peu étudiée l'excellent article de J. TURLAN, L'obligation « ex voto », dans *RHD*, 1955, p. 504 ss. Sur le sens que l'on peut donner au SILENCE, V. DONATUTI, Il silenzio come manifestazione di volontà, dans *Studi Bonfante*, t. IV, p. 461 ss., et J. de MALAFOSSE, Remarques sur le rôle de la volonté au Bas-Empire et à Byzance, *Mélanges Bizoukidès*, Thessalonique, 1960, p. 352 ss. Sur l'interprétation de la volonté interne, VOCCI, *La dottrina romana del contratto*, Milan, 1946, p. 300 ss. ; *contra* VAN OVEN, D., 2, 14, 1, 3 : Quid dixit, quid sensit Pedius ?, dans *Iura*, 1953, p. 114 ss.

DOL ET VIOLENCE

Pour le DROIT ROMAIN, voir *infra*, n° 372.

Pour l'ANCIEN DROIT, sur la « force » et la « tricherie », les textes essentiels sont dans BEAUMANOIR, nos 1029-1037, et *Jostice et Plet*, III, 4, étudiés par Edm. MEYNIAL, Note sur l'histoire du dol et de la violence, dans *Mél. Fournier*, 1929, p. 527-549. La tricherie (*barat*) est un mensonge contraire à la bonne foi ; elle peut consister en choses fort diverses : donner des deniers au juge, tromper sur le poids, vendre la chose d'autrui, payer le salaire d'une mauvaise action. Force et tricherie sont des délits (« Entre tricherie et larcin il y a peu de différence ») : la preuve est faite par bataille et le coupable peut être condamné (parfois à mort). L'action est donnée dans l'an et jour (ce qui est le délai de la saisine). L'idée de nullité est cependant très vivace : contre *Jostice et Plet* qui accorde une restitution, on peut citer le proverbe : « N'i vaut noiant barat » (MORAWSKI, n° 1394).

Le glossaire de Reichenau (Paul MEYER, *Rec. anciens textes*, I, 1877, p. 18) explique *callidior per vitiosor*. Le mot dol paraît s'être conservé surtout à l'occasion des serments de vassalité et il est lié à la foi promise : MARCULE, p. 55 ; BORETIUS, II, 100, 168 ; Lettre de FULBERT DE CHARTRES de 1020. L'étude du dol se précise chez HUGUCCIO qui paraît bien avoir précédé ACCURSE ; les canonistes traiteront en même temps, de la *contumacia*, défaut dolosif d'un plaideur (cf. l'étude, assez mince, de F. DELLA ROCCA, 1943, spéc. p. 31). Mais le dol est très compréhensif ; on le rapproche de l'erreur (qu'il provoque), de la lésion (qui l'implique), de la fraude, de la faute : G. FRANSEN, Le dol dans la conclusion des actes juridiques, dans *Ephem. théol. Lovan.*, XXI, 1944-45, p. 61-96 et *Le dol dans... les actes*, 1945 ; LEMOSSE v° *dolus*, *Dict. droit canonique*, IV, col. 1357 ; Pierre BONASSIES, thèse (dactyl.), 1955.

Quant au stellionat, c'est « cette espèce de dol » dont use celui qui cède ou engage « deux fois la même chose » (DOMAT, XVIII, 3, 5).

Dès le XIII^e siècle la violence est fréquemment invoquée devant le Parlement (six décisions dans le premier tome des *Olim*). Les canonistes étudient

surtout la violence à l'occasion du serment : GRATIEN, c. 15, qu. 6, c. 2 indique que le serment ne peut pas devenir « un lien d'iniquité ». Les Décrétales adoptent le droit romain (X, I, 40) : cf. O. GIACCHI, *La violenza nei negoziio giuridico canonico*, 1937.

On pourrait étudier les vicissitudes de la jurisprudence relative à la violence et les mettre en rapport avec les événements contemporains : vers 1450, le vice de violence est facilement admis (Guy PAPE, quest. 253) ; il l'est plus difficilement à l'époque des guerres de Religion ; vers 1600 cette rigueur se relâche. D'autre part, il est frappant de constater combien au XVIII^e siècle on reste fidèle à la tradition coutumière ; DOMAT parle de force et confond par là même violence et force majeure.

Sur la nullité, G. ZANI, *L'evoluzione... dell'odierno sistema dei vizi del volere*, dans *Riv. ital. per le sc. giur.*, 1927, p. 335 et 487. Sur la simulation, GIOV. PUGLIESE, dans *Storia di diritto romano... da Maria Rotondi*, XIII, 1938.

SUR LA FRAUDE, outre l'article de COING, *Simulatio und fraus* (dans BAR-TOLE et BALDE), *Festschrift Koschaker*, III, 1939, p. 402, on peut consulter la bonne introduction à la thèse de J. VIDAL, *Théorie générale de la fraude*, 1957.

Tandis que les glossateurs étudient la *fraus legis*, les Bartolistes s'emploient à distinguer l'acte simulé (qui est fictif) et l'acte frauduleux (qu'ils assimilent à l'acte dolosif) et aussi à classer les diverses fraudes. Dans l'ancien droit la fraude a souvent pour but d'éviter le payement des droits seigneuriaux (cf. aujourd'hui les fraudes à l'enregistrement). La *fraude normande* a pour but d'éviter le jeu du retrait lignager (FALETTI, *Le retrait lignager en droit coutumier français*, 1923, p. 194).

La formule, aujourd'hui encore d'usage courant, « la fraude étant toujours réservée », est employée par CUJAS : elle signifie que ce qui est fait *in fraudem legis et hominis* est toujours nul *ipso jure*.

ERREUR

L'erreur sur la quantité peut entraîner la nullité du contrat à raison de ses conditions de forme. Dans la stipulation, la congruence de l'interrogation et de la réponse est exigée. Avec l'assouplissement des solennités, on admettra la validité de la convention à concurrence de la quantité la moins importante (D., 45, 1, 1, 4) conformément à la solution retenue pour les contrats de bonne foi (D., 19, 2, 52). On admet en matière de *stipulatio* les mêmes effets de l'erreur que dans les autres contrats, v. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milan, 1937, p. 263, qui reste l'ouvrage de base ; c. r. de LAURIA, dans *SDHI*, 1941, p. 208 et de FLUME, *Festschrift Schulz*, t. I, p. 209. L'auteur admet des interpolations un peu trop systématiques. S'il est vrai que la théorie de l'erreur n'a connu son plein développement qu'avec le droit byzantin, il serait exagéré d'attribuer aux juristes du Bas-Empire le monopole du consensualisme. VOCI, pour atténuer l'objection, invoque une influence aristotélicienne qui, selon lui, n'aurait pu se produire que sur le droit de JUSTINIEN (p. 269 ss.). V. EHRHARD, *Errantis nulla voluntas*, dans *ZSS*, 1938, p. 167 ss. ; KADEN, *Die Lehre von Vertragsschluss und die Regel non*

videntur qui errant consentire, dans *Festschrift Koschaker*, t. I, p. 334 ; FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster, 1948 ; Irrtum und Rechtsgeschäft in röm. Recht, dans *Festschrift Schulz*, t. I, p. 209, et sur l'erreur in *substantia* en matière de vente : IMPALLOMENE, *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*, dans *SDHI*, 1955, p. 157 ss. V. également J. G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, *Forschungen zum römischen Recht*, Cologne-Graz, 1961, et V. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, *Fondazione Guglielmo Castelli*, Milan, 1961, et deux opinions récentes et différentes de T. MAYER-MALY et de F. WIEACKER, *Mélanges Meylan*, II, 1963.

ERREUR DE DROIT. — Le problème que pose l'erreur de droit dans la conclusion du contrat se retrouve à l'occasion de la répétition de l'indu (*condictio indebiti*) ou de l'*exceptio* opposée à la demande d'exécution (v. n° 295). L'absence de théorie générale ne permet pas de proposer une solution certaine, les contradictions relevées entre les textes (D., 22, 6, 7 et 36, 4, 1, pr.) semblent fonction de cas d'espèce qui n'auraient pas été reproduits par les compilateurs (GIRARD, p. 657, n. 6). Rejetée, en principe, l'erreur de droit est cependant retenue si elle émane de personnes dont l'ignorance est excusable : mineurs, femmes, militaires, paysans ; v. la recension des textes faite par BIONDI, p. 201, n. 57 et la bibliographie, p. 202, n. 58.

LÉSION

DROIT ROMAIN. — R. W. M. DIAS, *Laesio enormis* ; *The Roman-Dutch Story*, *Studies in the Roman Law of Sale*, 1959, p. 46 ss. ; K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, *Iura*, 1961, p. 40 ss. Une constitution du Haut-Empire (C., 3, 38, 3, de l'an 290 ; *Consult.*, 2, 6) semble faire une place à la lésion à côté des autres vices du consentement. Aucune quotité n'est cependant indiquée, ce qui rend peu probable l'intervention du magistrat pour ce motif. Ces textes n'en dénotent pas moins une tendance. Sur les origines de la lésion en matière de vente on constate des précédents dès le début du Bas-Empire. L'empereur DIOCLETIEN admet la rescision pour vil prix ou état de nécessité (C., 4, 44, 12). Cf. l'édit du Maximum de 301 qui fixe le prix des marchandises, et s'explique par la rareté du numéraire, phénomène endémique sous l'Empire (v. ELLUL, I, p. 509 ss.). V. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, dans *BIDR*, 1921, p. 54 ss. ; BALOG, *Adaptation of law to economic conditions according to roman Law*, dans *Atti congresso Verona*, t. II, p. 342 ss. En revanche CONSTANTIN semble peu intéressé par ce problème, v. Cl. DUPONT, *La vente dans les constitutions de Constantin*, dans *RIDA*, 1955, p. 251 ss.

ANCIEN DROIT. — La lésion est mentionnée par la *Summa Perusina*, œuvre étrange des VII^e-VIII^e siècles qui marque bien la dégénérescence du droit de Justinien (cf. BESTA, *Il contenuto... della S. P.*, dans *Atti Acc. Palermo*, 1908). Le droit savant paraît triompher devant le Parlement de Paris (*Olim*, III, p. 1179, p. 1370). Le *Stylus Curie* (19, 10) et le *Grand Coutumier* (p. 491) excluent la lésion pour les meubles et exigent des lettres de chancellerie.

Les renonciations apparaissent de bonne heure notamment en Rouergue : en 1196 donation de la plus-value (*mais valenza*, BRUNEL, *Chartes provençales*, t. I, 1926, n° 300) ; cette pratique explique les discussions des glossateurs (en apparence incompréhensibles) sur l'application de la lésion aux donations. Cf. encore BEAUMANOIR, n° 1094.

Outre les articles anciens (et excellents) de MEYNIAL dans *Mélanges P.-F. Girard*, t. II, 1912, p. 201-224 et dans *Studi Scialoja*, t. II, 1905, p. 339, la thèse (utile) de Marcel MEMIN, 1926, R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937 ; E. GENZMER, *Rapport au Congrès de Droit comparé*, 1937, et surtout SCHEUER, dans *Z. f. Vergl. Rechtswissenschaft*, t. 47, 1932, et LEICHT, *Laesio enormis et justum pretium*, *Studi Calisse*, 1940, et *Scritti vari*, II², p. 393. Mêmes problèmes en Pologne au M. A. : R. TAUBENSCHLAG, dans *Studi Albertoni*, 1938, III, p. 159. Sur le droit intermédiaire : Fr. BOULANGER, *Travaux et rech. de la Fac... de Paris*, 1966, p. 53-94.

SECTION II. — La représentation

[118] Le consentement nécessaire à la formation du contrat émane directement des intéressés, mais par nécessité (incapacité de fait), ou pour des raisons de commodité, les contractants peuvent se faire remplacer par des tiers. Il y a représentation quand une personne, le représentant, agit au nom d'une partie intéressée au contrat : le représenté. En droit moderne, la représentation est parfaite : une fois le contrat conclu par le représentant celui-ci s'efface devant le représenté sur la tête duquel les effets de l'acte juridique se produisent directement. Solution commode et conforme au but de l'opération mais difficile à expliquer techniquement.

[119] ANCIEN DROIT ROMAIN. *Non-représentation*. — L'ancien droit romain est hostile à toute représentation. Le formalisme des actes juridiques implique un tel rejet ; le rituel — gestes ou paroles — ne produit d'effets qu'à l'égard de celui qui l'accomplit. En outre, l'obligation est considérée comme un lien essentiellement personnel, propre à celui qui a conclu le contrat. L'absence de représentation s'explique enfin par la simplicité des actes juridiques (JHERING). Les Romains ne tiennent compte que des personnes qui participent réellement à l'acte et manifestent peu de goût pour les fictions. Si le rejet de la représentation est conforme à la réalité technique, il n'en est pas moins inconciliable avec les nécessités de la pratique. Celles-ci ont obligé les

juristes à atténuer, dès la fin de l'ancien droit, la non-représentation et à lui substituer à l'époque classique diverses formes de *représentation imparfaite*, voire même *parfaite*.

[120] *Représentation imparfaite*. — Dans le système primitif de la représentation imparfaite, les effets de l'acte juridique se produisent en la personne du représentant, à charge pour ce dernier de les transférer au représenté. Ce résultat a été obtenu grâce à des actions spéciales accordées par le prêteur qui a ainsi tenu compte des besoins de la pratique sans pour autant faire abstraction de la personne du représentant. Cette première amélioration n'en est pas moins rudimentaire, le risque d'insolvabilité de l'intermédiaire s'ajoute aux complications du transfert.

La composition de la famille romaine permet la réalisation de nouveaux progrès. Esclaves et *alieni juris* agissent tous dans l'intérêt du *pater*, ils peuvent rendre sa condition meilleure. L'esclave n'ayant pas de personnalité juridique, l'*alieni juris* ne l'ayant qu'incomplète, le *pater* deviendra directement créancier (GAIUS, 2, 86-87). Si les effets sont les mêmes, il n'y a pas là, à proprement parler, représentation parfaite. L'esclave est censé prolonger la personnalité de son maître qui devient créancier à son insu, voire même contre son gré.

Avec la complexité croissante des opérations juridiques, il est apparu qu'une opération, pour profitable qu'elle fût, impliquait rarement des droits sans contrepartie. Dans le contrat synallagmatique, chaque participant est à la fois créancier et débiteur. Pour permettre au *pater* de profiter de tels contrats, le prêteur, dans la formule qu'il rédige à l'intention du juge, mentionne le rôle du représentant tout en demandant de considérer le représenté comme obligé. Selon les cas, la responsabilité du *pater* est intégrale (*actio quod jussu, exercitoria, institoria*) ou limitée soit à son enrichissement, soit au montant du pécule constitué à son représentant (*a. de peculio* et *de in rem verso*). La représentation n'est pas absolument parfaite, car le représentant est également lié en fonction de sa propre capacité : l'esclave par une obligation naturelle, l'*alieni juris* par une obligation civile.

Les *nécessités techniques* ont également poussé le prêteur à

faire jouer la représentation en faveur des incapables de fait. Comme dans la famille, la solution se trouve facilitée par l'existence, lors de la conclusion du contrat, d'une seule volonté. Mais alors que dans le cas précédent, on ne tient pas compte de la volonté du représentant, seule la sienne compte ici. La représentation ne joue pas automatiquement et il faudra transférer sur la tête du représenté les effets des contrats conclus pendant l'incapacité par le représentant. C'est ce qui se fera lors de la reddition de comptes à la fin de la tutelle ou de la curatelle.

[121] *Vers la représentation parfaite.* — Dans la pratique, cependant, on s'oriente peu à peu vers une représentation parfaite. Pour des raisons analogues, la même solution sera admise pour les administrateurs généraux : intendants, représentants des cités et des sociétés de publicains. Ici encore il n'y a qu'une volonté, celle du représenté fait défaut.

En revanche, quand il y a coexistence des volontés du représenté et du représentant, les Romains répugnent à substituer l'une à l'autre. Les *besoins du commerce* incitent cependant le prêteur à admettre une représentation imparfaite et occasionnellement parfaite. Il le fait progressivement en transposant les moyens de procédure qu'il a créés pour permettre au *pater* de devenir débiteur. Soucieux de protéger le tiers co-contractant tout en renforçant le crédit du représenté, le droit romain admet une représentation quasi parfaite quand le représenté est débiteur. Le tiers dispose alors de deux obligés : représenté et représentant, ce qui réalise une sorte de cautionnement. Dès le Haut-Empire, la représentation parfaite est admise, notamment lorsque le représenté est créancier et que l'intermédiaire devient insolvable. Ce dernier ne peut alors agir en paiement, les effets de la représentation jouent en faveur du représenté grâce à *une action utile* : D., 46, 5, 5 (v. également les solutions de PAPINIEN : D., 14, 3, 19 ; 19, 1, 13, 25). Enfin, on a admis très tôt l'effet libératoire du paiement effectué par un tiers.

On le voit, si la représentation se généralise et se perfectionne à l'époque classique, la représentation parfaite ne joue que de façon fragmentaire. La seule application importante est constituée par le contrat de prêt de consommation (D., 45, 1,

126, 2), encore n'est-elle qu'une conséquence de la technique du transfert de la possession. Le contrat réel de prêt se forme par le transfert de possession de la chose prêtée. Or l'acquisition ou l'aliénation de la possession peut se faire par l'intermédiaire d'autrui. On peut donc emprunter ou prêter à l'aide d'un représentant, les effets du contrat se produisent en la personne du représenté.

On aurait pu croire qu'au Bas-Empire, dans les compilations de JUSTINIEN surtout, les juristes allaient généraliser l'emploi de la représentation parfaite, or il n'en a rien été. La représentation imparfaite demeure la règle, et quelques aménagements sont apportés dans son application sur des points de détail.

[122] L'ANCIEN DROIT. L'ADMISSION DE LA REPRÉSENTATION. — Dans le droit franc, comme pour l'ancien droit romain, le caractère solennel des contrats ne permettait pas l'usage de la représentation. La pratique de l'écrit rend au contraire, la représentation possible, en même temps que les pratiques du commerce en font une nécessité.

On distingue mal le messenger (*nuncius*) du mandataire ou du procurateur. On trouve au moins dès le XII^e siècle dans le Midi le bayle (*bajulus*) qui gère les biens d'autrui, d'une communauté comme d'un mineur. Beaumanoir marque bien néanmoins (n^{os} 808-812, 1038) les incertitudes de la pratique : si le représentant prétend retenir le marché pour lui-même, le représenté peut « à son choix » le réclamer car on se peut « bien aider » de « convenance faite à autrui » : c'est exprimer que la représentation est imparfaite et que le représentant est seulement obligé par la bonne foi à céder le marché à son mandant. Les coutumes et les statuts italiens, infléchis par les pratiques commerciales, feront pareillement appel à l'équité ou à l'évidente utilité.

Certains glossateurs (MARTINUS) imaginent de donner au mandant une action utile ; mais l'idée d'une représentation parfaite n'est pleinement admise que dans le Sexte (5, 12, 68 et 72) : on peut agir *per alium*, comme *per se ipsum* et *qui facit per alium est proinde acsi faciat per se ipsum*. Dans le clan des romanistes, BARTOLE devait admettre le même principe.

Après le xv^e siècle, l'idée passe dans la pratique. LOYSEL dira : « Assez fait qui fait faire » (n^o 357). L'autonomie de la volonté impliquait la pleine liberté de la représentation et celle-ci est admise sans difficulté par DOMAT (1, 15) et par POTHIER.

La représentation en justice faisait une difficulté particulière ; les coutumes l'interdisaient en principe ; le Parlement de Paris admettait la représentation du défendeur mais imposait au demandeur d'obtenir des lettres de grâce. Celles-ci, qui n'étaient pas exigées dans le Midi, tombent en désuétude au xv^e siècle. La règle : « Nul ne plaide en France par procureur » en vient seulement à signifier que le nom des plaideurs (et non le nom de leurs procureurs) doit, comme aujourd'hui, seul figurer dans la procédure.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN. — V. G. PUGLIESE, In tema di « actio exercitoria », dans *Labeo*, 1957, p. 308 ss., et dans *Studi in onore di Francesco Messineo*, 1959, p. 287 ss. L'exigence d'un *jussum* adressé par le *pater* au tiers contractant s'inscrit dans le cadre de la lutte générale entreprise au Bas-Empire contre les abus des *potentes* : G. et M. SAUTEL, Note sur l'action « quod jussu » et ses destinées post-classiques, *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, 1959, p. 257 ss. Il convient de bien distinguer la représentation de situations analogues et notamment de la transmission de la volonté de l'une des parties par messenger (*nuncius*). V. sur ce point BIONDI, p. 179. Pour la bibliographie v. KASER, I, p. 225 ss. et 505 ss. ; II, p. 66 ss.

ANCIEN DROIT. — On a fait, pour l'époque franque, grand état de l'institution du Salmann (*Loi salique*, t. 46 ; G. B. CORGNALI, *Sal, salmann, sellen*, 1942), sorte de fidéicommissaire qui doit assurer la transmission d'une succession (Rob. CAILLEMER, *L'exécution testamentaire*, 1901, p. 124) et serait devenu par la suite une sorte de mandataire, chargé de remettre à un tiers le bien qu'il aurait acquis : mais l'institution est demeurée très exceptionnelle au moins en France et, au surplus, elle ne concernait pas les contrats. On doit mentionner cependant quelques exemples (*Formulae Andegav.*, 48, 51 ; *Lex romana Curiensis*, IV, 35) qui paraissent bien constituer des mandats.

Pour la représentation judiciaire, les principes de la procédure romaine furent facilement admis par les officialités : celles-ci exigeaient du procureur du défendeur une *cautio judicatum solvi* et du procureur du demandeur une *cautio de rato* dont on pouvait cependant être dispensé si le mandat était incontestable, donné par exemple, devant les juges (Guill. DURAND, *Speculum* II, 1, 3) ou résultant d'un *instrumentum de rato*, promesse écrite de ratification du mandant (X, II, 7, 6). BEAUMANOIR (n^o 161) indique que les cours

laies n'avaient pas les mêmes exigences : la justice impose au mandant de tenir pour fait « ce qui est fait par le procureur ». Suivant le *Style des commissaires* (éd. GUILHIERMOZ, p. 239), le Parlement imposait aux procureurs de produire une procuration scellée d'un sceau authentique.

Cf. ce qui est dit n° 285 à propos du mandat.

SECTION III. — L'objet

I. — DROIT ROMAIN

[123] L'objet est le second élément essentiel du contrat : c'est le *debitum*, la prestation à effectuer. Il consiste soit à *dare* (transférer la propriété) soit à *facere* ou *praestare* (exécuter une prestation quelconque). Pour être valable, le contrat doit avoir un objet présentant trois qualités dégagées dès l'époque classique. Il doit être *déterminé*, *possible*, et *présenter un intérêt pour le créancier*.

1° *Déterminé* ou tout au moins déterminable grâce aux clauses du contrat. Si les parties peuvent prévoir qu'un tiers précisera ultérieurement la prestation (fixation du prix de vente par exemple), elles ne sauraient réserver à l'une d'entre elles pareille latitude (D., 18, 1, 35, 1) ;

2° L'objet doit exister matériellement ou juridiquement. Il peut ne pas exister encore (récolte future, résultat d'un coup de filet) et on parle alors de contrat aléatoire. La prestation n'est *matériellement* impossible que dans le cas d'un objet n'existant plus lors de l'accord de volontés : vente d'un animal mort ; ou ne pouvant exister : hippocentaure. Mais l'inexistence de l'objet peut être *juridique* : biens hors du commerce, par exemple. Au Bas-Empire, époque de dirigisme, la vente de certains biens est réglementée voire interdite par suite d'impératifs politiques ou économiques (limitation des importations, monopoles de l'Etat).

Enfin l'objet est parfois légalement inexistant pour des raisons d'ordre public ou de morale. La promesse de commettre un délit est nulle de même en principe que les pactes sur succession future qui impliquent un *votum mortis* (C., 8, 38, 4 ; avec une exception sous JUSTINIEN : 2, 3, 30). Les pactes relatifs aux

jeux d'exercice physique ou d'adresse ont un objet licite (D., 11, 5, 2, 1 et 5, 3 ; cf. C. C., art. 1966). Dans l'Empire byzantin, JUSTINIEN doit réagir contre la vogue que connaissent les paris, il n'autorise que cinq jeux de hasard en limitant les enjeux et condamne spécialement les jeux des petits chevaux auxquels s'adonnaient ses contemporains passionnés par l'hippodrome (C., 3, 43, 1-2).

3^o Pas d'intérêt, pas d'action pour le créancier. Mais l'intérêt est largement entendu, il n'a pas forcément un caractère pécuniaire et peut être moral. Une telle idée semble n'avoir été admise sans réserve qu'à la suite des remaniements des textes classiques opérés par les compilateurs de JUSTINIEN (D., 17, 1, 54, pr., *ip.*).

La nécessité pour le créancier d'avoir un intérêt au contrat a pour effet d'interdire les *stipulations et promesses pour autrui*. Le tiers, c'est-à-dire celui qui, tout en étant l'ayant cause des parties, ne participe pas au contrat, ne peut en bénéficier ou en supporter la charge. Les conventions ne produisent d'effets qu'entre ceux qui sont parties au contrat.

[124] *Nullité des stipulations pour autrui*. — Le terme stipulation doit être entendu dans le sens général de contrat conclu en tant que créancier, conformément à la très large acception de ce mot. Cependant, c'est dans les contrats solennels, et tout particulièrement dans la stipulation *stricto sensu*, que la nullité se justifie le plus aisément. Seules les personnes qui participent au rituel sont liées entre elles. La stipulation pour autrui est nulle tant à l'égard du stipulant pour défaut d'intérêt, qu'à l'égard du tiers bénéficiaire. Ce dernier a d'abord été protégé à l'aide de palliatifs qui se sont transformés en exception ouverte au principe quand le bénéficiaire était particulièrement digne d'intérêt. Au milieu du Haut-Empire, GAIUS (I, 3, 103 a) signale la présence à côté du stipulant principal d'un stipulant accessoire : l'*adstipulator*. Ce personnage est tenu envers le bénéficiaire par l'action de mandat et doit lui transmettre ce qu'il a obtenu du débiteur contre qui il a le droit d'agir. Habituellement, l'*adstipulator* agira à la mort du stipulant principal et l'on réalisera ainsi une opération analogue à notre assurance sur la vie. Mais ce procédé nécessite l'intervention d'un professionnel,

et c'est pourquoi il disparaît au Bas-Empire au profit d'une technique plus simple et plus complète qui remonte elle aussi à l'époque classique. La prohibition légale est tournée grâce à l'insertion dans la stipulation pour autrui de la clause « lorsque je mourrai (*cum moriar*) », ce qui peut constituer une assurance sur la vie d'application plus restreinte que la précédente. Ce procédé permet en effet de faire profiter de la stipulation les héritiers du stipulant, bénéficiaires habituels de ce genre d'opérations.

En 531, JUSTINIEN tirera les conclusions des pratiques antérieures en autorisant directement la stipulation au profit des héritiers (C., 4, 11, 1). Outre les palliatifs signalés, dès l'époque classique, il existe quelques exceptions directes au principe mais d'application limitée. La donation avec charge (*sub modo*) permet de faire bénéficier un tiers d'une prestation exécutée par le donataire. Bien que la solution soit encore controversée sous le Haut-Empire, on tend à admettre que lors de la constitution d'une dot on peut stipuler la restitution de celle-ci à un tiers (D., 24, 3, 45). Enfin, si un bien a été déposé chez quelqu'un, celui-ci peut le déposer à son tour chez une autre personne en stipulant de sa part la rétrocession au déposant primitif (C., 3, 42, 8). Les compilateurs de JUSTINIEN n'ont fait qu'étendre une telle solution à d'autres contrats par voie d'interpolation (Prêt : C., 3, 42, 8 ; Gage : D., 13, 7, 13, pr.).

Il était relativement plus facile pour le stipulant de se prémunir contre la nullité des stipulations pour autrui. Le contrat n'est valable que s'il présente pour le créancier un intérêt, mais celui-ci peut être pécuniaire ou moral, du moins dans les compilations de JUSTINIEN et le stipulant n'aura qu'à justifier d'un intérêt d'affection envers le bénéficiaire. A l'époque classique, divers procédés pallient le rejet du simple intérêt moral. Tel est le cas de la *stipulation de peine* jointe à la stipulation pour autrui. En cas de non-exécution de la prestation en faveur du tiers bénéficiaire, le débiteur devra verser une indemnité au stipulant, il n'a donc aucun intérêt à invoquer la nullité de la stipulation pour autrui. La *stipulation alternative*, qui implique un paiement fait au stipulant ou au bénéficiaire,

repose également sur l'intérêt qu'a le promettant à ne pas invoquer la prohibition légale. Le débiteur tenu envers le stipulant ne l'est pas envers le tiers bénéficiaire, mais ce dernier résidera par exemple dans la même ville que lui, ce qui facilitera l'opération. De tels procédés sont de nature à permettre les règlements de place à place. A l'époque classique, enfin, on tiendra compte, pour valider la stipulation pour autrui à l'égard du stipulant, de l'intérêt pécuniaire même indirect que celui-ci peut avoir à l'exécution du contrat. Tel sera le cas des actes de sous-location ou de sous-entreprise de travaux (D., 45, 1, 38, 21).

[125] NULLITÉ DES PROMESSES POUR AUTRUI. — Logiquement les dérogations semblent ici plus difficiles à admettre, le consentement du débiteur étant plus important que celui du créancier; aussi n'a-t-on pu tourner la prohibition que lentement et en transposant le plus souvent les techniques utilisées afin de valider les stipulations pour autrui. Le procédé le plus connu, sinon le plus original, est celui qui a donné naissance à la moderne promesse de *porte-fort*. Le débiteur, au lieu de promettre le fait d'autrui, s'engage à faire en sorte que le tiers s'exécute. L'activité du débiteur, et non celle d'un tiers, étant l'objet du contrat, celui-ci est valable. Un autre procédé consiste en une transposition de la *stipulation de peine* : on adjoint à la promesse principale pour autrui une promesse de peine. Le débiteur est lié par la seconde promesse qu'il devra tenir si le tiers ne s'exécute pas. Toutes ces techniques permettent au créancier d'obtenir satisfaction sans que le tiers soit lié pour autant. Pour l'obliger, il fallait déroger de façon plus précise au principe, et c'est ce que les Romains ont fait, dans certains cas, dès l'époque classique. Grâce à la clause *cum moriar*, le promettant engage son héritier de la même façon qu'il le fait profiter de ses stipulations. Là encore JUSTINIEN consacrera la pratique en validant les promesses faites au lieu et place des héritiers. En dépit des dérogations apportées au principe de la nullité des stipulations et promesses pour autrui, celui-ci demeure. S'il a l'inconvénient de ne pas tenir suffisamment compte de la volonté des contractants, il présente l'avantage de bien mettre en relief la règle fondamentale de l'*effet relatif des contrats*. C'est ce qui explique,

sans doute, autant qu'un traditionalisme excessif, le maintien du principe de nullité jusque dans notre Code civil (art. 1119), en dépit du triomphe du consensualisme.

II. — ANCIEN DROIT

[126] LE PROBLÈME DE L'ILLICITE. — Il est bien connu que notre Code civil confond, après POTHIER (n° 53), l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. Le tribun FAVARD indiquait que les articles 1126-1130 exprimaient des « vérités éternelles », mais nos anciens auteurs s'en étaient fort peu souciés. BEAUMANOIR (n° 1058) donne quelques indications sans grande portée sur le cas où la chose promise « n'est pas et ne peut être ». On peut trouver chez les canonistes, à propos de la nullité du mariage pour impuissance des réflexions sur les obligations impossibles. Le proverbe : « A l'impossible nul n'est tenu » (qui est la traduction de D., 50, 17, 185) ou encore « Qui ne peut ne peut » (MORAWSKI, n° 2039) résume tous les textes romains.

Mais l'objet a été l'occasion de cerner le problème de l'illécite (cf. n° 86).

BEAUMANOIR indique que les « convenances » ne sont pas à tenir si elles sont faites par « mauvaises causes » ou « contre droit » (nos 999-1025) ; il en est de même du serment qui est fait « contre Dieu ou contre bonnes mœurs » ; nul ne doit faire « vilain fait pour sauver son fol serment ». De même les promesses ou les dons ne sont pas à tenir s'ils sont faits contre le commun profit (n° 1969). Cette mention du commun profit marque bien l'influence scolastique, sans qu'elle ait d'ailleurs une très grande portée : les contrats servent normalement non l'utilité commune, mais les intérêts particuliers. En tout cas, comme les coutumes, les convenances doivent être rapportées à des règles supérieures que nous appelons aujourd'hui ordre public ou bonnes mœurs (cf. n° 86) ; et de même que le roi doit abolir les mauvaises coutumes, les juges ne doivent tenir aucun compte des contrats faits par « mauvaises causes » (ce qui vise aussi bien le but des parties, la cause proprement dite, que l'objet de la convention).

Les canonistes vont rapporter les spéculations des théolo-

giens aux difficultés pratiques sans parvenir d'ailleurs à des notions bien précises : à propos des renonciations et de l'usure, par exemple. Avec eux la théorie de l'objet perd toute technicité ; il n'apparaît plus que comme une justification morale du contrat.

[127] RETOUR AUX RÈGLES ROMAINES. — Les Bartolistes vont, au contraire, rattacher à l'objet quelques solutions d'espèce et ce procédé d'exposition sera conservé jusqu'au XVIII^e siècle :

1^o L'objet peut consister en un *dare* ou en un *facere* mais POTHIER reste fidèle (n^o 138) à la tradition romaine en admettant que l'intérêt du créancier doit être pécuniaire et pas seulement moral ;

2^o « Les conventions où l'on met dans le commerce ce qui n'y entre point » sont nulles (DOMAT, II, 1, 5 ; cf. art. 1128) ;

3^o L'objet doit être déterminé (ou déterminable, par exemple le dommage subi en telle occasion, POTHIER, n^o 131) ; mais il peut s'agir d'une chose future. On paraît mal distinguer d'ailleurs la condition incertaine (au cas d'assurance) du contrat qui n'a pour cause que l'incertitude de l'événement (le pari ou le jeu « ce ministre aveugle et forcené du hasard » d'après PORTALIS). Les pactes sur succession future et notamment les renonciations des filles dotées sont admis et ils sont même l'une des pièces essentielles du système successoral (cf. t. III).

POTHIER n'indique plus que l'objet doive être licite (n^o 43) : c'est par le moyen du but poursuivi que la moralité sera sauvegardée dans le contrat (cf. art. 1131, C. civ.).

[128] LA STIPULATION POUR AUTRUI. — Le droit romain avait admis que le stipulant avait une action pour obliger le promettant à s'exécuter ; au contraire, l'action du tiers n'avait été admise que très difficilement : si l'« inspiration de la pratique » est favorable à cette action, l'« esprit d'analyse juridique » lui est toujours hostile.

Le droit franc répugnait à l'analyse mais on a soutenu avec force qu'il admettait très largement les contrats en faveur des tiers : la chose paraît probable quand l'engagement résulte d'un écrit ; la clause à ordre est bien attestée dès le VII^e siècle par les formules. La question est plus douteuse pour le contrat verbal. On peut croire que le droit franc a réagi d'instinct

contre l'idée qu'un débiteur pourrait être obligé envers un autre que le stipulant : plus que le *debitum*, c'est l'*obligatio*, le lien personnel, qui est retenu à raison des solennités qui sont nécessaires à sa formation.

À l'époque féodale, peu de questions apparaissent aussi confuses ; on distingue mal la stipulation pour autrui du mandat et de la procuration comme de la cession d'actions. Tout au plus peut-on relever bien des réticences à admettre les solutions romaines. Le Midi méditerranéen avait gardé l'usage de l'acte écrit et celui-ci pouvait être un titre au porteur ou à ordre. Dans le Nord, BEAUMANOIR (n° 1038) traduit bien le sentiment populaire qu'on peut se prévaloir des promesses qui ont été faites « à autre personne qu'à soi » ; celui qui s'est engagé doit tenir sa promesse ; mais il peut subir un dommage car le bénéficiaire n'est pas tenu de l'indemniser (cf. cependant n° 1004).

Parmi les romanistes, l'accord était loin d'exister. L'un des quatre docteurs, connu par son goût de l'équité, MARTINUS, accordait au bénéficiaire de la stipulation une action utile (*Diss. dominorum*, éd. HAENEL, p. 427). Les Décrétistes — HUGUCCIO, en particulier — admettaient l'existence d'une obligation naturelle à laquelle le serment ou l'écrit donnaient une pleine efficacité. Quant aux Bartolistes, leur subtilité se donna ici libre cours. Ils admirèrent que la stipulation était valable si elle comportait à la fois les *verba obligationis* (me promets-tu de donner ?) et des *verba executionis* (de donner à un tel ?).

C'était inviter la pratique à user d'expédients de forme pour tourner la prohibition romaine (cf. spécialement Jean LE COQ, éd. Marg. BOULET, qu. 4, p. 6) mais aussi à multiplier les difficultés (DU MOULIN dira les *phantasia*) qui subsisteront jusqu'au XVIII^e siècle. POTHIER admet encore que le tiers doit être considéré comme un mandataire *adfectus solutionis gratia* (n° 57) et que l'obligation est valable si elle est faite au profit du stipulant en même temps qu'en faveur du tiers (n° 68). C'est la solution reprise par l'article 1121 du Code civil.

[129] PROMESSES POUR AUTRUI. — Il est courant à l'époque franque de promettre pour autrui ; il n'y a pas de procès où

n'interviennent des cautions judiciaires qui se portent fort de la comparution du débiteur ou de l'exécution du jugement. L'intervention de la caution devient d'ailleurs souvent plus morale que patrimoniale (cf. n° 315) ; elle s'oblige à obtenir l'exécution du débiteur plutôt qu'à exécuter elle-même et cette idée restera très vivace au moins jusqu'au XIII^e siècle.

Il faut un effort d'analyse pour distinguer celui qui promet ou se porte fort pour autrui d'une part d'un fidéjusseur, d'autre part d'un simple mandataire ou d'un gérant d'affaires.

Les glossateurs paraissent bien avoir posé nettement le principe qu'on ne peut être tenu que de ce que l'on a promis personnellement et c'est leur opinion que reproduit POTHIER (n° 74) et après lui l'article 1119 du C. civ.

La clause de porte-fort resta pourtant d'usage courant, spécialement dans le Midi ; elle est interprétée comme une promesse personnelle de faire faire ou de faire donner et elle oblige à la garantie et aux dommages-intérêts (CATELAN, 5, 7 ; SERRES, III, 20).

ÉTAT DES QUESTIONS

L'OBJET

POUR LE DROIT ROMAIN. — GROSSO, *Obligazioni, contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, 2^e éd., Turin, 1955 ; c. r. de KRELLER, dans *Iura*, 1956, p. 232 ss. Sur l'impossibilité d'exécuter la prestation, v. DU MÊME AUTEUR, « Die impossibilis » e impossibilità della prestazione, dans *Labeo*, 1955, p. 293 ss.

Sur la stipulation pour autrui, v. la bibliographie ancienne dans MONIER, p. 96 ss., et KASER, I, p. 413 et la bonne thèse de Jean COUDERT, Nancy, 1957.

Sur la stipulation de peine, v. P. FREZZA, *La clausola penale*, *Studi in onore di Lorenzo Mossa*, Padoue, 1960, p. 3.

Dans l'ANCIEN DROIT, on discute si, comme la loi ou la coutume, l'accord de volonté ne peut aller contre la raison, la loi naturelle ou les bonnes mœurs : cf. WEHRLE, *La coutume dans le droit canonique*, 1928, p. 111 ; OLIVIER-MARTIN, *Le roi de France et les mauvaises coutumes*, dans *ZSS*, 1938, p. 108. C'est à propos des renonciations que les glossateurs et les canonistes examineront la portée des règles de droit (cf. n° 87).

Le *Viagium* que nous appelons bail à nourriture est couramment pratiqué pendant tout le moyen âge. Les canonistes vont se demander si l'on peut acheter une rente viagère : on l'admet mais la rente ne peut être établie qu'en faveur de celui qui l'achète ; cependant l'assurance sur la vie est pratiquée

en Italie (BALDE, *Cons.*, V, 29) ; elle sera toujours condamnée en France comme impliquant un *voluntatis mortis* : cf. Ord., 1681.

Quant à l'ASSURANCE DE DOMMAGES elle est pratiquée dès le XII^e siècle : à Narbonne assurance mutuelle contre les représailles (P. MASSON, L'origine des assurances maritimes dans *Bull. comité T. H.*, 1921-22) ; pour les marchands *securitas* contre les risques du transport (BOGNETTI, *Storia del passaporto...*, 1933) ; dès le XIV^e siècle la compagnie de Marco da Prato est spécialisée dans l'assurance (cf. le livre de BENZA, 1928, FANFANI, 1933, PONTI, 1941, A. SCIALOJA, dans *Studi Scorza*, 1940, et *Dir. della Navigazione*, 1943 ; G. STEFANI, *L'assicurazione a Venezia*, Bologne, 2 vol., 1956). Pour la France la question est assez mal connue : cf. pour Marseille, E. BARATIER et F. REYNAUD, *Hist. commerce Marseille*, 1951, p. 884 ; des compagnies existent au XVIII^e siècle et elles seront dissoutes en l'an II.

LE JEU fournissait l'occasion d'appliquer ces principes. Il est reconnu que les jeux « d'exercice » (*pro virtute certamen* dit AZON) sont licites ; de même le tric-trac ou jeu de tables ; le jeu d'échecs est un exercice honnête *meri ingenii* ; le jeu de loto (rifle) est considéré comme une *emptio spei*. Malgré la répugnance de l'Église (FARAL, *Vie quotidienne*, 1942, p. 204), les juristes leur sont favorables. Au contraire le jeu de dés, partout pratiqué, est interdit par les canonistes : AZON contredit par les statuts italiens admet la répétition des paiements.

LE PARI est pratiqué par tous et il paraît normal pour les marchands ; AZON n'accordait pas l'action, mais les Bartolistes y virent une *species sponsionis* sanctionnée par une action.

L'Ord. de Moulins (art. 59) sans approuver les jeux entre majeurs permet aux mineurs de répéter les sommes payées ; l'Ord. de 1629 (art. 138) reprend l'adage *Mutuum colludenti non valet*. Les Parlements interviennent sans cesse pour prohiber les jeux de hasard ; la répétition est refusée par Pothier car une obligation naturelle engage la conscience du joueur. Le pari reste licite (cf. le pari d'un curé et d'un paysan sur le montant de la dîme, CATELAN 5, 61). Le rapport PORTALIS (14 ventôse an XII) reprendra à peu près ces règles.

STIPULATION ET PROMESSE POUR AUTRUI

ANCIEN DROIT. — Les auteurs allemands ont spécialement étudié cette question en la liant à leur théorie du *debitum-obligatio* (cf. p. 76) et des titres au porteur. Les thèses de BRUNNER (spéc. dans *NRH*, 1886, p. 11-51 et 139-181, résumé dans VON SCHWERIN, § 49) ont été justement discutées par FREUNDT, *Werthpapiere*, t. II, 1910, p. 48, et du point de vue du diplomate, par STEINACKER, *Der Ursprung des traditio cartae*, *Fests. des Akad. in Wien*, 1914, p. 1. BRUNNER a rapporté des textes germaniques, flamands, français, italiens pour établir que les idées anciennes sur le défaut de représentation en justice avaient conduit à conférer au porteur un droit propre indépendant de celui du créancier primitif.

Sur les exigences du commerce, attestées par exemple par les statuts italiens favorables à la validité des stipulations pour autrui (Pise, art. 11, Vicence, art. 17, Florence, Bologne, Ferrare...) outre CARLI, *Il mercato nell'*

alto medioevo, 1934, et *Riv. stor. ital.*, VII, 1934, cf. PLANITZ, *Handelsverkehr und Kaufmannsrecht im frank. Recht*, dans *Festsch. G. Heymann*, 1940. Sur les théories des glossateurs : TRIFONE, *Studi in on. Besta*, t. I, Milan, 1939, p. 174 ; WESENBERG, *Festschrift Fritz Schulz*, t. II, Weimar, 1951, p. 260 ; J.-A. ARIAS-BONET, *AHDE*, 1964, p. 235.

La question est examinée dans la glose du décret, C. 1, qu. 7, c. 9 ; s'il s'agit d'un acte notarié, le notaire considéré comme un *servus publicus* peut acquérir pour un tiers (Sexte, 5, 5, 2). BARTOLE admet que le stipulant a toujours un intérêt et que le tiers est un *procurator ad recipiendum*. Au XVII^e siècle VOËT dira qu'il n'y a là que subtilité de romaniste.

Il est remarquable que le droit anglais tout en interdisant la stipulation pour autrui (sur le fondement de la théorie de la *considération*) ait fait appel à la théorie du *trust* sous-entendu et accordé au bénéficiaire une action contre la *trustee*. Le progrès fut accompli au nom de l'équité et il est lié à la sanction — à partir du XIV^e siècle — des trusts : cf. outre la thèse de EL HAITAMI, LEVY-ULLMANN, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation*, dans *Mém. Acad. intern., droit comparé*, I, 1932, p. 341 et M. A. BADRE, *Le développement des « Uses »*, 1932.

SECTION IV. — La cause

[130] Toute obligation a un objet, indiqué par la réponse à la question *quid debetur* ? Au contraire, il peut exister des obligations où la question *cur debetur* n'est pas même posée : ce sont les obligations que nous appelons sans cause ou abstraites, dans lesquelles le but même recherché n'est pas signalé. Un tel système est celui des législations plus soucieuses de la forme que du fond, et on conçoit qu'il puisse être fort dur pour le débiteur.

A l'inverse, on peut rechercher : 1^o Si le contrat est justifié en raison : s'il a un but, une fin valable ; 2^o S'il est justifié en équité : si les prestations des parties sont équivalentes ; 3^o S'il n'est ni immoral, ni illicite. A ces questions le droit romain n'apporte aucune réponse d'ensemble.

§ 1. DROIT ROMAIN

[131] LA CAUSE FINALE. — Non seulement il n'existe pas de théorie générale de la cause, en tant que condition de la validité du contrat, mais le sens même donné à ce mot est variable et imprécis. Les juristes romains, en l'absence de principe consensualiste, ne procèdent pas à une analyse méthodique de

la volonté des parties. Ils étudient le contrat d'un point de vue objectif, ils ne tiennent compte qu'occasionnellement soit de la cause finale, soit du motif qui donne à la convention un caractère illicite ou immoral.

Dans les contrats formalistes de l'ancien droit romain, où l'on ne tient nul compte des vices du consentement, on ne peut *a fortiori* faire état de la cause. La validité du contrat dépend uniquement de l'observation du rituel imposé. Il en va différemment à l'époque classique. Mais de même que le dol et la violence, vices du consentement, ne sont sanctionnés que dans la mesure où ils constituent des délits, de même l'absence de cause n'est retenue que pour autant qu'elle est à l'origine d'un enrichissement injustifié. Respect de l'ordre public d'une part, souci d'équité de l'autre, la cause n'est prise en considération qu'indirectement voire même inconsciemment. C'est ce que montre l'exemple de la stipulation. Ce contrat solennel abstrait est valable par lui-même, une fois les paroles rituelles prononcées. En dépit de la décadence du formalisme, un souci de simplicité, voire le désir de préserver la sécurité des transactions, incite les Romains à négliger les raisons qui ont poussé le débiteur à promettre, pour ne tenir compte que de l'apparence du consentement traduit par les formes. Une telle conception n'était pas sans danger pour le débiteur. L'engagement du promettant en effet, sauf intention libérale de sa part, repose sur une prestation antérieurement exécutée par l'autre partie. Je promets de verser une somme d'argent à mon co-contractant parce qu'il m'a prêté ladite somme. Certes, si l'argent n'a pas été effectivement prêté au débiteur, celui-ci, dès l'époque de GAIUS, pourra opposer l'exception de *dol* à l'action en remboursement du pseudo-créancier (GAIUS, 4, 116 a). Mais le débiteur doit fournir une preuve négative, et donc fort délicate, celle du non-versement des deniers. La situation du promettant est d'autant plus périlleuse que l'ancien rituel oral se trouve le plus souvent remplacé par la rédaction d'un écrit portant reconnaissance de dette. A l'époque classique, puis au Bas-Empire, grâce à la *querela non numeratae pecuniae* (plainte d'argent non versé), le législateur renverse le fardeau de la preuve (v. p. 51). Le créancier qui invoque un écrit doit prou-

ver, sur simple dénégation du débiteur, que son droit *a une cause*, c'est-à-dire qu'il a, par exemple, effectivement prêté de l'argent (C., 4, 30, 3). Le législateur byzantin décide cependant qu'au cas où la cause de l'obligation serait mentionnée dans l'écrit, le débiteur doit prouver l'inexactitude de la mention qu'il a fait insérer (C., 4, 30, 13). Notons, enfin, que le pseudo-débiteur, qui a exécuté, peut opérer la répétition de l'indu grâce à une action (*condictio indebiti*) fondée sur l'enrichissement sans cause du co-contractant. Par souci d'équité, les Romains ont donc fait une certaine place à la notion de cause finale dans les contrats solennels où elle avait le moins de raison d'être. Il semblerait donc logique de retrouver ce concept utilisé de façon moins fragmentaire dans les autres contrats. Effectivement, l'analyse du contrat réel montre que l'élément essentiel de sa formation consiste en la remise d'un objet. Cette prestation engendre pour l'autre partie, qui en bénéficie, obligation de restituer dans des conditions déterminées. La première prestation est donc la cause du contrat. En réalité, il n'y a pas ici de cause finale mais une cause efficiente, car l'exécution de la première prestation crée le contrat. Condition d'existence de l'obligation du co-contractant, elle ne saurait s'identifier avec le but poursuivi par celui-ci.

[132] « CAUSA ET RES ». — Un texte célèbre du juriste ARISTON, cité par ULPYEN au début du III^e siècle après J.-C., a cependant pu faire croire à une large admission de la cause finale dans les conventions synallagmatiques : Il y aura obligation synallagmatique si l'opération n'a pas de nom mais « s'il existe cependant une cause » (*subsistat tamen causa* : D., 2, 14, 7, 2). Néanmoins les exemples fournis pour illustrer le principe montrent qu'il s'agit de sanctionner de nouvelles formes de contracter (contrats innomés) par référence aux contrats réels (cf. MAUSS, *Essai sur le don*, qui insiste sur l'idée primitive d'une face renfermée par la *res*, et CARBONNIER, II, n^o 126, qui souligne l'importance que revêt cette même *res* pour les profanes). Le mot *causa* est synonyme de *res* et désigne l'objet de la première prestation. Cependant, comme on le verra (n^o 287), les contrats innomés constituent une version modernisée du contrat réel. L'exécution de la pres-

tation n'est plus seule créatrice du contrat, la convention qui l'accompagne joue un rôle de plus en plus important. L'ancienne différence en la matière entre cause efficiente et cause finale a donc tendance à s'estomper au profit de cette dernière. On comprend dès lors que nos anciens auteurs aient utilisé les textes relatifs aux contrats innomés pour dégager leur théorie de la cause. Les juristes romains cependant n'ont jamais posé le principe que dans les contrats synallagmatiques l'obligation de l'une des parties est la cause de l'obligation de l'autre. Certes dans les contrats consensuels, ils constatent qu'il y a connexité entre les obligations réciproques, mais c'est uniquement pour tenir compte de certaines réalités économiques qu'ils admettent que l'un des contractants ne peut intenter d'action en exécution s'il ne propose de son côté d'exécuter, et qu'ils permettent de même au locataire de ne payer son loyer que dans la mesure où il peut jouir de la chose louée.

[133] LE MOTIF. — Si les Romains n'ont pas fait de la cause une condition générale de validité des contrats, ils n'ont pas hésité pour autant à entreprendre les recherches psychologiques impliquées par l'examen des *motifs* individuels et concrets. Pragmatistes et soucieux de préserver la sécurité des transactions, ils se sont montrés peu désireux d'inclure dans les conditions de validité des contrats, les règles de justice commutative qui servent de fondement à la théorie de la cause. En revanche, pour des raisons d'ordre public, ils ont utilisé largement les notions de cause immorale et illicite.

Ici encore, c'est à l'occasion du plus usité des contrats solennels, la stipulation, qu'ont été dégagées, sous le Haut-Empire, un certain nombre de mesures protectrices du débiteur. Ce dernier, lorsqu'il est tenu à raison d'une cause illicite ou immorale, peut opposer au créancier l'exception de dol (D., 12, 5, 8). S'il a néanmoins exécuté la prestation, la répétition est possible sauf immoralité de sa part, car dans ce cas celui qui a la possession la conserve (D., 12, 5, 3 ; cf. C. C. italien, art. 2035 et Jurisprudence française, en application du principe de notre ancien droit : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Enfin, le magistrat romain accorde au débiteur une action (*condictio ob turpem vel injustam causam*) qui lui per-

mettra de prendre les devants en faisant reconnaître la nullité de l'obligation. Mais la stipulation, du fait de son caractère abstrait, peut permettre de réaliser des opérations à titre onéreux ou à titre gratuit, et c'est pour ces dernières que la recherche de l'illicéité et de l'immoralité de la cause présente le plus d'intérêt. Outre qu'elle est plus facile à découvrir parmi les motifs désintéressés qu'au milieu de la complexité des intérêts pécuniaires, une telle recherche est indispensable pour la donation que son caractère antiéconomique rend suspecte au législateur. Dès l'époque républicaine, les donations sont rigoureusement réglementées (*Loi Cincia*, 204 avant J.-C.) et certaines d'entre elles, comme les donations entre époux, prohibées.

Mais les contrats à titre onéreux peuvent eux aussi être annulés comme contraires aux bonnes mœurs, et tout spécialement les contrats de bonne foi qui reposent sur l'honnêteté. On trouve dans ce sens des opinions des jurisconsultes du Haut-Empire à l'occasion des contrats de vente, de société ou de mandat.

§ 2. ANCIEN DROIT

[134] LA CAUSE NATURELLE ET ÉQUITABLE. — Les contrats francs excluaient toute recherche psychologique : non que la notion de but soit absolument étrangère aux Francs (nous la croyons essentielle), mais parce que ceux-ci étaient bien incapables d'en faire l'occasion de spéculations abstraites.

Aux XII^e et XIII^e siècles, la notion de cause va réapparaître, mais sous son aspect le plus simple : celui de l'équité et de l'équilibre des prestations.

1^o Les premiers glossateurs vont appliquer ici les idées qui leur étaient familières : celles de raison, de cause, de nature (cf. n^o 70). Ils indiquèrent que si la forme donne à l'acte son existence (ce qu'ils appelaient, après ULPIEN, la *causa civilis*), la validité ne peut lui venir que d'une *causa naturalis*. Or celle-ci ne peut exister dès qu'un débiteur s'est engagé sans raison, s'il n'a pas rempli le but qu'il poursuivait ou obtenu la contrepartie qu'il attendait. C'est en effet la cause qui justifie *naturellement* l'obligation. Raison et équité deviennent les

principes communs à toutes les solutions romaines. Le *mutuum* ou le chirographe ont une cause naturelle qui est la numération des deniers ; le pacte et la stipulation supposent que celui qui s'engage ait reçu une *datio* ou *factum*, ou, tout au moins, qu'il ait manifesté une *voluntas donantis* qui justifie raisonnablement l'obligation.

2^o La doctrine était fort simple et elle n'allait pas sans rappeler la conception anglaise de la *considération* (*quid pro quo*). Il est normal qu'on la retrouve plus ou moins nettement dans la pratique. Pour *Jostice et Plet* (v^o *sormise*) l'exécution préalable facilite la preuve. Le Grand Coutumier de Normandie contiendrait un système analogue. BEAUMANOIR admet qu'il est prudent de mentionner la cause ; un juge doit se renseigner sur la cause d'une dette qui sans cela est « soupçonneuse chose de malice » (n^o 1096).

3^o Le Midi marque une résistance très nette à ces nouveautés. Plus qu'un retard ou un souvenir romain, il faut y voir l'effet de nécessités commerciales plus aiguës et d'une plus grande fidélité aux actes écrits. A Montpellier, à Toulouse, à Bordeaux, apparaît la même préoccupation : l'écrit fait preuve même si la cause de la dette n'y est pas énoncée, tout au moins le créancier doit être cru sur son affirmation (Toulouse, 1, 18, 43-44 ; Bordeaux, 152-155 ; Montpellier, 42). On a déjà ici l'idée très nette du titre au porteur qui circule de mains en mains et des exigences du crédit. L'insistance des actes à renoncer à la *Querela non numeratae pecuniae* traduit le même état d'esprit. [135] LA CAUSE FINALE. — Vers le milieu du XIII^e siècle, les glossateurs vont porter la question sur le terrain de la logique procédurale :

1^o Au lieu d'une idée vague d'équivalence, ils vont rechercher la cause vraie qui pour eux est la cause finale, expression parfaite de la raison et identifient le contrat et l'action qui en provient. PLACENTIN dira : *actio nihil aliud est quam causa, quam ratio*. Dans un procès, le demandeur doit dire : « Je demande C parce que je te les ai prêtés » ; mais s'il dit seulement : « Parce que tu me les a promis », les glossateurs hésitent. La glose (*sine causa*, D., 44, 4, 2, 3) indique cependant que l'absence de cause est un obstacle absolu à l'action : la stipulation devient un acte

causé et la charge de la preuve retombe sur le demandeur. Il en est de même pour tous les contrats réels, pour les contrats innomés et pour les actes unilatéraux. Le juge doit intervenir pour contrôler le but poursuivi par les parties.

2^o Les dialecticiens français seront en somme « anti-causalistes » et leur opinion paraît très proche de la pratique méridionale : la cause de la stipulation, comme celle de l'acte écrit, n'a pas à être exprimée (cf. n^o 70) ; s'il y a contestation, c'est au défendeur à prouver que la cause n'existe pas ; une action peut naître de n'importe quel écrit mentionnant une promesse unilatérale.

3^o Les Bartolistes vont approfondir les notions de causalité et de volonté ; ils seront en cela tributaires de la scolastique ; mais sans cesser de se comporter en juristes très avertis des nécessités pratiques. Leur effort aboutit à ne plus séparer la cause du consentement ; de même que pour SAINT THOMAS, la conscience apparaît comme le jugement pratique porté sur un acte, la cause, inséparable de la volonté, permet de porter un jugement rationnel sur la conduite des contractants.

a) Il faut rechercher en tout la cause finale, *fons omnium causarum* ; pour la stipulation, BALDE la trouve dans le *negotium* ; quant à la promesse écrite, elle peut être critiquée si la cause apparaît erronée : par exemple, l'inscription sur un registre de commerce établit une dette dont la cause est présumée ; un compte arrêté entre marchands fait preuve du solde ;

b) C'est à propos des conventions synallagmatiques que la cause finale fut admise le plus difficilement : les textes romains n'admettaient pas la *condictio* dans les contrats nommés. BARTOLE et BALDE virent bien la difficulté, mais, par scrupule d'exégètes, ils n'osèrent pas, dans une vente par exemple, admettre la résolution pour défaut de cause : ils eurent seulement recours à l'idée de pacte commissoire.

[136] LA CAUSE MORALE. — Pour les théologiens, comme pour beaucoup de praticiens, le but d'une promesse doit avant tout donner lieu à une appréciation morale. L'idée vient de SAINT AUGUSTIN ; elle sera développée par ABÉLARD et par SAINT THOMAS. Pour GRATIEN et pour les décrétistes, la promesse dont le but est illicite ne doit pas être tenue.

1^o La première précision est donnée vers 1230, par Grégoire IX dans la Décrétale *si cautio* (X, 2, 22, 14) qui concerne la promesse écrite (*cautio*) que l'absence de cause rend suspecte. On exigea que l'écrit permette de discerner l'opération (*cautio discreta*) ; puis on rattacha l'idée de cause, non plus à l'écrit mais à l'obligation elle-même.

2^o Ceci préparait un nouveau développement au XIV^e siècle : l'aveu oblige quand il est causé ; tout accord de volonté est valable si une cause lui sert de soutien (serait-ce l'intention de donner). Le but poursuivi par les contractants suffit à valider leur accord : SAINT THOMAS avait enseigné que la fin est une cause ; la cause finale qui est la dernière dans l'exécution est la première dans l'intention (*Summa*, 1^a, 2^{ae}, 1, 1, 1) et elle donne son espèce à l'acte en même temps que sa valeur morale (cf. n^o 74).

3^o De telles idées convenaient fort bien à la pratique qui devait avant tout protéger les contractants contre la fraude ou la tricherie ; tous les auteurs coutumiers du XIII^e siècle et du XIV^e siècle admettent la nullité d'un acte dont la cause (c'est-à-dire ici le mobile) est illicite ; mais ils n'empruntent à peu près rien au droit savant, se bornant comme lui à porter la question sur le terrain de la procédure.

[137] CAUSE SUBJECTIVE ET OBJECTIVE. — A partir du XVI^e siècle, la jurisprudence des Parlements admet que le billet sans cause est valable, mais la cause illicite entraîne la nullité de l'obligation : la dette de jeu par exemple, ne peut être recouvrée et sa cause véritable peut être prouvée par témoins.

Dans les contrats synallagmatiques, la question de la cause est liée à celle de la résolution (cf. n^o 260) : DU MOULIN fait faire un pas décisif à la doctrine en imposant l'idée que la cause finale est ici le motif que l'on avait de contracter.

Enfin, pour les donations, la cause réside dans l'esprit de libéralité ; encore faut-il qu'à celui-ci ne s'ajoute aucun calcul immoral.

La systématisation vint de l'école du droit de la nature : GROTIUS fait procéder la notion de cause d'une analyse de la volonté. DOMAT distingue l'absence de cause, empêchant le contrat de se former, l'erreur sur la cause ou fausse cause, qui

est une cause d'annulation, la disparition de la cause, qui entraîne la résolution. POTHIER ajoute que « tout engagement doit avoir une cause honnête ». Ce sont les idées mêmes du Code civil.

On en est venu à distinguer la cause (identique dans un même contrat) et le mobile (variable et contingent). Par là même, l'idée de cause se trouve coupée du sens profond qu'elle avait eu dans le droit canonique et la pratique ancienne ; il ne s'agit plus de rechercher le but des contractants ou d'imposer l'équivalence des prestations. On comprend les doctrines plus récentes qui, en définissant la cause soit « l'équivalent voulu » (MAURY), soit le « motif déterminant » (CAPITANT), en recherchant la « sécurité » ou la « moralité » du contrat (RIPERT), en faisant appel à l'idée de fraude ou de simulation, sont en définitive revenues aux origines mêmes de l'idée de cause.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

Sur les divers sens du mot *causa*, v. GEORGESCO, *Etudes de philologie juridique*, I, 1940, p. 129 ss. Les Romains ont très tôt et très largement utilisé la notion de cause illicite et immorale. Dès la fin de la République, le célèbre jurisconsulte AQUILIUS GALLUS annule une donation consentie à une femme de petite vertu sous le couvert d'un contrat *litteris* (VALÈRE MAXIME, 8, 2, 2). Solution d'autant plus significative que cet acte juridique est abstrait : v. GALLET, *RHD*, 1942, p. 35 ss. Sur cette question v. MACQUERON, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations*, thèse, Paris, 1926. Sous l'Empire, la notion de cause va se développer dans ce domaine d'élection que constitue pour elle la donation (et plus particulièrement les donations entre époux qui sont prohibées : D., 24, 1, 3, 10 ; v. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928 ; ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padoue, 1936). Dès l'époque classique, la cause illicite est également employée pour sanctionner les agissements des magistrats concussionnaires (*repetundae* : v. PONTENAY DE FONTETTE, *Leges repetundarum*, Paris, 1954). V. bibliographie citée par MONIER, II, p. 86 ss.

ANCIEN DROIT

C'est dans les traités de philosophie médiévale qu'il faut aller chercher la véritable explication des vicissitudes de la théorie : cf. par exemple E. GILSON, *L'esprit de la philosophie médiévale*, 1944, les chapitres « Analogies, causalité, finalité » et « Intention, conscience, obligation ». Dans le même sens Pierre MICHAUD-QUENTIN, *La ratio dans le début du Décret*, *Studia Gratiana*, t. III, 1955, p. 101-116 ; Dom O. LOTTIN, *Le droit naturel chez saint Thomas*, 1931.

La question de la promesse sans cause est liée aux pratiques commerciales : logiquement on peut distinguer plusieurs positions : 1) On présume toujours qu'une telle promesse est dolosive ; 2) On astreint le créancier à prouver la cause si elle est déniée (système de la Glose) ; 3) La preuve de l'illicéité ou de l'inexistence incombe au débiteur (cf. REVIGNY, art. 1131) ; 4) La promesse est toujours valide (c'est vraiment la promesse abstraite ; cf. le *deed* anglais).

Il faut toujours se reporter aux deux livres remarquables de CAPITANT-LE BRAS, *De la cause dans les obligations*, 1926 (c. r. importants de Paul FOURNIER, *NRH*, 1923, p. 661 ; CHAMPEAUX, *Tijdschrift*, VII, 1926, p. 52 ; WALTON, *The Law quarterly Review*, 1925, p. 306-328) et CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, 1929. Nous croyons cependant, contrairement à ceux-ci que les pratiques méridionales, loin d'être rétrogrades, sont fort originales : cf. par exemple *Les lois de l'Empereur* (BRISAUD et ROGER, *Textes additionnels aux anciens fors de Béarn*, 1905, p. 38) qui après avoir indiqué que des conventions réciproques doivent être tenues, ajoutent « mais mieux vaut que quelque chose soit payé ou qu'on ait fait un écrit », ce qui nous paraît refléter exactement la pratique.

Les textes espagnols ont été peu exploités : cf. J.-L. LACRUZ-BERDEJO, dans *Segunda semana de Derecho Aragonès*, 1943, p. 203-242 ; il est possible que les moralistes espagnols soient — comme en bien d'autres matières — les intermédiaires entre BALDE et GROTIUS (cf. SUELVES, *Consiliorum*, éd. 1642, fol. 81 ; Josepho DE NINO SPANOL, *Albarabi sive chirographi mercatoris*, éd. 1664, p. 26).

En droit anglais la cause apparaît comme liée à la forme : le contrat formel (*deed*) est valable par lui seul ; le contrat consensuel ne produit effet que s'il est soutenu par une *considération* (*datio, factum...*) ; celle-ci apparaît dans les cours locales dès la fin du XIII^e siècle, cf. note YVER, *NRH*, 1928, p. 493. Sur l'influence de POTHIER et la jurispr. de Québec, H. NEWMANN, *The doctrine of cause and consideration dans Canadian Bar Rev.*, 1952, p. 673 et plus général, FULLER, *Consideration and Form*, dans *Columbia law Review*, 1941, p. 806.

Au contraire, le droit allemand a fait un retour presque complet aux idées romaines ; il faut lire l'exposé toujours excellent de SALEILLES, *Etude sur... l'obligation*, 1901, p. 287.

Le livre de DABIN, *La théorie de la cause*, 1919 demeure utile à l'histoire à raison de l'étude faite des idées de DOMAT et de POTHIER.

SECTION V. — Le terme et la condition

I. — DROIT ROMAIN

[138] Si les parties peuvent librement transformer une obligation existante, *a fortiori* peuvent-elles modifier les effets normaux d'un contrat par l'adjonction de clauses. Nous avons

déjà vu l'importance de certaines d'entre elles qui, sous la forme de pactes adjoints, transforment les contrats types et pallient la gêne qui résulte du principe *ex pacto nudo actio non oritur*. Mais il existe d'autres clauses qui, sans changer le domaine d'application du contrat, en précisent les conditions d'existence et d'exécution ou modifient son objet. Les modalités les plus fréquentes en droit romain, comme en droit moderne, sont *le terme et la condition*.

[139] LE TERME. — Le terme est un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité ou l'extinction d'une obligation selon que le terme est suspensif ou extinctif. Le terme peut être certain ou incertain selon que l'événement, toujours attendu avec certitude, se produira à une date déterminée ou non (mort d'une personne). Il est habituellement conventionnel, mais peut être légal (délai d'un an pour la restitution de la dot mobilière).

1^o Le terme suspensif (*dies a quo* : jour à partir duquel) est un délai accordé au débiteur pour s'acquitter de sa dette (D., 45, 1, 38, 16). Sauf décision contraire des parties, l'obligation existe mais n'est pas exigible (D., 45, 1, 46, pr.). Si le débiteur exécute spontanément avant terme, eût-il ignoré l'existence de celui-ci, il ne peut répéter. En revanche, si le créancier agit sans tenir compte du terme il perd son droit (*plus petitio tempore*), sauf à la fin du Bas-Empire où avec l'assouplissement du formalisme procédural, il n'est tenu qu'à des dommages-intérêts (C., 3, 10, 1).

Cependant, en cas de faillite du débiteur la dette devient immédiatement exigible.

2^o Le terme extinctif (*dies ad quem* : jour jusqu'auquel) a pour effet d'éteindre une opération juridique en cours d'exécution : mandat, louage par exemple. Le droit romain fait également application de cette technique à la stipulation pour réaliser une rente viagère (D., 45, 1, 16, 1). Mais pour usuel que soit ce contrat, il n'en est pas moins formaliste et de droit strict. Le prêteur est donc intervenu pour empêcher les parties de faire triompher la lettre sur l'esprit dans lequel la convention avait été passée. Grâce aux moyens de procédure (*exceptio, praescriptio*) mis à leur disposition par le magistrat, le créancier, bénéficiaire de la rente, peut toucher chaque année

ses arrérages — sans que l'effet extinctif de la *litis contestatio* l'empêche d'agir les années suivantes — de son côté, le débiteur n'est tenu de payer que durant la vie du créancier, en dépit du caractère perpétuel des obligations issues d'une stipulation.

[140] LA CONDITION. — A la différence du terme, qui retarde seulement les effets ou la résolution du contrat, la condition tient en suspens la formation ou la résolution de l'obligation, car elle ne doit pas fatalement se produire. La condition peut être casuelle ou potestative selon qu'elle dépend du hasard ou de la volonté de l'une des parties, ou encore mixte (C., 6, 51, 1, 7). La condition purement potestative n'est pas valable, car son arrivée dépend de la seule volonté du débiteur (D., 45, 1, 17). Enfin, la condition impossible, illicite ou immorale annule le contrat. Tout comme le terme, la condition peut être suspensive ou résolutoire.

[141] LA CONDITION SUSPENSIVE. — 1^o Alors que le terme doit fatalement arriver, la condition donne à l'obligation qui y est soumise un caractère aléatoire. L'obligation dont la naissance dépend d'une condition n'a aucune existence juridique (*nihil debetur* : D., 20, 1, 13, 5). Cependant, comme pour l'obligation naturelle, nous nous trouvons ici en présence d'un embryon d'obligation. Il y a convention et donc lien de droit entre les parties, mais aucun devoir n'existe encore à leur charge tant que la condition n'est pas réalisée. A la suite de nombreuses controverses, la doctrine classique a renforcé sans cesse les effets de l'obligation *pendente conditione*. C'est ainsi que les contractants voient leur capacité appréciée au jour de la convention (D., 50, 17, 144, 1) et ne doivent pas frauduleusement empêcher l'arrivée de la condition sous peine de voir celle-ci considérée comme réalisée (D., 50, 17, 161). Bien plus, l'obligation conditionnelle peut être garantie par des sûretés (D., 20, 1, 13, 5) et faire l'objet de la part des créanciers de mesures conservatoires (D., 42, 6, 4, pr. ; 42, 4, 6, pr., *contra* : D., 42, 4, 14, 2). En revanche, la généralisation de la transmissibilité de l'obligation semble bien être une innovation des compilateurs de JUSTINIEN (I, 3, 15, 4). Ce sont en effet les juristes byzantins qui ont dégagé l'idée que l'un des contractants pos-

sédait l'espérance de devenir créancier (*spes est debitum iri* : I, 3, 15, 4). Cet espoir constitue, au même titre qu'une créance, un élément du patrimoine. Néanmoins, l'inexistence de l'obligation sous condition est toujours affirmée au Bas-Empire et se traduit notamment par le rejet de l'action du créancier (I, 4, 6, 33 b), par la possibilité pour le débiteur de répéter le paiement anticipé, ou encore par l'impossibilité de faire courir la prescription (D., 18, 6, 8, pr.).

2° Avec l'accomplissement de la condition, l'obligation devient pure et simple, l'espoir du créancier se trouve réalisé. A l'époque classique, les juristes ignorent la fiction de la rétroactivité et dégagent de façon empirique un certain nombre de solutions inconciliables avec ce principe. Dans les compilations de JUSTINIEN, le principe est posé avec netteté (D., 20, 4, 11, 1, *ip.*) et renforce ainsi la solution adoptée en matière de transmissibilité de l'obligation *pendente conditione*. Non seulement il existe dès la formation du contrat un espoir, mais celui-ci, une fois concrétisé, est considéré comme réalisé dès le début. En dépit de ces affirmations de principe, les Byzantins n'en ont pas tiré toutes les conséquences.

[142] LA CONDITION RÉSOLUTOIRE. — A l'époque classique, c'est un pacte de résolution sous condition suspensive qui tient lieu de condition résolutoire, car les juristes romains répugnent à admettre qu'une obligation disparaisse par le seul accomplissement d'une condition (BIONDI, p. 188). Il paraît, au contraire, plus naturel d'admettre que la résolution d'une convention soit soumise à une autre convention qui l'accompagne. Une fois de plus, c'est grâce à l'intervention du prêteur que seront sanctionnés un certain nombre de pactes de résolution adjoints au contrat de vente (*lex commissoria, in diem addictio*, pacte de réméré, *pactum displicentiae*, v. n° 257). Les effets de la résolution sont fonction des nécessités pratiques plus que d'un principe général. Si la plupart des effets pécuniaires de la vente sont annulés, on ne peut prétendre que le droit classique applique la règle de la rétroactivité. Les Romains cherchent simplement à déceler la volonté contractuelle, à l'interpréter, ou au besoin à la présumer en fonction des pratiques les plus courantes. En outre les Romains se trouvent gênés par leurs règles en matière

de transfert de propriété. Celui-ci ne s'opère pas par le simple accord de volontés qui doit être suivi par un acte formaliste de transfert (*traditio, mancipatio*). La résolution ne peut donc produire « d'effet réel », la propriété ne peut faire retour au vendeur, l'acte de transfert n'étant pas résolu de plein droit.

Les compilateurs de JUSTINIEN commencent à dégager une notion de condition résolutoire distincte de la suspensive (BIONDI, p. 188), mais on ne trouve dans les textes aucune conception unitaire des effets de la résolution. L'effet réel rétroactif s'applique ou non, selon les pactes envisagés.

Les réserves des Byzantins s'expliquent peut-être moins par un traditionalisme excessif que par les dangers que fait courir aux tiers un effet rétroactif généralisé. C'est ce qui explique, en effet, qu'en dépit de la solution contraire admise par notre C. C., art. 1183, certaines législations modernes se soient montrées opposées à une telle rétroactivité.

II. — ANCIEN DROIT

Les articles 1168 à 1188 du Code civil ne font que reprendre les règles romaines. Le rapport de BIGOT-PRÉAMENEU présente ces règles comme la « déduction des principes généraux ». C'est déjà l'attitude observée par DOMAT.

Terme et condition ne peuvent sans quelque arbitraire être réduits à une même théorie et rapportés à une simple analyse de la volonté.

[143] LE TERME. — Le terme ne suscite guère de difficulté. L'adage : « Qui doit à terme ne doit rien » écarte la règle *dies interpellat pro homine* ; il est corrigé par : « Ce qui est différé n'est pas perdu » (LOYSEL, n° 666). Le terme profite normalement au débiteur (qui peut obtenir aussi du juge un terme ou délai de grâce) et il sera normalement interprété en sa faveur car les vendeurs à terme ont mauvaise réputation : BEAUMANOIR les assimile aux usuriers (n° 1924). Le débiteur qui paye avant terme ne peut répéter (POTHIER, n° 230).

[144] LA CONDITION. — Quant à l'histoire de la condition, elle est liée à la théorie du transfert des droits réels. On s'attache

d'abord à la seule condition suspensive (et POTHIER dira encore, n° 198, que l' « obligation conditionnelle est celle qui est suspendue par une condition ») ; puis, après le XVI^e siècle quand il est admis que le transfert de la propriété est réalisé par le simple consentement (cf. n° 259) on prend mieux conscience des difficultés qui naissent d'une résolution des droits réels.

1° À l'époque franque, la propriété elle-même n'est souvent transmise qu'*ad tempus*. L'homme libre qui abandonne son patron perd les donations qu'il a reçues (*L. Visig.*, V, 3, 4) ; le bénéficiaire sera à l'origine révocable *ad nutum*. Ces pratiques liées à la conception même de la propriété seront étudiées avec celle-ci.

2° Les glossateurs vont s'attacher à distinguer les termes de *causa*, *modus*, *condicio* ; pour ce faire, ils usent de critères purement grammaticaux : pour ACCURSE, *cum* ou *si* annonce une condition, tandis que *quia* indique la cause et *ut* le *modus* (v° *modus*, C. 6, 46, 1). L'inexécution du *modus* ouvre une action en exécution tandis que le défaut de cause ou la défaillance de la condition (résolutoire) entraîne la restitution. La condition impossible doit être tenue pour accomplie.

3° BARTOLE va rompre avec ces arguties : le *modus* est analysé — ce qu'il est encore — comme la charge imposée au bénéficiaire d'une prestation et postérieure à celle-ci. La condition, au contraire, est l'événement « auquel la disposition est suspendue » (loi *legatis*, D., 35, 1, 1). Ces distinctions deviendront classiques et RICARD, dans son *Traité des donations* (1652) comme FURGOLE dans son *Traité des testaments* leur donneront leur expression définitive.

4° En ce qui concerne la condition résolutoire, les romainistes avaient simplement distingué les conditions rédigées en *verba directa* qui emportaient le retour de plein droit du bien aliéné et en *verba obliqua* qui devaient être soumis au juge ; mais, ils admettaient, en principe, que les droits réels consentis *pendente condicione* n'étaient pas résolus.

[145] L'EFFET RÉTROACTIF. — Au XVI^e siècle on en vient, au contraire, à formuler la règle de l'effet rétroactif de la condition ; mais d'ARGENTRÉ (col. 949) indique aussitôt que ce « théorème du droit » répond mal au vœu de la pratique. Celle-ci perçoit en effet la difficulté de mettre en œuvre la fiction de rétroac-

tivité. Par une distinction imitée du *postliminium* romain, on distingue les *res juris* et les *res facti* et parmi celles-ci la possession, pour laquelle la rétroactivité n'est pas admise (ce qui tend à réhabiliter les actes du *propriétaire apparent*).

1^o La jurisprudence admit que la condition, quelle que soit la précision de ses termes, n'était qu'une clause comminatoire ; qu'elle ne pouvait entraîner la résolution *ipso jure* : c'était accorder au juge le contrôle — auquel il prétend toujours — des clauses résolutoires.

2^o Normalement, la résolution opère *ex tunc*, c'est-à-dire que les tiers ne peuvent pas se prévaloir des droits par eux acquis entre le contrat et la résolution ; mais le désir de protéger les tiers conduisit les Parlements à prononcer seulement, sans suivre des règles bien précises, la résolution *ex nunc*, au jour du jugement (DU MOULIN, *Cout.*, Paris, I, 33 ; I, 57 ; LOYSEAU, *Déguerpissement*, 4, 3, 6).

[146] LES CONDITIONS SOUS-ENTENDUES. — Dès le XII^e siècle, les canonistes vont faire de la condition le siège d'un développement considérable de la théorie du contrat : ils admettent que toute promesse peut comporter des *conditions sous-entendues*. On doit présumer que le débiteur a subordonné son engagement (ou son serment) à des conditions si normales qu'il n'avait même pas à les exprimer. HUGUCCIO cite les conditions : si je peux, si je suis vivant, si Dieu le veut, si rien ne vient m'en empêcher.

Une pareille extension de la théorie de la condition devait être féconde surtout dans le domaine de l'exécution. Elle permet au juge de rechercher le contenu exact de la volonté et de donner à celle-ci une interprétation raisonnable : d'accorder, en somme, la force obligatoire des conventions et les exigences de l'équité.

Trois conditions méritent à cet égard une mention particulière :

a) La clause *si fides servetur*, admise déjà par les Décretistes, implique qu'au cas de prestations réciproques chaque contractant a voulu obtenir l'avantage qui lui était promis : c'est l'origine de notre exception *non adimpleti contractus* (cf. n^o 260).

b) La clause *si facile est* (X^e, II, 24, 25), déjà indiquée par HOSTIENSIS implique que l'exécution ne peut être exigée si

elle est devenue trop onéreuse pour le débiteur ; c'est l'idée même de la théorie de l'imprévision.

c) La clause *rebus sic stantibus* établit une référence aux conditions de fait existant au jour du contrat ; si celles-ci viennent à changer, le contrat est suspect d'usure. Si la fortune de cette règle fut grande en Italie et en Allemagne, elle ne fut jamais nettement admise par la jurisprudence française : elle heurtait trop nettement la théorie de l'autonomie de la volonté pour être reprise au XIX^e siècle.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

Le TERME est parfois, non pas un délai mais une échéance : la différence résulte de l'opposition des formules *ante Kalendas proximas* et *Kalendis proximis*. V. SOLAZZI, Sull' obbligazione a termine iniziale, dans *Iura*, 1950, p. 34, et la bibliographie citée.

Pour la CONDITION, les compilateurs de Justinien ont laissé subsister des solutions classiques qui contredisent le principe de rétroactivité, ce qui laisse supposer que les interpolations n'ont eu ni l'ampleur ni la rigueur que d'aucuns imaginent. Cf. D., 44, 7, 42, pr., en contradiction avec la transmissibilité du *spes debitum iri*. V. les contradictions signalées par GIRARD, p. 508, n. 1. Loin de tirer toutes les conséquences de la rétroactivité, les Byzantins l'utilisent plutôt comme un expédient : cf. BETTI, La retroattività della condicio (facti o iuris) in diritto giustiniano, dans *Scritti Ferrini*, 1946, p. 479 ss.

MODUS. — Ce troisième élément accidentel des actes juridiques accompagne les donations et les legs *sub modo* (avec charge), v. t. III.

ANCIEN DROIT

La pratique offre de nombreux exemples de ventes conditionnelles, spécialement de ventes à réméré, toujours suspectes de recouvrir un prêt à intérêt. La question de la condition a été surtout étudiée à l'occasion du paiement des droits de mutation (cf. aujourd'hui droits d'enregistrement pour une vente conditionnelle). Jusqu'au XVI^e siècle, on doit — au moins une fois — le droit de mutation. DU MOULIN applique à cette hypothèse la théorie de la condition (*Cout. Paris*, art. 78). D'ARGENTRÉ dira nettement : *Eventus conditionis retroagit* ; l'acte accompli après résolution est comme inexistant : *Non annullatio sed penitus nihilitas* (col. 949). On connaît les difficultés d'une telle théorie dont notre droit est encore tributaire : au cas de restitution des fruits, de résolution des droits réels par exemple.

Sur la clause *rebus sic stantibus*, cf. outre les thèses de BRUZIN, 1922, p. 93 et de VOIRIN, 1922, p. 43 ; OSTI, *La cosiddetta clausola R. s. s. nel suo sviluppo stor.* Riv. dir. civ., 1912. Un moment on voulut faire servir cette clause à majorer les cens féodaux : GUY PAPE, II, 12, 17.

CHAPITRE II

EFFETS DES CONTRATS

[147] Obligation suppose exécution : exécution volontaire ou paiement (section I), exécution forcée mettant en jeu la responsabilité du débiteur (section II), celle-ci étant également engagée en cas de fraude contre les créanciers (section III). Il existe, enfin, des obligations sans sanction que l'on qualifie d'obligations naturelles (section IV).

SECTION I. — Exécution volontaire

I. — DROIT ROMAIN

[148] Comme en droit moderne, l'exécution de l'obligation a pour résultat de dénouer *ipso jure* le lien juridique qui unit débiteur et créancier. Les Romains, pour désigner cette opération, emploient le verbe *solvere* (payer) qui au sens propre signifie délier. Le paiement (*solutio*) ne consiste donc pas seulement, comme dans notre conception moderne trop étroite, en un versement d'argent. C'est le procédé normal d'exécution d'une obligation, que celle-ci consiste en la livraison d'une chose, en l'exécution d'une prestation quelconque ou même en une abstention (D., 46, 3, 54 ; 50, 16, 176). Le paiement, pour être valable, doit remplir certaines *conditions* (I) et il doit pouvoir se *prouver* (II).

[149] 1^o CONDITIONS DE VALIDITÉ. — 1) Certaines personnes sont seules habiles à effectuer ou à recevoir le paiement ; 2) Ce dernier doit avoir lieu en un endroit donné et 3) Consister en la chose due.

1^o Il n'existe aucune difficulté pour déterminer les personnes aptes à payer. C'est normalement le débiteur qui effectuera le paiement, mais toute personne, intéressée ou non à l'exécution de l'obligation, peut s'en charger. Le paiement de la dette d'un tiers, fait en connaissance de cause, est valable. Le débiteur est libéré à son insu, voire même contre son gré (D., 46, 3, 53; cf. C. C., art. 1236). Le créancier ne peut refuser le paiement d'un tiers, sauf si la prestation avait un caractère personnel (D., 46, 3, 31; cf. C. C., art. 1237). En principe, le paiement doit être fait au créancier, mais également à son héritier ou légataire, à un cessionnaire de la créance ou à un représentant quelconque du créancier (D., 46, 3, 9 ss.). Notons enfin que, pour effectuer comme pour recevoir un paiement, il faut être capable.

2^o Le lieu du paiement est le domicile du débiteur, sauf convention contraire des parties ou nature particulière du contrat (KASER, I, p. 534).

3^o La *favor debitoris*. En principe, le paiement doit avoir pour objet la chose due (D., 12, 1, 2, 1). Le créancier ne peut être forcé à recevoir une prestation analogue, même de valeur supérieure à celle prévue (*a*); on ne peut l'obliger à accepter un paiement partiel (*b*).

a) L'identité d'objet du paiement et de l'obligation comporte des exceptions, elles tiennent tant à la volonté des parties qu'à celle du législateur qui intervient pour des raisons d'ordre économique. Dès l'époque classique, les parties peuvent prévoir l'exécution du contrat par accomplissement d'une prestation différente de celle qui était l'objet de l'obligation (*aliud pro alio*). Si le créancier y consent, le débiteur peut se libérer par une dation en paiement (*datio in solutum*). Toutefois, en raison de la rareté du numéraire et des difficultés rencontrées dans la vente des immeubles, JUSTINIEN décide que le débiteur d'une somme d'argent peut se libérer, sans l'accord du créancier, en transférant à celui-ci des immeubles dûment estimés (Nov., 4, 3; cf. C. C., art. 1244).

b) Comme en droit moderne, le paiement est indivisible, il doit s'effectuer en une seule fois. Ce principe comporte des exceptions conventionnelles et légales. Non seulement le créancier est toujours libre d'accepter des paiements échelonnés,

mais il y est parfois obligé par le législateur pour des raisons d'humanité. Certains débiteurs, à raison de la nature des liens qui les unissent au créancier (associés entre eux, parents envers leurs descendants, donateur envers le donataire, etc.), ou à raison de leur fonction sociale (soldats), ne sont tenus de payer que dans la mesure de leurs ressources (*id quod facere possunt*). Au Bas-Empire, une exception générale est apportée au principe : le juge doit permettre au débiteur, qui fait preuve de bonne volonté, de se libérer par paiements échelonnés (D., 12, 1, 21, *itp. in fine*).

La *favor debitoris* se manifeste également dans le cas où le débiteur a envers un même créancier plusieurs dettes échues dont l'objet est identique. Comme en droit moderne (C. C., art. 1253), c'est au débiteur qu'il appartient de préciser dans quel ordre doit se faire l'imputation des paiements. Ce n'est qu'à défaut d'indication du débiteur que le créancier choisira dans quel ordre les dettes doivent être éteintes. En cas de silence des deux parties, on éteindra en priorité la dette la plus gênante pour le débiteur (D., 46, 3, 1 et 5, pr. ; C., 8, 42, 1 ; cf. C. C., art. 1256).

[150] 2^o PREUVE. — Alors qu'en droit moderne « la preuve du paiement est soumise aux règles établies par la loi pour la preuve des conventions » (RIPERT et BOULANGER, II, n^o 1591), la preuve par tous moyens est admise à Rome conformément au droit commun. Toutefois pour des raisons de commodité, et par suite de la faveur que connaît l'écrit dès le Haut-Empire, la preuve écrite est la plus usitée. Outre le titre de créance, qui sera généralement restitué au débiteur par le créancier, ce dernier prend l'habitude de donner quittance du paiement. Mais l'écrit, s'il facilite la preuve du versement, présente un danger qui n'a pas échappé au législateur romain. Dès le début du III^e siècle après J.-C., les empereurs protègent, sous certaines conditions, le débiteur qui a signé à tort une reconnaissance de dette. Grâce à la procédure de la *querela non numeratae pecuniae* (plainte de l'argent non versé), le débiteur peut, en niant simplement l'existence de la créance, mettre la preuve de celle-ci à la charge du créancier (v. p. 39). JUSTINIEN fait bénéficier le créancier de la même protection. Celui qui donne

quittance d'une dette d'argent, sans avoir reçu paiement, peut contester l'écrit pendant trente jours, et renverser ainsi la charge de la preuve du versement (C., 4, 30, 14, 2).

II. — ANCIEN DROIT

[151] LE PAIEMENT. — Etymologiquement, le paiement « satisfait », « apaise » le créancier.

A l'époque franque, le débiteur qui paye obtient une libération symbolique (restitution de la *festuca* ou du titre écrit) ou une quittance (*epistola evacuatoria*). Reprenant des textes canoniques, Charlemagne rappelle, au cas de prêt, que le paiement ne doit porter que sur ce qui a été donné (BORETIUS, I, 56).

Il n'y a chez les auteurs coutumiers aucune théorie du paiement ; leur attention va se porter sur quelques points particuliers.

[152] LES MUTATIONS MONÉTAIRES. — Elles préoccupent de bonne heure la pratique. Les coutumes féodales admettent le droit du souverain « de muer » les monnaies, droit d'altérer ou même de refondre les espèces en cours ; mais, dès le XII^e siècle, les mutations se révélèrent si gênantes qu'une réaction se manifesta. Les sujets rachètent au prince son droit de « muer » ; les chartes méridionales prémunissent les créanciers contre l'« affolement » de la monnaie ; les comtes de Champagne, dans l'intérêt de leurs foires, maintiennent la monnaie de Provins.

En 1295 commence, pour le royaume, la période des grands troubles monétaires dont le *Traité des monnaies* d'ORESME († 1384) indique l'injustice.

Tout l'enseignement des glossateurs est résumé dans le brocard : *Eadem mensura vel moneta debetur quae erat tempore contractus*. La monnaie est une mesure, non une marchandise. Les canonistes, au nom de l'honnêteté, avaient toujours soutenu qu'il fallait s'en tenir à la valeur réelle de la monnaie (sur X, 18, 2, 24) et ils furent suivis par les Bartolistes : pour eux la monnaie est un *corpus physicum* qui ne vaut que de sa bonté intrinsèque.

Au xv^e siècle, le Parlement de Languedoc entreprend de

fixer les parités des monnaies ; la tendance est de faire prévaloir désormais la valeur nominale — le *corpus artificiale* — sur la valeur réelle. Mais les contrats sont le plus souvent libellés en monnaie réelle (tant de pièces de tel poids) et les Parlements comme les ordonnances admettent la validité de ces clauses.

L'autorité du roi s'accommode mal de ces pratiques. En 1551 Henri II interdit de stipuler en « espèces d'or et d'argent ». Les juristes sont nominalistes dans la mesure où ils sont d'esprit régalien ; les hésitations de DU MOULIN le marquent bien.

On avait un moment opposé les dettes en capital (prêt d'argent) où l'on doit rendre ce que l'on a reçu, et les dettes de revenus (rentes, loyers) qui subissent la dépréciation ; mais on en vient bientôt à sacrifier toujours le créancier. La faillite de Law montrera bien l'injustice du système et provoquera les *Considérations sur les monnaies* de DAGUESSEAU.

[153] LA DATIOM EN PAIEMENT. — AZON n'en parle guère ; mais ACCURSE reprend la Nouvelle de Justinien et admet la *datio necessaria* dont il recherche la nature (C. VIII, 45, 4).

La jurisprudence française (sauf en Savoie) n'admet au contraire que la *datio voluntaria* qui exige l'accord du créancier ; elle y voit une vente — impliquant garantie — plus qu'un paiement, sans pour autant faire appel à l'idée de novation (POTHIER, n° 406).

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

SOLUTIO. — Sur l'ancienneté du terme *solvere* et ses synonymes : *dissolvere*, *satisfacere*, v. KASER, p. 531, n. 2, et ROUSSIER, *Satisfacere*, dans *Studi de Francisci*, t. II, 1956, p. 115 ss., qui montre qu'il existait dès l'époque classique pluralité de modes satisfactives. On trouvera une énumération des modes d'extinction des obligations dans les *Institutes de Justinien* (3, 29) et dans ceux de GAIUS (3, 168-181) mais elle n'est pas plus complète que celle donnée par notre C. C., art. 1234. V. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, Naples, 1935, p. 25 ss. ; S. CRUZ, *Da « Solutio ». Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins. I. Epocas arcaica e classica*, Coimbra, 1962.

La détermination du lieu de paiement présente un intérêt pratique considérable, compte tenu notamment des risques et des difficultés de transfert des capitaux. La pratique commerciale a pallié ces inconvénients en per-

mettant le change de place à place, de son côté le magistrat peut, en l'absence de conventions contraires, permettre au créancier de se faire payer ailleurs qu'au domicile du débiteur. V., sur l'*actio de eo quod certo loco*, la bibliographie ancienne citée par BIONDI, p. 405, n. 17.

FAVOR DEBITORIS. — V. la brillante étude que consacre à cette question : BIONDI, *Il diritto cristiano*, t. III, Milan, 1954, p. 217 ss. Bien qu'il constate que l'idée remonte très haut dans l'Antiquité païenne (*Lex Poetelia Papiria*) et qu'il note certains revirements dans la législation des empereurs chrétiens (p. 228), l'auteur ne peut s'empêcher d'exagérer quelque peu l'influence chrétienne. « Plus qu'une évolution, une révolution radicale se constate dans la législation chrétienne. » Mais pour ce faire, il faut admettre des interpositions en série. V. notamment p. 233, 237, 241.

BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE. — V. les études de GUARINO, *Studi sulla taxatio in id quod facere potest*, dans SDHI, 1941, p. 3 ss.; *Nihil facere potest*, dans *Scritti beatificazione Ferrini*, t. I, p. 299 ss.

PREUVE. — Des archives découvertes à Pompéi prouvent l'existence de deux types de quittance (ZANGMEISTER, *CIL*, IV, suppl. 1898). V. SCHÖNBAUER, *ZSS*, 1925 ; TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-roman Egypt in the Light of the Papyri*, Varsovie, 1955, p. 317 ss.

DATIO IN SOLUTUM. — Sur ses antécédents v., citée par BIONDI (*Il diritto cristiano*, t. III, p. 239), une initiative de JULES CÉSAR (*De bello civile*, 3, 1), qui montre que la datation en paiement légale est souvent à mi-chemin entre l'extinction des dettes et le paiement. Les effets de la *datio in solutum* ont soulevé de nombreuses controverses. D'après les Proculiens, l'obligation n'est éteinte qu'*exceptionis ope* : le créancier conserve son action en paiement mais se verra opposer l'exception de dol. Pour les Sabinien, au contraire, la *datio* éteint la dette *ipso jure* et c'est ce point de vue qui triomphera (GAJUS, 3, 168). L'éviction de la chose donnée en paiement pose un problème de garantie encore discuté actuellement. Il semble qu'au Bas-Empire, comme de nos jours, on puisse admettre la possibilité pour le créancier de choisir entre deux voies de recours : l'action en garantie de la vente accordée *utilitatis causa*, et l'action primitive en paiement (cf. POTHIER, *Vente*, n° 604, qui note que l'action en garantie est plus avantageuse, car elle permet l'obtention de dommages-intérêts). V. MONIER, Remarques à propos de la *datio* en paiement, dans *Festschrift Lewald*, Bâle, 1953, p. 115.

ANCIEN DROIT

Sur une espèce fameuse soumise à Bulgarus, LE BRAS, La concorde des droits savants, dans *Études... A. Dumas*, 1950, p. 150.

Sur la théorie féodale de la monnaie, outre l'ouvrage classique de BABELON (*Mém. Acad. Inscr.*, 1909), il faut lire E. BRIDREY, Le chapitre de monnaie (extr. *Bull. Antiq. Normandie*, 1942) et Nicolas Oresme, 1906 ; A. GRUNZWEIK, Les incidences internationales des mutations monétaires de Ph. le Bel, dans *Le Moyen Age*, 1953, p. 117-172, et aussi R. CAZELLES, Quelques réflexions à propos des mutations de la monnaie royale, *Le Moyen Age*, 1966, p. 83-105 et 251-278. Sur l'effet dans les contrats des dévaluations

monétaires, la thèse (1928) d'HUBRECHT et DU MÊME, sur le droit des XIV^e et XV^e siècles, *RHD*, 1933, p. 341 ; 1934, p. 358 ; *Festgabe für August Simonius*, 1955, p. 133-144 ; sur le XVI^e siècle, E. SZLECHTER, *RHD*, 1951, p. 500 ; 1952, p. 18 (copieuse bibliographie). Sur les doctrines savantes, outre les livres de ENDEMANN et de STAMPE, le résumé de T. ASCARELLI, *Studi giur. sulla Moneta*, 1952, p. 3-36 ; Paolo GROSSI, *Obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milan, 1960.

Sur les théories monétaires à partir du XVI^e siècle, il faut se reporter aux élégants exposés de P. HARSIN, *Les doctrines monétaires*, 1928, et *Crédit public*, 1933, comme à l'*Histoire* de GONNARD et au vieil *Essai* de LANDRY (1910). Cf. en outre d'intéressantes *Consultations* et *Sermons sur les monnaies*, Marcel HOC, *Rev. hist. eccl.*, 1937, p. 27-38.

Il faut toujours revenir, à la distinction ancienne de la monnaie réelle (représentée par des espèces frappées et particularisées : florin, écu, louis) et de la monnaie de compte (imaginaire, officielle : livre, sou, denier) : cf. M. CASTAING-SICARD, *Monnaies féodales et circ. monétaire en Languedoc*, 1961. Si l'on stipule en monnaie réelle, la dépréciation ne peut venir que d'un affaiblissement du poids et de l'alliage (procédé réprouvé par le droit canonique) ; si l'on stipule en monnaie de compte, la mutation résulte d'une modification du rapport (de l'écu à la livre, par exemple) ; elle ne suppose aucune refonte puisque les pièces anciennes ne portent aucune indication de leur valeur nominale en monnaie de compte.

On sait l'importance que prirent les questions monétaires sous la Révolution. Il existe sur les assignats une copieuse bibliographie (HUBRECHT, MORIN-COMBY, DRAESCH), de même que sur le retour à la monnaie métallique.

La loi du 3 messidor an III introduit dans les contrats une clause d'échelle mobile (au cas d'augmentation du volume total des assignats). La loi du 15 germinal an IV convertit les assignats en mandats territoriaux. La loi du 5 messidor an V admet le paiement en monnaie métallique selon la valeur d'« opinion » du papier au jour du contrat. La loi du 7 germinal an XI (28 mai 1803) établit enfin le « franc de germinal » en fixant le poids en or d'une pièce de 20 f.

SECTION II. — L'inexécution

I. — DROIT ROMAIN

[154] Les parties doivent respecter scrupuleusement leurs engagements. L'inexécution n'est pas toujours le fait du débiteur, elle peut tenir soit à la mauvaise volonté du créancier qui refuse toute coopération, soit à un cas de force majeure. Quelle que soit son origine, l'inexécution ne présente pas toujours le même degré de gravité : 1) Elle peut être temporaire, et résulter d'un simple retard ; 2) Elle peut, à l'inverse, revêtir un caractère définitif, quand il y a *impossibilité d'exécuter la prestation*.

[155] 1^o RETARD DANS L'EXÉCUTION. — Le contractant, qui empêche par sa faute l'exécution de l'obligation, peut être *mis en demeure* de faire cesser le retard apporté. La demeure (*mora*) est donc une situation juridique dans laquelle peut se trouver : 1) Le débiteur, et même, quoique plus rarement, 2) Le créancier.

1) *Mora debitoris*. — Bien que cela soit discuté pour l'époque classique, le débiteur, à Rome comme de nos jours (C. C., art. 1139), n'est en demeure que s'il a été l'objet d'une sommation de la part du créancier (D., 22, 1, 32). L'*interpellatio* peut être adressée sans forme, mais elle doit être expresse. La *mora debitoris* a pour effet de perpétuer l'obligation et de l'augmenter éventuellement de dommages-intérêts. La dette ne peut plus s'éteindre par prescription ou par cas de force majeure (D., 45, 1, 91, 3 ; cf. C. C., art. 734). Par souci d'équité, les juristes de la fin du Haut-Empire allègent la responsabilité du débiteur en demeure. Si l'obligation porte sur un corps certain, qui a péri sans faute du débiteur, ce dernier peut dégager sa responsabilité en prouvant que la chose aurait également péri si elle s'était trouvée chez le créancier, et que celui-ci n'aurait pu la vendre depuis le jour de la demeure (D., 30, 47, 6). Les intérêts du créancier ne sont pas pour autant négligés. Non seulement la chose disparue lui sera remboursée à sa plus haute valeur (D., 19, 1, 3, 3), mais il aura droit, depuis le jour de la *mora* : aux fruits, si la chose est frugifère, aux intérêts, dits moratoires, s'il s'agit d'une somme d'argent. La demeure du débiteur prend fin soit par l'exécution de l'obligation, soit par un accord intervenu entre les parties, soit encore par la mise en demeure du créancier.

2) Beaucoup plus rare que la précédente, la *mora creditoris* a pour origine le refus injustifié du créancier d'accepter la prestation du débiteur. Parallèlement à la *mora debitoris*, la demeure du créancier résulte de l'offre de payer faite par le cocontractant (D., 46, 3, 72, pr.). Outre la purge qu'elle opère de la demeure du débiteur, ses effets apparaissent comme la réplique de ceux de cette dernière. Des dommages-intérêts peuvent être accordés au débiteur pour l'indemniser des frais de garde (D., 19, 1, 38, 1), les risques enfin sont à la charge

du créancier, l'autre partie n'est plus responsable que de son dol (D., 18, 6, 5 et 18). Dès le Haut-Empire, semble-t-il, le débiteur a pu échapper à toute responsabilité en déposant la chose due dans un temple ou dans des caisses publiques (D., 22, 1, 7 ; C., 8, 42, 9). Cette pratique a son équivalent dans notre moderne versement à la caisse des dépôts et consignations. La *mora creditoris* prend fin par la mise en demeure du débiteur (D., 18, 6, 18).

[156] 2^o IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION : *La responsabilité contractuelle.* — L'inexécution, lorsqu'elle revêt un caractère définitif, engendre pour le débiteur une *responsabilité* variable selon que sa volonté ou un événement extérieur à celle-ci (cas fortuit) est en cause. Mais pour commode qu'elle soit, l'opposition de la doctrine moderne entre responsabilité *subjective* et *objective* ne doit pas être exagérée. Grâce à l'idée très nuancée que les juristes romains se font de la *culpa*, on passe insensiblement de la théorie de la *faute* à celle du *risque*.

A l'époque classique, il est impossible de donner un critère précis et général permettant de délimiter les différents degrés de responsabilité du débiteur. Les concepts sont « intuitifs », issus qu'ils sont « de la réalité de la vie » (BIONDI, p. 347). Ce n'est qu'au cours du Bas-Empire que les règles se précisent, que les classifications se dessinent.

Quel que soit enfin le critère choisi pour apprécier la responsabilité, celle-ci ne produira d'effets que s'il y a eu dommage impliquant *réparation*.

A) Critères de responsabilité

[157] 1^o DROIT CLASSIQUE. — a) RESPONSABILITÉ OBJECTIVE. — L'impossibilité d'exécution ne peut exister pour des choses de genre (*genera non pereunt*). Au contraire, la destruction de la chose individuellement déterminée (*species*) empêche l'accomplissement de la prestation. Si aucune faute ne peut être imputée aux contractants il y a cas fortuit ou force majeure (« Il y a *antinomie* entre la force majeure et la faute » : CARBONNIER, II, p. 524). Cette situation est qualifiée par les Romains de *periculum*, et on doit se demander par qui le risque sera supporté.

De très bonne heure à Rome, on s'efforce de décharger le débiteur de toute responsabilité, et cela pour les contrats de bonne foi comme pour ceux de droit strict. Il suffit pour le débiteur de prouver que l'impossibilité d'exécuter résulte d'un événement que sa force insurmontable (*vis major*) ou son caractère imprévisible (*damnum fatale*) empêche de combattre : incendie, tempête. En principe, le débiteur qui a prouvé la force majeure est libéré. Cependant il reste parfois tenu. Soit parce qu'une faute de sa part est à l'origine de la destruction fortuite de la chose : c'est l'exemple classique de celui qui a emprunté un cheval pour se rendre dans une localité et qui s'en sert pour aller à la guerre (D., 13, 6, 5, 7). Soit parce qu'il encourt une responsabilité aggravée à raison de la garde (*custodia*) de la chose qui lui incombe. Le débiteur est tenu non à raison d'une négligence même indirecte, mais du seul fait que la chose dont il a la garde a été endommagée. Les juristes de l'époque classique ont toutefois tenté de faire une différence entre le cas fortuit et la force majeure, cette dernière est toujours une source d'exonération, car même si on l'a prévue on ne peut lui résister. Au contraire, celui qui a la garde d'une chose est censé avoir prévu tous les dommages susceptibles de l'atteindre (cf. SARGENTI). Les débiteurs qui encourent une responsabilité ainsi renforcée sont essentiellement ceux qui retirent un avantage exclusif du contrat, tels l'emprunteur (prêt à usage ; GAIUS, 3, 206), ou ceux dont l'obligation consiste à garder une chose : surveillant d'un entrepôt, maître de navire, aubergiste, maître d'écurie (*Paul. Coll.*, 10, 9, 1). Mais au cours de l'époque classique la responsabilité contractuelle tend à s'organiser de plus en plus autour de la notion de faute (*culpa*).

[158] b) RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE. — En l'absence de force majeure, l'inexécution de la prestation constitue une faute. A la différence des modernes, les Romains distinguent nettement la faute contractuelle de la faute délictuelle. La première procède de la seconde qui a fait l'objet d'une théorie générale dès l'époque classique, grâce aux commentaires auxquels a donné lieu la *loi Aquilia* (n° 363), la faute contractuelle a été surtout retenue dans les contrats de bonne foi. La détermination de la *culpa* implique une recherche psycholo-

gique inconcevable dans les contrats de droit strict où le pouvoir d'appréciation du juge est très réduit. Pour décider de la culpabilité du débiteur dans ces conventions, on utilise un critère rudimentaire : celui du fait positif. Le promettant n'encourt de responsabilité contractuelle que pour une faute de commission, par exemple : meurtre de l'esclave qu'il devait livrer (D., 45, 1, 91, pr.). Au contraire, s'il s'abstient de soigner l'esclave qu'il doit transférer, ou l'empoisonne et le livre encore vivant, il n'est pas responsable (D., 4, 3, 7, 3). Dans le premier cas, la perte de la chose ne provient pas d'un acte accompli par le débiteur, dans le second, l'esclave étant livré, les conditions du contrat sont respectées en la forme. Au début du Haut-Empire l'injustice d'une telle solution est corrigée sur le terrain délictuel grâce à l'*action de dol*, mais ce n'est que dans les contrats de bonne foi que les juristes pourront préciser la notion de *culpa*.

[159] LE CRITÈRE D'UTILITÉ. — Plusieurs sortes de fautes sont progressivement dégagées et une gradation s'ébauche. On utilise généralement, pour expliquer cette classification, le principe de l'*utilitas* : la responsabilité du contractant est d'autant plus lourde qu'il a plus d'intérêt à l'exécution de la convention (KUEBLER). Un tel principe n'a certainement pas inspiré les juristes classiques, ils n'éprouvent nullement le besoin de justifier, en se référant à une théorie générale, des solutions qui sont le fruit de leur expérience. Mais c'est tomber dans l'excès inverse que de croire au caractère non classique des textes qui se concilient avec ce principe. Les juristes byzantins ont su s'accommoder des solutions empiriques de leurs prédécesseurs ; ils les généralisent, et ils éprouvent le besoin de les justifier en se référant à l'*utilitas* (*Mosaïcarum Collatio*, 10, 1, 1).

A la base de la hiérarchie que l'on peut établir dans la responsabilité contractuelle, on trouve la responsabilité pour *dol*. Celui-ci, antithèse de la bonne foi, est « la volonté consciente d'avoir une conduite déterminée qui entraîne l'impossibilité d'exécuter ; mais il n'est pas nécessaire que le débiteur envisage une telle impossibilité, il suffit qu'il veuille accomplir l'acte qui est à son origine » (BIONDI, p. 348). La responsabilité contractuelle se substitue dans ce cas à la responsabilité

délictuelle. L'acte coupable peut être un acte positif ou une omission. La responsabilité pour dol est la plus légère que puisse encourir un débiteur. Elle est seule retenue à l'encontre de certains contractants qui n'ont aucun intérêt à l'exécution de la convention et qui rendent à l'autre partie un service d'ami. Tel est le cas du dépositaire, du mandataire et, en principe, de l'associé. Mais le plus souvent, les parties ont un intérêt sensiblement équivalent à l'exécution de la prestation. Elles encourent de ce fait une responsabilité plus lourde à raison non plus seulement de leur dol mais de leur faute. A l'époque classique, la *culpa* s'apprécie *in abstracto*. On compare la conduite du débiteur, qui n'a pas exécuté son obligation, à celle du *pater familias* type, qui gère ses biens avec *diligentia*. On constate généralement que les juristes classiques ont considéré la faute « objectivement et sans rechercher l'intention » (LEPOINTE, MONIER, p. 362). On ne saurait en conclure pour autant que l'on était incapable à cette époque de se livrer à des recherches psychologiques. Celles-ci ont été nécessaires pour préciser dans quelle condition et dans quelle mesure l'attitude du débiteur est fautive, comparée à celle du bon père de famille. Les classiques veulent éviter les aléas d'une analyse psychologique individuelle faite par un juge qui, encore sous le Haut-Empire, n'est qu'un simple particulier.

[160] 2^o DROIT BYZANTIN. — a) PRAGMATISME. — Au Bas-Empire, la responsabilité contractuelle subit des modifications importantes et la gradation des fautes se complique. Pour des raisons d'équité, sinon d'opportunité, la faute lourde est assimilée au dol (*culpa lata dolo aequiparatur*). Les juristes byzantins définissent la faute lourde comme étant une négligence excessive (D., 50, 16, 213, 2). Cette *nimia negligentia* est appréciée *in abstracto* car, précisent-ils, dans une formule suggestive bien qu'un peu restrictive, elle consiste à *non intelligere quod omnes intelligunt*. Du point de vue de l'analyse psychologique, l'assimilation de la faute lourde au dol est une erreur, car on ne trouve pas dans celle-là l'intention de tromper qui caractérise celui-ci. Les considérations pratiques l'emportent néanmoins. Dans le commerce une sottise exagérée est aussi répréhensible que le dol. Comme à l'époque classique, la responsabilité pour

dol ou faute lourde est la responsabilité minima encourue par tout débiteur. Le nombre de ceux qui voient leur responsabilité limitée à ce premier stade va diminuant, conséquence directe de la réduction des contrats qui comportent un service entièrement gratuit à la charge du débiteur. Le service d'ami est une conception surannée qui n'existe plus à la fin du Bas-Empire que pour le dépôt et le mandat.

[161] *b*) DOGMATISME. — Si pour des raisons d'utilité, les juristes du Bas-Empire assimilent faute lourde et dol, contrairement à l'analyse psychologique, ils font en revanche largement appel à celle-ci pour dégager une nouvelle catégorie de faute : la *culpa levis in concreto*. Cette faute légère est établie en comparant l'activité que déploie le débiteur dans l'exécution du contrat, et celle dont il fait preuve dans la gestion de ses propres affaires. Il y a là en quelque sorte une présomption de dol et par là même une atténuation de la responsabilité pour faute de l'époque précédente. Il est en effet préférable, sinon plus équitable, pour le débiteur, que sa conduite soit appréciée en fonction de ses propres capacités et non de celles d'un *pater familias* abstrait qui, par hypothèse, est un personnage diligent. Ainsi l'associé, qui n'était auparavant tenu que de son dol, devient responsable à raison de sa *culpa levis in concreto*. Une telle aggravation reflète l'évolution d'un contrat dont le caractère fraternel s'atténue conformément aux exigences économiques.

Au Bas-Empire, comme à l'époque classique, la responsabilité de droit commun reste celle de la *culpa levis in abstracto*. Les juristes byzantins ne font que préciser ou généraliser les solutions antérieures, et se réfèrent éventuellement pour les justifier au principe d'utilité.

Moins soucieux d'innover que d'uniformiser les règles de la responsabilité contractuelle, les Byzantins cherchent à rapprocher la responsabilité pour *custodia* de celle encourue pour faute. Pour ce faire, ils créent une variété de faute : la *culpa in custodiendo*. Elle engage la responsabilité de l'emprunteur et de celui qui a loué un bien mobilier.

Néanmoins JUSTINIEN conservera l'ancienne responsabilité objective pour les maîtres de navires, les aubergistes et les maîtres d'écurie.

B) La réparation

[162] Quand le retard ou le défaut d'exécution de l'obligation engage la responsabilité du débiteur, celui-ci peut faire l'objet d'une sanction judiciaire à la demande du créancier. Pendant la majeure partie de l'époque classique, le juge, qui est un simple particulier, ne dispose pas de la force publique, il ne peut obliger le débiteur à exécuter son obligation, et ne prononce qu'une condamnation pécuniaire. Si l'objet de l'obligation n'est pas une somme d'argent, l'évaluation sera souvent limitée par un maximum (*taxatio*).

Il en va différemment avec la procédure extraordinaire, qui apparaît sous le Haut-Empire : le juge, agent de l'Etat, a les moyens nécessaires pour faire procéder à l'exécution de l'obligation (LEPOINTE, MONIER, p. 365). Mais l'exécution forcée en nature n'est pas toujours possible, soit que l'objet de l'obligation ait disparu, soit qu'il s'agisse d'une obligation de faire à caractère personnel : exécution d'un portrait par exemple. Dans ce cas on aura recours à l'ancien système : celui de la condamnation au paiement de dommages-intérêts. Bien plus, à la fin du Bas-Empire, on constate la répugnance des pouvoirs publics à faire procéder à l'exécution en nature dès lors qu'elle implique une pression sur l'activité de l'individu. JUSTINIEN ordonne de l'éviter autant que faire se peut, et de la remplacer par un paiement ou la livraison d'une chose déterminée (I, 4, 6, 32). Juridiquement, la différence entre les obligations de faire et celles de livrer peut sembler excessive. Il n'est pas plus difficile d'obliger un débiteur à payer qu'à exécuter une prestation. Pratiquement, il est plus facile de saisir une partie du patrimoine que de contraindre à l'exécution d'une prestation. C'est ce qui explique qu'une telle différence se soit perpétuée en droit moderne où on la justifie par le désir d'éviter « l'emploi de moyens violents contraires à la liberté individuelle » (RIPERT et BOULANGER, II, n° 1641).

Si l'exécution en nature est rejetée pour des raisons d'impossibilité, sinon d'opportunité, l'obligation sera exécutée grâce au versement de dommages-intérêts : 1) Ces derniers sont habituellement fixés par le juge, mais de même que les contrac-

tants peuvent modifier les règles de la responsabilité ; 2) Ils peuvent préciser dans une *convention* le montant de la réparation.

[163] DOMMAGES-INTÉRÊTS JUDICIAIRES. — Traditionnellement, les Romains distinguent deux modes d'évaluation des dommages-intérêts, selon que le juge prend en considération la valeur d'échange de l'objet du contrat (*quanti ea res* : D., 50, 16, 179), ou selon qu'il tient compte de l'ensemble du préjudice causé par l'inexécution (*id quod interest* : D., 19, 1, 1, pr.). Pour apprécier la valeur d'échange on se placera, selon la nature de l'action intentée, au moment de la *litis contestatio* (*quanti ea res est*, si l'objet est une chose certaine et bien déterminée : D., 13, 6, 3, 2) ou au moment du jugement (*quanti ea res erit*). Pour évaluer l'ensemble du préjudice causé, il faudra tenir compte à la fois de la perte effectivement subie (*damnum emergens*), et du manque à gagner (*lucrum cessans*). C'est surtout à l'occasion des contrats de bonne foi que l'on utilisera ce calcul complexe mais qui aboutit à une indemnisation plus juste. C'est également dans ces contrats que la restitution des fruits, ou le versement d'intérêts, est exigé du débiteur à compter du jour de sa mise en demeure ou de la conclusion du contrat (D., 22, 1, 38, 7 ; 22, 1, 35). Une évaluation aussi nuancée de la réparation à fournir laisse au juge un tel pouvoir d'appréciation que, dès le Haut-Empire, on cherche à se prémunir contre les risques d'arbitraire. Les juristes romains estiment que l'on ne doit tenir compte que de l'utilité directe qu'aurait pu procurer l'exécution du contrat et du dommage qui résulte directement de sa non-exécution (D., 19, 1, 21, 3). L'empereur JUSTINIEN ne se contente pas de ces directives, il fixe un ordre de grandeur à ne pas dépasser : le double de la valeur vénale (C., 7, 47).

[164] DOMMAGES-INTÉRÊTS CONVENTIONNELS. — Jurisconsulte et législateur ne sont pas les seuls à se méfier de l'excès de liberté laissé au juge, les parties, elles aussi, cherchent souvent à se protéger en décidant, qu'en cas d'inexécution, une somme forfaitaire sera versée au créancier. Une telle substitution des parties au juge est même préconisée, dans les *Institutes de Justinien* (3, 15, 7), si l'objet du contrat présente des difficultés

particulières d'évaluation (obligation de faire ou de ne pas faire). La convention de dommages-intérêts se présente sous la forme d'une stipulation (*stipulatio poenae*) soit unique et conditionnelle, soit double. Ces deux formes illustrent la dualité de fonction de la clause pénale, tantôt répressive, tantôt réparatrice. La première forme, rigide (*Si tu ne me donnes pas telle chose, promets-tu de me donner telle somme?*, D., 45, 1, 115, 2), a des effets corrélativement rigoureux. La *poena* est encourue même en cas d'inexécution partielle (D., 45, 1, 85, 6), cette dernière existe dès l'arrivée du terme, sans mise en demeure (D., 44, 7, 23), et l'on ne tient nul compte de l'impossibilité d'exécuter par cas fortuit (D., 9, 2, 22, pr., V. GIRARD, p. 703, n. 5). La peine apparaît comme l'objet même de l'obligation, mais elle est conditionnée par l'inexécution de la prestation. La double stipulation est, à l'inverse, d'un maniement plus souple : *Promets-tu de me donner telle chose ? Si tu ne me la donnes pas, promets-tu de me donner telle somme ?* (D., 45, 1, 115, 2). Cette forme, plus normale que la précédente (KASER, I, p. 433), donne à la peine un rôle accessoire de réparation. En principe, on ne peut cumuler les dommages-intérêts conventionnels et judiciaires, pas plus que l'on ne peut exiger le paiement de la *poena* et l'exécution de l'obligation (D., 19, 1, 28). Toutefois les parties peuvent prévoir que la peine sera versée pour sanctionner le simple retard dans l'exécution qui n'en doit pas moins avoir lieu, la *poena* représente alors l'intérêt qu'avait le créancier à être payé dans le délai prévu (D., 17, 2, 60, pr.). En fait, le cumul permet souvent de tourner les lois contre l'usure en dépit des précautions (D., 22, 1, 9, pr.). Selon les compilateurs de Justinien le cumul est possible dans les contrats de bonne foi, si le versement de la *poena* n'a pas totalement indemnisé le contractant, celui-ci peut pour le surplus utiliser l'action du contrat (D., 17, 2, 42, *itp.* ; D., 19, 1, 28, *itp. in fine*). Interprétant la volonté des parties, les Byzantins estiment que la *poena*, forfait minimum, peut être augmentée en cas de réparation incomplète (D., 19, 1, 28, *itp.* ; cf. B. G. B., art. 340 ; *contra* C. C., art. 1152).

La clause pénale a de multiples fonctions. Normalement, elle permet de se prémunir contre l'arbitraire du juge, les

retards afférents à une évaluation complexe, ou de tenir compte de l'intérêt spécial que l'on peut avoir à l'exécution du contrat ou à l'observation de certaines de ses clauses (D., 17, 2, 71 : convention entre associés ; D., 23, 4, 12, 2 : convention en restitution de dot qui donne au débiteur le choix entre la *poena* ou l'exception). Elle peut aussi rendre indirectement obligatoire une prestation non exigible en justice, soit parce qu'elle n'est pas susceptible d'évaluation, soit parce que prévue en faveur d'un tiers (v. n^o 124). Elle est enfin susceptible de sanctionner l'inexécution d'un *pacte nu* et donc démunie d'action. Son emploi, dans ce dernier cas, est courant en droit byzantin (v. *Novelle*, 72 de LÉON LE SAGE, fin IX^e siècle).

II. — ANCIEN DROIT

[165] L'EXÉCUTION FORCÉE. — Faute de payer au terme fixé, le débiteur est, en droit franc, traité comme un délinquant ; mais on s'en prend à ses biens avant de s'en prendre à sa personne (*L. sal.*, 50) : c'est la saisie privée qui donne la mesure du déclin de l'Etat et que la loi des Visigoths et Charlemagne (*BOR.*, I, p. 70) tentent de restreindre.

Au XIII^e siècle, si l'intervention du juge est la règle, il demeure encore de nombreux cas d'arrêts des débiteurs (interdits par les Décrétales) ou de saisie privée : en faveur des bourgeois ou des nobles, contre les forains, à l'occasion de certaines créances : loyers (cf. encore saisie-gagerie), prix de vente (cf. privilège du vendeur), dommage causé par les animaux.

L'exécution en nature répugne toujours aux romanistes : un promettant ne peut être *precise cogi ad factum*. Le droit canonique, tenant l'inexécution pour un péché, admet la règle inverse et use contre le débiteur des moyens de contrainte spirituels (l'excommunication, par exemple). Si la promesse est faite sous serment, on n'échappe pas au parjure en payant des dommages-intérêts. De même les marchands préfèrent l'exécution en nature et l'imposent dans les ventes commerciales.

Dès lors que la condition du débiteur s'améliore, on s'occupe moins d'obtenir l'exécution forcée que de déterminer les conditions et les conséquences de l'inexécution.

[166] LE RETARD DANS L'EXÉCUTION. — Les premiers glossateurs discutent déjà de la nécessité d'une mise en demeure (*Diss. dom.*, 57, p. 43). La glose (C. VIII, 38, 12) admet que le débiteur est en demeure par la seule échéance du terme.

Les canonistes et la pratique trouvaient cette règle trop rigoureuse et on en vint même au XVII^e siècle à regarder comme simplement comminatoires les clauses qui la rappelaient. Pour les effets de la mise en demeure, on se borne à reprendre les solutions romaines.

La *mora* du créancier suscite aux XI^e et XII^e siècles quelques difficultés : le *Livre de Tubingen* indique que l'on peut faire une offre en présence de témoins. Plus tard, on s'en remet à l'office du juge. Le droit coutumier connaît, pour les retraits, l'offre à deniers découverts (à bourse déliée) qui paraît fort ancienne.

[167] LA FAUTE. — La faute, la force majeure et l'état de nécessité ne sont pas appréciés autrement que pour un délit.

La *faute* est parfois appréciée plus sévèrement qu'en droit romain : au cas de dépôt, par exemple. Mais, en général, les romanistes reprennent les solutions romaines en raffinant sur elles : la *culpa levissima* est identifiée à la *diligentia exactissima* et celle-ci est imposée pour le commodat, par les canonistes pour le dépôt et parfois pour le gage. Il est manifeste que ces subtilités agacent bien des auteurs (DONEAU, DOMAT).

[168] LES DOMMAGES-INTÉRÊTS. — L'inexécution cause un préjudice au créancier qui doit être indemnisé de l'*interesse*. En commentant la loi *Socium* (D. 17, 2, 60), les glossateurs vont nettement distinguer *interesse* et *usura*. La glose du Décret de Gratien distingue le gain (*lucrum*) qui est interdit et le dommage (*damnum*) qui doit être réparé (n^o 240). Même SAINT THOMAS admet qu'en cas de prêt, l'emprunteur est tenu à un *interesse* s'il ne rend pas l'argent au terme convenu (II^a, 2^e, 64, 4).

Dans son traité *De eo quod interest*, DU MOULIN va préciser les règles romaines ; il donne douze explications de la *lex unica* (C. 7, 47). POTHIER retiendra seulement de celles-ci que la condamnation ne peut porter que sur les dommages qui pouvaient être prévus au jour du contrat (cf. art. 1150 C. civ.).

[169] LES CLAUSES PÉNALES. — Les clauses pénales sont très fréquentes dans les actes dès le haut Moyen Age : il s'agit de menaces de peines spirituelles, d'imprécations d'une rare variété, mais aussi de peines temporelles : amendes parfois considérables (un poids d'or égal à celui du débiteur) à payer au fisc ou à la partie lésée.

La *poena* s'ajoute au capital et elle peut devenir usuraire : les étudiants de Bologne et les prélats de la Curie auraient eu spécialement à souffrir de cette pratique. Les canonistes, émus de leur sort, annulaient la clause pénale si le créancier lui avait donné non une portée comminatoire, mais une portée usuraire : il s'agissait en somme de rechercher (au for interne) l'intention des parties.

Les Décrétalistes et les romanistes rapprochèrent *poena* et *interesse* : la *poena* est licite si elle représente vraiment le dommage subi.

DU MOULIN et POTHIER (n° 342) reprennent la même doctrine (cf. art. 1229, C. civ.) ; mais ils enseignent que la peine pourra toujours être modérée par le juge : on retrouve aujourd'hui les mêmes difficultés à propos des astreintes.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

MORA DEBITORIS. — V. la bibliographie dans KASER, *PWRE*, t. XVI, p. 252 ss. et dans le récent article de NIEDERMAYER, *Studien zu dem wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabiners*, dans *Festschrift Schulz*, t. I, 1951, p. 399 ss. Sur le caractère essentiel du rapport entre le retard et la volonté, v. S. RICCOBONO, *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano (sino all'età degli Antonini)*, *Annali del Sem. Giur. di Palermo*, 1964 ; et les études d'A. ELEFANTE, dans *Labeo*, 1960, p. 30 ss. ; *Mnemeion Solazzi*, p. 397 ss. Selon l'opinion dominante, l'*interpellatio* n'était pas nécessaire avant JUSTINIEN pour la mise en demeure. V. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand der Schuldnersverzugs*, dans *ZSS*, 1924, p. 86 ss. ; SIBER, *Interpellatio und mora*, dans *ZSS*, 1929, p. 47 ss. ; *contra* BUCKLAND, *Studi Riccobono*, I, p. 280 ss.

Il est probable que les compilateurs de JUSTINIEN n'ont fait que généraliser une solution qui avait l'avantage de tenir compte à la fois d'une pratique fort répandue et de la *favor debitoris*. C'est ce qui explique que, même sous Justinien, certains délinquants comme les voleurs, qui sont indignes d'intérêt, soient toujours en demeure sans sommation (D., 13, 1, 8, 1 ; cf. C. C.,

art. 1302). A cette exception légale, que comporte le principe de l'*interpellatio*, s'ajoute, comme de nos jours, une exception conventionnelle : les parties peuvent décider que l'arrivée du terme mettra le débiteur en demeure. C'est à une généralisation analogue qu'auraient procédé les compilateurs pour alléger la responsabilité du débiteur si le créancier ne pouvait éviter la perte de l'objet (LEPOINTE et MONIER, p. 358 ; BIONDI, p. 353). Mais les controverses, dont ULPIEN se fait l'écho (D., 6, 1, 15, 3 ; 30, 47, 6), laissent plutôt croire que la solution, discutée à la fin de l'époque classique, était définitivement admise avant Justinien, les compilateurs n'ayant opéré que des remaniements formels (D., 4, 2, 14, 11).

Les intérêts moratoires ne sont dus que pour les obligations de bonne foi et sont fixés par le juge. Les parties peuvent cependant prévoir des intérêts conventionnels qui sanctionnent le retard du débiteur dans les contrats de droit strict. Mais il ne faut pas qu'à cette occasion ils fassent échec aux lois qui répriment l'usure (D., 22, 1, 9, pr.). Sur la *purgatio morae* et la *perpetuatio obligationis*, v. en dernier lieu MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*, D., 45, 1, 91, dans *Iura*, 1956, p. 6 ss.

MORA CREDITORIS. — A l'époque classique encore, le caractère insolite de la *mora creditoris* est tel que le débiteur peut abandonner la chose due. S'il s'agit de vin, pour éviter les inconvénients résultant de l'immobilisation de ses tonneaux, il pourra le répandre. Il semble que, dès le Haut-Empire, une solution plus équitable ait été à tout le moins préconisée (D., 18, 6, 1, 3). Le débiteur est invité à faire son possible, quitte à se faire indemniser, pour trouver des récipients. En outre, il ne pourra verser le vin qu'après en avoir averti son cocontractant (LEPOINTE et MONIER, p. 359 ; BIONDI, p. 407, pensent que la solution a été remaniée par les compilateurs). V. sur le dépôt dans les caisses publiques de la chose due : CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, dans *AUCT*, 1949 ; BOVE, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, dans *Labeo*, 1955, p. 173 ss. Selon ces auteurs ce n'est que sous JUSTINIEN qu'un tel dépôt aurait eu effet libératoire.

CRITÈRES DE RESPONSABILITÉ

RESPONSABILITÉ OBJECTIVE. — Le droit romain a fait occasionnellement une différence entre le cas fortuit et la force majeure, mais aucun critère de distinction n'a été dégagé avec netteté. V. SARGENTI, *Problema della responsabilità contrattuale*, dans *SDHI*, 1954, p. 127 ss. ; BETTI, *Periculum : Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico et giustiniano*, dans *Jus*, 1955, p. 333 ss. Le principe est celui de la responsabilité pour *culpa*, en droit classique comme au Bas-Empire, mais à cette époque le législateur n'hésite pas à imposer une responsabilité objective quand les nécessités pratiques l'exigent. V. notamment pour les *pistores* et les *navicularii* : de ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto postclassico*, dans *Studi de Francisci*, t. IV, 1956, p. 419 ss. et DU MÊME AUTEUR : *Sul principio limitativo della responsabilità armatoriale nella storia*, dans l'*Europa e il diritto romano*, dans *Studi Koschaker*, t. II, p. 559 ss., et pour l'*horrearius* : F. B. J. WUBBE, *Zur Haftung des Horrearius*, *ZSS*, 1959, p. 508 ss.

RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE. — Sur les rapports qui existent entre *culpa* et *custodia*, et la comparaison que l'on peut faire avec la théorie moderne de la responsabilité du fait des choses inanimées, v. MARTON, *Rinascita della dottrina classica della responsabilita per custodia*, dans *Iura*, 1956, p. 124 ss.

Sur le binôme *culpa et diligentia*, v. l'article de F. M. de ROBERTIS, dans *Studi Betti*, II, 1962, p. 349.

Pour l'étude de la responsabilité, l'ouvrage de base reste celui d'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilita contrattuale in diritto romano*², Naples, 1933. V. en outre F. M. de ROBERTIS, *La disciplina della responsabilita contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1962. V. également sur une question particulièrement complexe : L. MENAGER, « Naulum » et « receptum salvam fore ». Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain, *RHD*, 1960, p. 177 et 385. Sur la *culpa in contrahendo* : P. STEIN, *Fault in the formation of contract in Roman Law and Scots Law*, *Aberdeen University Studies*, 1958.

LA RÉPARATION. — DOMMAGES-INTÉRÊTS JUDICIAIRES (DAMNUM EMERGENS ET LUCRUM CESSANS). — Selon l'opinion la plus répandue, les limitations apportées au pouvoir d'appréciation du juge seraient toutes l'œuvre de Justinien et de ses compilateurs. V. MONIER, p. 239 et KASER, I, p. 419, et bibliographie. KASER (p. 418) adopte une position plus nuancée. Une fois de plus, le système qui consiste à opposer le droit classique au droit de JUSTINIEN, en recourant à des interpolations massives, s'avère peu satisfaisant. S'il paraît évident que le D., 19, 1, 44, fragment isolé de quelques lignes, qui interdit de dépasser le double de la valeur vénale, a été interpolé par référence à la législation de JUSTINIEN, les remaniements des autres textes paraissent beaucoup plus douteux. Les discussions, les doutes émis, sont la preuve qu'une doctrine s'élabore à partir de solutions d'espèce consacrées par l'usage (v. notamment D., 18, 6, 20 ; 19, 1, 43). V. D. MEDICUS, « *Id quod interest* ». Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes, *Forschungen zum römischen Recht*, 1962. Pour un bon exemple de systématisation à base d'interpolations, v. R. H. BELOW, *Die Haftung für « lucrum cessans » im römischen Recht*, *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 46, Munich, 1964 : le dédommagement pour *lucrum cessans* n'aurait été admis à l'époque classique que dans des cas d'espèce et en fonction d'un seul critère objectif.

DOMMAGES-INTÉRÊTS CONVENTIONNELS. — Bien que discuté (GIRARD, p. 703, n. 2) le caractère accessoire de la clause pénale paraît résulter de D., 45, 1, 69. Sur les difficultés soulevées par l'absence de terme prévu par les parties, v. une bonne mise au point de la question dans MONIER, p. 241.

Sur le rapprochement de la *stipulatio poenae*, unique, conditionnelle et de la stipulation alternative, v. KASER, I, p. 434.

L'atténuation sous JUSTINIEN du caractère forfaitaire de la peine est d'autant plus nette que, dans les cas d'espèce discutés, la prestation consiste en un *facere* dont l'estimation implique une part d'arbitraire. Notons que le recours à l'évaluation par le juge ne peut s'expliquer, comme en droit moderne, par le désir d'éviter que par son chiffre infime la clause pénale aboutisse à répu-

dier toute indemnité, le contractant étant à Rome, libre de choisir entre l'action du contrat et celle de la *stipulatio poenae* (D., 19, 1, 28).

V. la bibliographie ancienne dans BIONDI, p. 432.

Pour l'époque byzantine (VI^e siècle ss.), D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antike Rechtsgeschichte*, 1960.

ANCIEN DROIT

Sur la doctrine des glossateurs, précieuses indic. dans MEYNIAL, De la sanction civile des obligations, *Rev. prat. dr. fr.*, 1889 ; sur la *mora*, A. MONTEL, *La mora del debitore*, 1930 complétant GUARNERI-CITATI, dans *Ann. Palermo*, 1924, p. 161. La question a été reprise par H. LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe*, Cologne, 1955 (c. r. R. FEENSTRA, *ZSS rom.*, 1956, p. 461) ; D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale*, Milan, 1957 ; H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen*, 1957, Francfort-s.-Main, 1960 (c. r. P. OURLIAC, *TR*, 1962, p. 530 ; LE BRAS, *RHD*, 1962, p. 419) ; J.-L. GAY, *Recherches sur les origines de la responsabilité contractuelle, Etudes Le Bras*, p. 1191-1206.

Sur LES CLAUSES PÉNALES, A. FLINIAUX, dans *Mél. Fournier*, 1929, p. 238 ; A. DUMAS, dans *Etudes P.-F. Girard*, 1913, p. 95. Il serait fort intéressant d'étudier les clauses pénales dans les actes des VI^e au XII^e siècles ; cf. outre le vieux travail de SJÖGREN, 1896, STUDEMANN, *Die Pönformel der mitt. Urkunden*, dans *Arch. f. Urk.*, 1932, p. 251-374 et les très curieux actes méridionaux cités *Histoire du Languedoc (passim)*. C'est au moment où ces clauses se font plus rares (cepend. BEAUMANOIR, chap. 42 « Des peines promises ») que le droit savant s'en occupe.

La jurisprudence du XVI^e siècle aboutit, pour les INTÉRÊTS MORATOIRES, à des solutions fort nettes : 1^o Dans les actions de bonne foi, il était admis par les canonistes que les intérêts couraient de plein droit ; le vendeur d'une chose frugifère a droit aux intérêts du prix dès la livraison (sur X^a, V, 19, 8) ; de même pour une dot en deniers (*ibid.*, c. 16) ; même solution FERRIÈRE, v^o intérêts ; POTHIER, *Vente*, n^o 283 ; 2^o Pour le *mutuum* (et les contrats de droit strict) les romanistes hésitent. Le Parlement de Paris juge en 1533 que les intérêts partent du jour de la citation, règle reprise Ord. Orléans 1561, art. 60 ; 3^o L'évaluation des D.-I. est faite par le juge ; c'est l'Ord. d'Orléans qui fixe le taux au denier quinze et, entre marchands, au denier douze.

SECTION III. — La fraude contre les créanciers (« *fraus creditorum* »)

[170] Avec la généralisation de l'exécution sur les biens, au détriment de l'exécution sur la personne, on en vient à considérer que le patrimoine du débiteur garantit son obligation. Ce dernier n'en sera que plus enclin à le dissimuler en le transformant en argent, voire même à le faire disparaître par des

actes de disposition à titre gratuit plus ou moins déguisés. Si les créanciers ont un intérêt évident à empêcher de tels agissements, on ne peut ignorer le droit du débiteur à la gestion de ses biens. Le droit romain est parvenu à concilier les intérêts en présence grâce à une action traditionnellement dénommée *action Paulienne*. Adoptée par notre droit civil (art. 1167) et améliorée par notre droit commercial, cette procédure offre un exemple remarquable de persistance de la technique juridique.

La répression de la fraude contre les créanciers n'a été réalisée que progressivement à l'époque classique grâce à différents moyens de procédure utilisés par le préteur. Dans les *compilations de JUSTINIEN*, les juristes byzantins n'ont pas seulement voulu faire œuvre de synthèse, ils se sont montrés soucieux d'assurer une meilleure protection des intérêts des créanciers.

[171] INTERVENTION DU PRÉTEUR. — A l'époque classique, les moyens de procédure utilisés ne peuvent être déterminés que de façon hypothétique en raison des remaniements opérés par les compilateurs du Bas-Empire. A côté d'un interdit fraudatoire, il y a tout lieu de croire à l'existence d'une *restitutio in integrum* et d'une *exceptio* (V. MONIER, p. 243 ss.). Pour comprendre la mise en œuvre de ces moyens, il convient de rappeler que l'exécution sur les biens est à Rome une procédure collective : la *venditio bonorum*. Le magistrat envoie les créanciers du débiteur insolvable en possession des biens de celui-ci et un administrateur provisoire (*curator bonorum*) est désigné. Délais et mesures de publicité sont prévus pour permettre à tous les créanciers de se faire connaître. Après quoi, il est procédé à la vente du patrimoine du failli et à la distribution des dividendes. Durant le laps de temps qui va du jour de l'envoi en possession à celui de la vente, le débiteur, quoique dépossédé, conserve tous ses droits. Il peut non seulement faire de nouvelles dettes, mais transférer des droits réels ou en constituer sur ses biens.

Soucieux de protéger les intérêts des créanciers, sans pour autant porter atteinte aux droits du débiteur, le magistrat romain intervient si deux conditions se trouvent réunies :

- a) Un *élément matériel* : le préjudice subi par les créanciers ;
- b) Un *élément intentionnel* : la fraude du débiteur.

[172] 1^o LE DOMMAGE. — L'acte, pour être frauduleux, doit consister en un appauvrissement du débiteur et non pas en un refus de s'enrichir (D., 50, 17, 134, pr.). L'exemple de la répudiation d'hérédité est à cet égard significatif. En droit romain, ne pas accepter une succession ou un legs ne constitue pas une *fraus creditorum* car cela n'engendre ni diminution du patrimoine, ni augmentation des dettes, mais un manque à gagner (D., 42, 8, 6, 2). En droit moderne, la solution inverse n'est admise qu'en raison de la transformation des règles de la dévolution successorale. Héritier et légataire sont saisis *ipso jure* (C. C., art. 724) des biens successoraux par le seul effet de l'ouverture de la succession. En renonçant, ils s'appauvrissent, car ils abandonnent des biens qui leur appartenaient déjà. A Rome, un acte, l'addition d'hérédité, était indispensable pour l'acquisition d'une succession, refuser d'accomplir cet acte était permis au même titre que le refus d'une donation. En revanche, accepter une succession insolvable pourrait être une *fraus* en droit romain, non en droit moderne.

Constituent des actes d'appauvrissement, aussi bien des négligences volontaires qui entraînent prescription, forclusion ou péremption (D., 42, 8, 3, 1) que des actes positifs : donation (D., 42, 8, 6, 11), vente ou achat à un prix désavantageux (D., 42, 8, 7 ; 38, 5, 1, 12), constitution de sûreté réelle en faveur d'un créancier (D., 42, 8, 10, 13). En revanche, qui paie ses dettes s'enrichit, le remboursement d'un créancier est irrévocable, à condition d'avoir lieu avant l'envoi en possession. Solution inconciliable avec le souci d'établir une égalité entre les créanciers, mais les juristes de l'époque classique estiment que celui qui réclame son dû, même connaissant l'insolvabilité de son débiteur, ne fait qu'exercer son droit et voit son activité récompensée (D., 42, 8, 24). Au contraire, après l'envoi en possession, les créanciers ne peuvent échapper à la loi du dividende (D., 42, 8, 6, 7).

Les engagements pris par le débiteur sont valables (D., 42, 8, 3, pr.). Sans doute augmentent-ils le nombre des créanciers, mais ils n'appauvrissent pas en principe le débiteur qui fait entrer une contrepartie dans son patrimoine. Si elle existe, l'entente frauduleuse devra être prouvée. Élément matériel,

le préjudice doit consister en une diminution du patrimoine du débiteur. Les juristes romains n'ignorent pas cependant que l'on peut, sans diminuer son patrimoine, accomplir des actes qui permettront ultérieurement de le dissimuler ou de le dissiper facilement. Que le débiteur vende un bien ou demande la résolution d'une vente afin d'obtenir restitution du prix, le danger sera le même pour les créanciers. Cependant, dans le premier cas (D., 41, 4, 8), même si l'acheteur est au courant des intentions du vendeur, la révocation n'est pas admise, la preuve est trop délicate à apporter et une insécurité trop grande en résulterait pour les transactions. Dans le second cas, la résolution de la vente ne sera faite en fraude des créanciers que si elle a lieu sans vices réels de la chose, et donc à la suite d'une collusion entre les cocontractants qui justifie la révocation de l'acte (D., 21, 43, 7; *contra* SOLAZZI, p. 102, qui trouve la solution irrationnelle et donc interpolée).

L'appauvrissement du débiteur est une question de fait qui sera souverainement appréciée par le juge. Ce dernier devra se demander à cette occasion si l'appauvrissement est préjudiciable aux créanciers, c'est-à-dire rend le débiteur insolvable ou accroît son insolvabilité. Le préjudice, *eventus damni* (D., 42, 8, 10, 1), résultera de l'impossibilité pour le débiteur de payer ses dettes et c'est la liquidation de son patrimoine qui en apportera la preuve.

[173] 2^o LA FRAUDE. — L'existence d'un préjudice ne justifie l'action des créanciers qu'à la condition que le débiteur ait commis une fraude. Il doit avoir *conscience* de créer ou d'augmenter son insolvabilité, mais le *consilium fraudis* pourra se présumer (D., 42, 8, 17, 1). Pour être efficace, la répression doit atteindre ceux qui ont bénéficié de l'acte frauduleux, car le recours accordé aux créanciers contre leur débiteur insolvable, ou en passe de l'être, est illusoire. Les conditions d'exercice de l'action en justice diffèrent selon qu'il s'agit d'un acquéreur à titre onéreux ou gratuit. La justification que les juristes romains donnent de la distinction, montre bien leur souci de concilier les intérêts en présence.

[174] PROTECTION DES TIERS. — Le tiers acquéreur à titre onéreux est aussi digne d'intérêt que le créancier. Il faut choisir entre

l'appauvrissement de l'un ou de l'autre. Le critère de l'option sera dès lors fourni par la bonne ou la mauvaise foi du tiers. Au *consilium fraudis* du débiteur doit correspondre la *scientia fraudis* de son ayant cause. Quand celui-ci sait que le débiteur avec lequel il contracte est proche de la faillite il doit faire en sorte que les intérêts des créanciers ne soient pas lésés, car s'il y a *fraus creditorum* et qu'il en est conscient (achat à un prix inférieur à la normale par exemple), il pourra être poursuivi en justice (D., 42, 8, 6, 8). Si le tiers profite d'un acte à titre gratuit passé par le débiteur, sa situation est très différente. Il ne lutte plus alors pour éviter un dommage, mais pour conserver un bénéfice et on doit lui préférer en tout état de cause les créanciers appauvris par la donation de leur débiteur (D., 42, 8, 25, pr.). On notera cependant que la distinction entre actes à titre onéreux et gratuit n'est pas toujours aisée. Tel est le cas notamment de la constitution de dot. Acte à titre gratuit pour le constituant, la dot est un acte à titre onéreux pour celui qui la reçoit en contrepartie des charges du ménage (v. SOLAZZI, p. 245 ss.). Les sous-acquéreurs sont dans une situation analogue à celle de leurs auteurs. Si la complicité du premier acquéreur est établie, le sous-acquéreur de bonne foi pourra être poursuivi (D., 42, 8, 9). La sanction de la *fraus creditorum* n'est donc pas la nullité de l'acte frauduleux comme le confirment les caractères des voies de recours utilisés à l'époque classique.

[175] PROCÉDURE. — Conformément à l'organisation collective de la procédure d'exécution sur les biens, dont il n'est qu'un incident, l'interdit fraudatoire est normalement intenté par celui qui représente la masse des créanciers : le *curator bonorum*. Chaque créancier peut cependant en demander délivrance. Cet interdit, bien que nous étant mal connu, a dû avoir un caractère pénal qui s'est atténué peu à peu. Ce moyen de droit est analogue à une action personnelle, il est délivré pendant un an à partir du jour de la *venditio bonorum*, il est intransmissible passivement. On peut cependant agir tant après le délai d'un an que contre les héritiers, dans la mesure de l'enrichissement (D., 42, 8, 10). L'interdit est arbitraire, c'est-à-dire que la condamnation ne sera prononcée que contre celui qui

n'a pas restitué la chose reçue ou refusé d'aider à la révocation de l'acte frauduleux. Le résultat cherché par le prêteur est, en effet, la révocation plus que la nullité de l'acte passé. Enfin, la condamnation est au simple, elle ne comporte aucune peine et ne vise qu'à la réparation du préjudice causé.

A la différence de l'interdit, la *restitutio in integrum* a un caractère réel, elle permet d'annuler les transferts ou constitutions de droits réels, conséquence de l'acte frauduleux. Quant à l'*exceptio*, elle permettra à l'administrateur des biens de l'insolvable de paralyser les actions en justice que les bénéficiaires de l'acte frauduleux pourraient intenter.

[176] L'ACTION PAULIENNE. — Les *compilateurs de Justinien* ont simplifié la procédure en unifiant les voies de recours, ils ont renforcé la protection des créanciers en étendant le domaine d'application de l'action révocatoire. Comme en bien d'autres cas, ils ont dû être aidés par une évolution antérieure dont il est impossible de préciser l'ampleur. C'est au cours de ces remaniements, peut-être, qu'est apparu le nom d'*action Paulienne* (SOLAZZI, p. 72 ss.). Quoi qu'il en soit, à l'époque byzantine, la sanction de la *fraus creditorum* est assurée uniquement par une action révocatoire. Cette action peut être intentée par celui qui administre le patrimoine du failli au nom de tous les créanciers ou, à défaut et avec approbation du magistrat, par l'un des créanciers.

L'unification formelle des moyens de procédure n'allait pas sans difficultés en raison de leur caractère hétérogène. Aussi bien les juristes byzantins donnent-ils à l'action révocatoire une nature mixte se bornant à marquer leur préférence pour le caractère réel (SOLAZZI, p. 95 ss.), et à déclarer que l'action n'est pas donnée à titre pénal (D., 42, 8, 25, 1). Ils n'en laissent pas moins subsister le principe de l'intransmissibilité passive. Enfin l'action reste annale, ce qui s'explique autant par le désir d'éviter l'incertitude de la preuve dans une matière où prédominent les recherches psychologiques, que par le souci de ne pas développer l'instabilité des transactions.

Désireux de renforcer la protection des créanciers, les juristes byzantins étendent le champ d'application de l'action révocatoire. Les paiements frauduleux ne seront pas seulement

révocables après l'envoi en possession des créanciers, ils pourront être remis en cause même s'ils ont été faits avant la *missio in possessionem* (SOLAZZI, p. 270 ss.). En fait, ceci permettra au juge de déterminer une sorte de période suspecte analogue à celle que connaît notre droit commercial en matière de faillite. En revanche, comme en droit classique, le paiement n'est pas considéré frauduleux s'il est fait avec la seule intention de permettre à un créancier d'échapper à la loi du dividende, car le paiement régulier ne constitue pas une diminution du patrimoine. Comme en droit civil moderne, on présume cependant la fraude s'il y a eu *dation en paiement* (SOLAZZI, p. 281 ss.), mais à la différence de notre droit commercial, le paiement d'une dette non encore échue n'est pas révocable, on en déduira simplement un escompte proportionnel au laps de temps séparant le jour du paiement de celui de l'échéance (D., 42, 8, 10, 12).

Les juristes byzantins n'ont donc pas tiré toutes les conséquences d'une organisation collective de la liquidation du patrimoine du failli. Leurs hésitations montrent bien la difficulté soulevée par la conciliation du principe de l'égalité entre les créanciers et le droit de chacun à se faire payer par son débiteur. Notre droit civil rejetant la liquidation collective des biens de l'insolvable, c'est notre droit commercial qui a complété l'évolution du droit romain en permettant notamment au juge d'annuler les paiements faits pendant la période suspecte (C. Comm., art. 447).

[177] L'ANCIEN DROIT. — Peu de matières offrent une égale persistance des idées romaines. Autant que l'art. 1167, la jurisprudence du XIX^e siècle a appliqué les textes du Digeste et il en était de même dans l'ancien droit. Seul DOMAT (II, 10) a tenté de systématiser la matière.

La question n'avait, en somme, qu'assez peu d'intérêt pratique.

1^o La plupart des créanciers avaient un titre notarié, muni comme tel d'une hypothèque (cf. n^o 339). Auparavant, la rigueur dont on usait à l'égard des débiteurs insolvable coupait court à toute velléité de fraude. BEAUMANOIR (n^o 1596) paraît bien ignorer l'action Paulienne.

2° Cependant, les textes romains furent longuement commentés par les romanistes et les principes qu'ils posaient étendus à bien d'autres domaines. L'action Paulienne apparaît comme le modèle des actions révocatoires ; la Glose lui assigne comme fondement un quasi-délit (*Inst.*, 4, 6, *Eam rem*) ; on construit en partant de là la théorie de l'annulabilité (l'acte frauduleux apparaissant valable mais inefficace, cf. n° 99 et 109). C'est encore en partant des mêmes textes que l'on approfondit la notion de fraude : la fraude « de l'homme » qu'elle vise étant opposée à la fraude à la loi (qui entraîne la nullité de l'acte) ; les éléments de la fraude sont toujours l'*eventus*, ou préjudice et le *consilium*, ou intention : ce dernier élément prenant de plus en plus d'importance à partir du XVI^e siècle.

3° La question est surtout pratique (comme aujourd'hui) au cas de faillite. Au cas de déconfiture, les statuts des villes italiennes organisèrent, pour établir une égalité entre créanciers, une procédure de faillite. Les Bartolistes (BALDE surtout) appliquèrent à cette procédure les principes romains : sont annulés comme suspects les actes accomplis peu avant la faillite et le *decoctio proximus* est traité comme le *decoctus* dont les actes sont annulés. La faillite est d'ailleurs mal distinguée de la banqueroute (*decoctor, ergo fraudator*). D'Italie, ces règles passèrent en France, mais elles ne s'appliquèrent qu'aux commerçants (cf. Ord. 1673, XI).

4° On reconnaît enfin au créancier le droit d'exercer les actions de son débiteur (cf. art. 1166 C. civ.). On se demande seulement si le créancier ne doit pas obtenir une subrogation judiciaire dans les droits de son débiteur : on retrouvera dans la jurisprudence du XIX^e siècle un écho de cette théorie.

ÉTAT DES QUESTIONS

Il est difficile de préciser l'ampleur et la date des remaniements dont les textes classiques ont fait l'objet. Le nom même d'action Paulienne, s'il n'est certainement pas classique, a été tour à tour considéré comme créé par les compilateurs de Justinien (GIRARD, p. 453) ou par des Glossateurs postérieurs au Digeste (FERRINI, *Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, dans *Filangieri*, 1887, p. 41 ss. COLLINET, L'origine byzantine du nom de la Paulienne, dans *NRH*, 1919, p. 187 ss.) ou encore par des glossateurs préjustiniens (SOLAZZI, *La revoca*

degli atti fraudolenti nel diritto romano, Naples, 1934², 1947). Les trois éditions de Siro SOLAZZI sont le siège de la matière dans la doctrine moderne. En dépit de la très grande maîtrise dont fait preuve cet auteur dans l'exégèse des textes, nous serions enclins à pratiquer plus souvent qu'il ne le fait (p. 94) l'*ars ignorandi*. Le sujet y prêtant, l'auteur, impressionné par l'école interpolationniste allemande et tout particulièrement par BESELER (p. 110 ss., 142 ss., etc.), exagère le nombre et la portée des remaniements byzantins. Beaucoup plus prudente est la méthode suivie par G. B. IMPALLOMINI, Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico, *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, 1958. V. également J. A. ANKUM, *De Geschiedenis der « actio Pauliana »*, 1962, et v. PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Milan, 1962. SUR L'ANCIEN DROIT : J. A. ANKUM, *De Geschiedenis der « actio Pauliana »*, Zwolle, 1962 (avec résumé en français), qui marque bien l'importance des théories de BARTOLE distinguant l'acte simulé et l'acte frauduleux.

SECTION IV. — L'obligation naturelle

[178] *Vinculum aequitatis* (D., 46, 3, 95, 4), l'obligation naturelle s'oppose à ce *vinculum juris* qu'est l'obligation civile, elle est en effet dépourvue de sanction. Si le débiteur s'estime lié en conscience et s'exécute *motu proprio*, l'obligation naturelle prend une valeur juridique. Il est interdit de reprendre ce qui a été versé, il ne peut y avoir répétition de l'*indu*, car c'est bien une dette qui a été acquittée. Comme le note Ripert (*La règle morale*, 3^e éd., p. 385) : « Le devoir s'efforce de devenir obligation. » Devoir moral avant l'exécution, obligation civile après, l'obligation naturelle a un caractère complexe. Aussi bien ce n'est que peu à peu que ses contours se sont précisés, nombre d'incertitudes subsistent encore au Bas-Empire. Elles n'ont pas disparu dans notre droit moderne tant en raison de la carence du législateur que de la prudence d'une doctrine soucieuse d'éviter toute confusion entre le droit et la morale (sur la faiblesse de son rôle dans la pratique, v. CARBONNIER, II, n^o 86).

Les différentes étapes de l'évolution de l'obligation naturelle en droit romain sont mieux connues pour : 1^o *Son domaine d'application* que pour : 2^o *Ses effets*, car la synthèse opérée par les compilateurs de Justinien rend l'historique particulièrement conjectural.

1^o DOMAINE D'APPLICATION. — Dès l'époque classique il existe des obligations qui, pour des raisons sociales ou techniques, ne peuvent avoir pleine valeur juridique ou sont frappées d'extinction. L'obligation naturelle pourra : soit *pallier l'absence* d'une obligation civile avortée, soit *se substituer* à celle-ci lors de sa disparition. A la même époque, l'obligation naturelle a un domaine d'application plus modeste, grâce à elle un simple devoir moral aura une valeur juridique.

[179] LE PARADIGME. — Sous le Haut-Empire, l'organisation de la société et de la famille interdit la naissance d'obligations à la charge de l'esclave et des personnes qui se trouvent sous l'autorité du *paterfamilias*. L'esclave ne possède pas la personnalité juridique, il ne peut être ni créancier ni débiteur (D., 50, 17, 22, pr.). En fait, il a une volonté, après son affranchissement les engagements contractés durant sa servitude vaudront à titre d'obligation naturelle (GAIUS, 3, 119 a). C'est pour des raisons similaires que les personnes libres, qui se trouvent sous la puissance d'un même *pater*, ont des pouvoirs réduits. Pour ne pas rompre la cohésion du patrimoine familial, elles ne peuvent contracter ni entre elles, ni avec le chef de famille. Néanmoins, les contrats ainsi passés engendrent des obligations naturelles. Une fois sorti de la famille, l'*alieni juris*, s'il exécute spontanément, ne peut agir ensuite en répétition de l'indu. En revanche, dès la fin de la République, les fils de famille pouvaient s'obliger civilement envers les tiers. Il ne leur était interdit que de conclure des contrats de prêt de consommation (v. n^o 228). Là encore l'obligation naturelle palliait l'absence de l'obligation civile avortée. Ainsi se trouvent corrigées les injustices les plus choquantes résultant de l'organisation sociale à Rome.

Dans un autre domaine, l'obligation naturelle peut se substituer à des obligations nulles pour des raisons techniques, qui tiennent soit à une incapacité soit à un vice de forme. Parfois le droit ne veut pas tenir compte du consentement de certaines personnes bien que celles-ci puissent manifester leur volonté. Tel est le cas de l'impubère *sui juris* sorti de l'*infantia*. Sa volonté, pour existante qu'elle soit, paraît insuffisante pour conclure un contrat sans le concours de son tuteur. Dès l'ancien droit, l'acte passé sans l'*auctoritas tutoris* n'est cependant pas

dénué de toute valeur juridique (GAIUS, 3, 119 et 176) et au cours de l'époque classique il peut engendrer une obligation naturelle (D., 35, 2, 21, pr. ; 36, 2, 25, 1). Le prodigue et le fou se trouvent dans une situation analogue (D., 46, 1, 25). Jusqu'ici les obligations naturelles examinées ne sont que des cas d'espèce, la nullité des obligations civiles pour vice de forme pouvait au contraire permettre à l'obligation naturelle de constituer une nouvelle étape dans le développement du consensualisme.

Sous le Haut-Empire, le pacte nu a engendré une *naturalis obligatio* dans certains cas (pacte de liberté entre maître et esclave : D., 16, 1, 13, pr. ; pacte d'intérêts : C., 4, 32, 3-4). La jurisprudence a utilisé l'exception engendrée par tout pacte nu, pour interdire la répétition.

[180] OBLIGATIONS CIVILES DÉGÉNÉRÉES. — Tout aussi fragmentaires et empiriques sont les utilisations de l'obligation civile disparue. La *capitis deminutio*, qui éteint les obligations, laisse subsister en tant qu'obligation naturelle celles qui n'ont pas une origine délictuelle (D., 4, 5, 2, 2). Il en va de même pour les obligations du mineur de vingt-cinq ans justiciables de la *restitutio in integrum* accordée par le magistrat (D., 36, 2, 25, 1). La question est plus discutée pour l'obligation naturelle que laisserait subsister l'effet extinctif de la *litis contestatio* (D., 46, 8, 8, 1 ; v. BURDESE, p. 124 ss.). En revanche, il est vraisemblable que, dès l'époque classique, le débiteur indûment acquitté en justice reste tenu *naturaliter* (D., 12, 6, 28), et il en va peut-être de même au Bas-Empire pour l'obligation prescrite.

[181] LE DEVOIR MORAL. — Qu'elle remplace une obligation civile avortée ou qu'elle se substitue à une obligation éteinte, l'obligation naturelle apparaît en quelque sorte comme le complément de l'obligation civile. Elle a cependant un domaine qui lui est propre : *vinculum aequitatis*, elle permet d'élever un simple *devoir moral* au rang d'obligation. La seule, sinon la principale obligation naturelle de cette sorte admise à l'époque classique, l'a été pour des raisons de convenance sociale. Elle tire son origine, comme le paradigme des obligations naturelles, de la situation spéciale qu'occupe dans la société l'esclave affranchi

(v. ARANGIO-RUIZ, p. 410). A la charge de ce dernier il existe une obligation naturelle de fournir à son ancien maître, indépendamment de toute convention, des journées de travail (*operae* : D., 12, 6, 26, 12).

Des textes classiques, qui semblent remaniés, font état au nom de la *pietas* et de l'*officium* de l'interdiction de répéter : la fourniture d'aliments (D., 3, 5, 33), la constitution d'une dot (D., 12, 6, 32, 2), le paiement des frais funéraires de son conjoint. C'est également la *pietas* qui justifie la naissance d'une obligation naturelle à la charge de celui qui a reçu des cadeaux et des bienfaits (C. J., 8, 55, 10, pr.). Il est vraisemblable que les Byzantins ont préféré la notion de devoir moral à celle de *vinculum aequitatis* qui fait de l'obligation naturelle le pendant de l'obligation civile. Si l'obligation naturelle y gagne une relative autonomie, en revanche son caractère juridique s'atténuant, ses effets sont considérablement réduits. La plupart des obligations naturelles justifiées par la *pietas* ont pour conséquence d'empêcher celui qui les a exécutées de répéter. Si c'est là le résultat le plus remarquable de l'obligation naturelle, celle-ci engendre d'autres effets.

[182] 2^o LES EFFETS. — En droit romain, à la différence de notre droit moderne, il suffit que l'exécution ait été spontanée et non pas volontaire pour que la répétition soit impossible. Une prestation accomplie en croyant à l'existence d'une obligation civile, alors qu'il n'y avait qu'obligation naturelle, est irréversible (D., 44, 7, 10). L'obligation naturelle peut également faire l'objet, soit d'une novation (D., 46, 2, 1), soit d'une compensation avec une obligation civile (D., 16, 2, 6), soit d'une extinction, par simple pacte (D., 46, 3, 95, 4) ou par *acceptilatio* (D., 46, 4, 8, 1). Tous ces effets présentent un trait commun, ils donnent à l'obligation naturelle une valeur juridique en même temps qu'ils l'éteignent. Il existe cependant une conséquence qui fait de l'*obligatio naturalis* une réalité moins éphémère : il est possible de la garantir par la constitution de sûretés réelles (D., 12, 6, 13, pr.) ou personnelles (D., 46, 1, 16, 1). Or la garantie, engagement accessoire, suppose pour sa validité l'existence d'une obligation principale.

Catégorie juridique complexe, à mi-chemin entre le droit et

la morale, telle se présente, l'obligation naturelle romaine. L'évolution de son domaine d'application nous montre qu'à l'origine on a surtout cherché à donner une valeur juridique à des *obligations de fait* (BIONDI, p. 396) non sanctionnées par le droit pour des raisons sociales ou techniques. Par suite des progrès de la civilisation et de la science juridique, le droit ayant consacré la plupart de ces obligations, les obligations naturelles ont eu surtout pour fondement de simples devoirs moraux.

[183] L'ANCIEN DROIT. — Les notions d'équité et de *natura* étaient familières aux droits savants ; gênés par les textes romains, ceux-ci ne donnent pas néanmoins à l'idée d'obligation naturelle la portée qu'elle aurait pu avoir.

1^o A propos du pacte nu, les premiers glossateurs indiquent bien que toutes les obligations naissent *naturaliter*, mais ils entendent par là qu'il faut une « cause idoine ». PLACENTIN fait naître du pacte nu une obligation naturelle, mais celle-ci ne peut, d'après les Décrétalistes, ouvrir une action (n^o 70).

2^o Il était tentant de rattacher la question à celle du droit naturel ; mais c'était par là même refuser au devoir moral toute sanction directe, le distinguer de l'obligation juridique et en revenir aux solutions romaines.

3^o L'obligation naturelle est la cause de l'obligation civile, comme elle peut être la cause d'un paiement qui est valable puisqu'il comporte l'aveu de la dette : solution que POTHIER rattache (n^o 197) au « for de la conscience » et le tribun JAUBERT à l'équité.

L'obligation naturelle ne peut produire que des effets volontaires et ne peut être cautionnée (cf. cependant, art. 2012 C. civ.). L'ancien droit, pas plus que le Code civil, ne donne aucune liste : on cite le cas où la loi oppose à une action civile une exception péremptoire (prescription, cf. n^o 202) ; ou le cas de dettes contractées au cabaret (POTHIER, n^o 192) ; on hésite, au contraire, pour les actes de bienfaisance ou les obligations nées de services rendus.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

S'efforçant d'identifier en droit classique, l'*obligatio naturalis* à l'*obligatio juris gentium*, SIBER (Naturalis obligatio, dans *Gedenkschrift Mütteis*, Leipzig, 1926, p. 1 ss.), a mis une série impressionnante de remaniements à l'actif des compilateurs de JUSTINIEN. Depuis, les auteurs ont multiplié les interpolations et, comme le remarque A. BURDESE (*La nozione classica di naturalis obligatio*, Turin, 1955, p. 12, n. 12), en tenant compte de toutes les hypothèses formulées il ne reste plus dans le Digeste un seul texte classique relatif à la *naturalis obligatio*. La preuve par l'absurde des exagérations de la méthode interpolationniste étant faite, il reste à préciser la nature et l'ampleur des remaniements opérés par les juristes byzantins. BURDESE, estimant à juste titre que la doctrine classique n'était pas unitaire, constate que le promoteur de la théorie de l'obligation naturelle était JULIEN (cf. déjà GIRARD, p. 680). On ne prête qu'aux riches, la plupart des remaniements postclassiques ou byzantins auraient été opérés sous le nom de ce jurisconsulte dont l'opinion aurait fait l'unanimité. Est-ce à dire qu'une telle unanimité ait été réalisée dès la fin de l'époque classique ? Comme le remarque fort justement J. Ph. LÉVY (c. r. de l'ouvrage de BURDESE, dans *Iura*, 1956, p. 178), des divergences ont pu subsister entre jurisconsultes classiques, ce qui expliquerait, aussi bien que des interpolations, les contradictions ou les incertitudes que l'on relève dans le *Corpus juris civilis*. On discute toujours sur le pacte nu en tant que source d'obligation naturelle. *Contra* : MONIER, p. 253 ss. ; KASER, I, p. 403 ; v. pour l'affirmative : ARANGIO-RUIZ, p. 413 ; BIONDI, p. 395. Le D., 45, 1, 1, 2, que l'on invoque pour dire qu'en dépit de l'accord de volontés il n'y a pas d'obligation naturelle, n'est pas probant. La façon dont répond le cocontractant est en effet dubitative, c'est pour une question de preuve qu'aucune obligation ne naît (*contra* : BURDESE, p. 132).

Le domaine d'application classique de l'obligation naturelle, complément d'une obligation civile, est si peu prisé des juristes byzantins qu'ils s'efforcent de lui substituer la notion d'enrichissement sans cause, comme c'est le cas pour l'obligation du pupille et du fou. V. MONIER, p. 253 ; cf. BURDESE, p. 104. Dès l'époque classique, il semble qu'il y ait eu à côté du devoir moral de l'affranchi envers son maître une autre obligation naturelle à caractère éthico-social : la femme qui a laissé l'administration de ses biens paraphernaux à son mari ne peut répéter les fruits, ils sont affectés aux besoins du ménage. V. la liste donnée par DE VILLA, *Studi sull' obligatio naturalis*, dans *Studi Sarsaresi*, 1939, p. 30 ss. et BURDESE, *ouvr. cit.*, p. 10-11.

Sur la possibilité d'exercer le droit de rétention en cas d'obligation naturelle, v. NARDI, In tema di confini dell'obbligazione naturale, *Studi de Francisci*, t. IV, p. 563 ss. Pour une perspective plus générale, v. F. SENN, Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique, *RHD*, 1958, p. 151 ss. ; G. E. LONGO, Ricerca sull' « obligatio naturalis », *Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo dell'Università di Roma*, Milan, 1962, ainsi que l'étude de V. DEVILLA, dans *Studi*

Betti, II, p. 365 ss., et une critique utile des thèses classiques mais une reconstruction bien hypothétique, dans P. CORNIOLEY, « *Naturalis obligatio* ». *Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève, 1964.

ANCIEN DROIT

On est frappé de l'indifférence des canonistes pour l'obligation naturelle. Faut-il penser que — bien avertis par la théologie morale des dangers de la matière et pénétrés de l'idée qu'il fallait dans l'intérêt même de la morale la séparer du droit — ils aient préféré porter le sujet sur le terrain plus sûr de la procédure ? La théorie de la *condictio* et celle de la cause (du contrat, du paiement, voire de l'enrichissement) fournissaient des solutions acceptables : P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel Sistem can. classico*, 1962 [Univ. de Messine, fasc. 19] ; A. SOLLNER, *Die causa im Kondictionen*, *ZSS rom.*, 1960, p. 182-269.

La question du cautionnement d'une obligation naturelle n'est posée qu'au cas d'annulation de l'obligation principale. Pour la prescription, l'invoquer est une question de conscience.

CHAPITRE III

EXTINCTION ET TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

[184] CARACTÈRE PERSONNEL DE L'OBLIGATION. — Ici encore les cadres sont fournis par le droit romain. L'extinction est la « fin naturelle » de l'obligation ; pour réaliser celle-ci il faut « délier » (*solvere*) le lien du droit qui la constitue : *obligatio* et *solutio* sont corrélatives. Le caractère personnel de l'obligation pose le problème de sa transmission. L'individualité de celui qui est grevé d'une dette est primordiale et on concevra toujours avec difficulté une cession de dette ; mais l'individualité du créancier apparaît elle-même essentielle (ce qui tient à l'origine même de l'obligation), aussi les Romains répugnent-ils longtemps aux cessions de créance. Cette règle ne va pas sans beaucoup de gêne : il est nécessaire à la vie économique qu'un créancier — comme le titulaire d'un droit réel — puisse tirer profit de son droit. Non seulement les besoins du commerce exigent la possibilité d'un transfert des obligations, mais le rejet même par les Romains de la représentation parfaite implique, comme palliatif, un transfert possible des obligations du représentant sur la tête du représenté. Le créancier cède non son droit mais le profit à en retirer, par suite, le droit de l'exiger, c'est-à-dire : le droit de poursuivre à sa place. Mais le cessionnaire n'est pas devenu créancier ; il exerce l'action d'autrui, car cette action on peut la lui céder grâce aux ressources de la procédure romaine (*actiones utiles*). Extinction et transmission des obligations ont été réalisées de façon empirique et en conformité avec le principe de l'économie des formes. Le même procédé peut avoir des effets différents selon la façon dont il est employé. C'est pourquoi, à côté des techniques

propres à : 1^o *L'extinction* des obligations, nous verrons : 2^o Qu'il en existe d'autres qui ont pour but, sinon pour résultat, de *transformer* l'obligation ; 3^o *La transmission*, parce que moins naturelle que l'extinction, n'a d'abord été possible qu'indirectement et ce n'est qu'au Bas-Empire qu'une technique originale a pu être dégagée.

SECTION I. — Modes volontaires d'extinction

[185] La classification la plus ancienne oppose l'extinction *ipso jure* (de plein droit) à celle qui joue *exceptionis ope* (par voie d'exception). Cette distinction, qui traduit l'importance de la procédure à Rome, a l'avantage de montrer qu'il existe des modes d'extinction normaux, du *jus civile*, qui ont un effet absolu, péremptoire et définitif, les autres, créés par le préteur, sont des moyens de défense insérés dans la formule. Mais le contenu de ces catégories a varié et il est préférable d'utiliser le critère de la volonté.

Le paiement semble être le procédé normal d'extinction des obligations, mais la dette n'est éteinte que parce qu'elle est exécutée (RIPERT et BOULANGER, II, n^o 1537). Bien que le créancier n'ait pas reçu ce qui était dû, certaines techniques permettent d'éteindre le rapport juridique : on utilise pour cela : 1^o Le procédé de la *correspondance des formes* ; 2^o La *compensation*.

I. — CORRESPONDANCE DES FORMES ET REMISE DE DETTE

[186] LE FORMALISME. — L'obligation est éteinte par les formalités symétriquement opposées à celles exigées pour sa création (D., 50, 17, 153). Le parallélisme des formes a été considéré tantôt comme une règle typique du très ancien droit romain, tantôt comme une systématisation due aux compilateurs de Justinien. Il semble plus juste d'admettre que dans l'ancien droit romain le parallélisme, sans être considéré comme un principe, existait en fait. Le caractère du rituel, et peut-être les nécessités pratiques en matière de preuve, impliquent une

telle solution : nous en avons des exemples tant en droit privé qu'en droit public. Le paiement n'était libératoire que s'il était accompagné des formes corrélatives à celles utilisées pour la conclusion du contrat. Avec l'assouplissement du formalisme, une dissociation s'opère entre l'exécution du contrat et les formalités qui l'éteignent.

L'exécution se suffit à elle-même et entraîne l'extinction. A l'inverse, un simulacre d'exécution a servi à éteindre l'obligation (*imaginaria solutio* : GAIUS, III, 169-173). Il s'agit là d'un procédé commode qui a été utilisé avec infiniment moins de rigueur que d'aucuns se sont plu à le croire. 1) Si la *solutio per aes et libram* et l'*acceptilatio* constituent des applications normales du principe de concordance des formes ; 2) Le *contrarius consensus* n'est qu'une adaptation de la règle aux contrats consensuels ; 3) Avec le pacte prétorien de *remise de dette* enfin, l'extinction volontaire sans satisfaction vaut par elle-même, indépendamment de toute symétrie avec les procédés de formation du contrat.

1) La *solutio per aes et libram* éteint les obligations nées d'un acte accompli par l'airain et la balance (*nexum, mancipatio*). Procédé archaïque, il n'existe plus au début du Bas-Empire. L'*acceptilatio* peut être verbale ou écrite, en corrélation avec la stipulation ou l'*expensilatio* (v. nos 17 et 34). Alors que nous manquons de renseignements précis sur l'*acceptilatio* écrite, qui dut disparaître sous le Haut-Empire, le procédé d'extinction de la stipulation a profité du succès de celle-ci. En la forme, comme au fond, l'évolution de l'*acceptilatio* se calque sur celle de la *stipulatio*, l'assouplissement des solennités avec l'emploi de l'écrit et l'atténuation du caractère abstrait de l'opération sont identiques (v. n° 37). La simplicité de son formalisme et la sécurité qui en découle ont poussé les juristes à en étendre progressivement le domaine d'application. On peut éteindre partiellement un contrat avec l'*acceptilatio* ou plusieurs contrats à la fois, on peut faire disparaître des obligations qui ont un objet certain ou même incertain (D., 46, 4, 18, pr.). Ce procédé est encore employé pour opérer une remise de dette à titre soit de libéralité soit de constitution de dot ou encore pour se ménager la preuve d'un paiement effectif. A la différence de la

quittance, l'*acceptilatio* éteint, en effet, la dette, même si l'argent n'a pas été versé (D., 46, 4, 19, 1). Grâce à cette technique, le débiteur se prémunit ainsi contre toute réclamation de son créancier touchant le montant ou même la réalité du versement (v. p. 39).

[187] 2) LE CONTRARIUS CONSENSUS. — L'extinction des obligations par les procédés solennels examinés se justifie par une correspondance des formes qui donne aux parties certaines garanties. Il n'en va pas de même avec le *contrarius consensus* qui, s'il respecte le principe de congruence entre la conclusion et l'extinction du contrat, ne comporte aucune solennité même atténuée. Cette technique, qualifiée encore de *mutuus dissensus*, est en réalité la dissolution volontaire d'un contrat consensuel (BOYER, *RHD*, 1931, p. 132 ss.). Dès l'époque républicaine, les juristes considèrent, qu'en matière de vente et de louage, l'accord des contractants peut anéantir les rapports juridiques dont il a provoqué la naissance. La société et le mandat, à raison de l'importance de l'*intuitus personae* dans ces contrats, peuvent être résiliés par le désaccord ou plus précisément par la volonté de l'une des parties (D., 17, 2, 65, 3). L'extinction, pour produire ses effets, qui jouent *ipso jure* et de façon irrévocable, doit avoir pour but la résiliation de toutes les obligations du contrat et intervenir avant qu'aucune d'elles ait reçu un commencement d'exécution (D., 46, 3, 95, 12).

[188] 3) LE PACTE DE REMISE DE DETTE (DE NON PETENDO). — A la fin de la République, le prêteur sanctionne la convention par laquelle un créancier promet au débiteur de ne pas lui demander paiement. Transposition des techniques précédentes, ce procédé n'implique ni solennité, ni symétrie entre l'extinction et la formation de l'obligation. A des conditions de validité très larges, correspondent des effets réduits. L'extinction ne se produit qu'*exceptionis ope* et peut être écartée si le consentement est vicié par le dol (C., 8, 36, 3). En revanche, le pacte se modèle sur la volonté des parties. Il peut être tacite ou conclu entre absents (D., 2, 14, 2, 1), il peut éteindre une obligation quelconque, et cela partiellement, à terme ou sous condition, il peut jouer *erga omnes* ou entre les parties (D., 2, 14, 7, 8) et celles-ci peuvent revenir sur leur décision (D., 2, 14, 27, 2).

Ainsi se trouve consacré le triomphe du consensualisme sur le formalisme et les autres modes volontaires d'extinction nous en apporteront de nouvelles preuves.

[189] LA REMISE DE DETTE DANS L'ANCIEN DROIT. — La distinction du paiement et de la remise de dette est mal comprise. La pratique n'a retenu de la correspondance des formes que l'idée très générale que la cancellation du titre écrit prouve l'extinction de la dette. La remise du titre peut avoir la même signification ; et c'est le sens que lui donne (après POTHIER, n^{os} 572, 608) l'article 1282 du Code civil.

Les premiers romanistes s'attachent au pacte *de non petendo* ; celui-ci, comme tout pacte, engendre une exception qui suffit à éluder l'exercice de l'action du créancier. On admet même que le pacte libératoire peut exister « même sans volonté expresse », soit quand il est équitable en soi (*aequum per se*), soit quand il porte sur un droit « odieux » et constitue par exemple une renonciation à un procès (*Summa Trecensis*, II, 3, 12).

Cela même annonçait les développements qui vont suivre : la théorie de la remise de dette va se confondre avec la théorie autrement importante pour les glossateurs (cf. n^o 87) de la renonciation à un droit ; faite devant le juge, elle est pleinement valable ; faite par un pacte, elle confère au débiteur l'*exceptio pacti conventi* ; mais la glose admet aussi la renonciation unilatérale, qui n'a pas à être acceptée par le débiteur, mais ne lui confère qu'une exception de dol. Les canonistes admettront pareillement la validité d'une *confessio ad liberandum*. BELLEPERCHE en revient à l'idée d'un *mutuus dissensus*, les mêmes formes devant être employées *in dissolvendo sicut in contrahendo* (CYNUS au C. I. 1, *de pacto*) ; et BARTOLE paraît bien suivre la même voie.

La doctrine postérieure ne pouvait qu'admettre cette solution ; PUFFENDORF, BARBEYRAC, pensent encore que l'acceptation du débiteur n'est pas nécessaire ; mais avec POTHIER (n^o 614), la remise de dette est conçue comme un contrat. L'acceptation peut être tacite (n^o 572).

Les glossateurs ne virent pas dans la remise de dette un acte « abstrait » et par là même furent conduits à rechercher

sa nature véritable : il s'agit normalement d'une *perdonatio* que qualifie l'*animus donandi*. Il s'ensuivait que les conditions de fond des donations devaient être respectées : solution que l'on retrouve chez POTHIER (n° 619) comme dans le droit moderne.

II. — LA COMPENSATION

[190] FONDAMENT ET PORTÉE. — La compensation (*compensare* : contrebalancer) est l'extinction simultanée de deux obligations qui existent entre deux personnes, chacune d'elles étant à la fois créancière et débitrice de l'autre. Si les deux dettes sont inégales, la plus forte subsiste pour le solde.

Cette technique paraît imposée par des nécessités économiques. Elle évite un double transfert de fonds, ce qui peut être dangereux sinon onéreux et compliqué. Ce système se heurte, en théorie, à l'idée qu'il ne peut y avoir de paiement fait à l'insu du créancier. La compensation n'est pas seulement commode, elle peut éventuellement servir de sûreté. Le paiement d'une créance par équivalence garantit contre le mauvais vouloir d'un débiteur et surtout contre son insolvabilité. Il a aussi un inconvénient propre : celui qui invoque la compensation évite le concours avec les autres créanciers et jouit en fait d'un véritable privilège. Si, techniquement, la chose paraît simple, juridiquement la justification du droit de préférence ainsi créé à l'encontre des autres créanciers soulève des difficultés.

Ces considérations contradictoires expliquent assez les divers systèmes concevables : compensation *judiciaire* du droit romain que le juge fait jouer d'office ou à la demande du défendeur, compensation par *déclaration unilatérale de volonté* de l'une des parties admise par le droit allemand (B. G. B., art. 388), compensation *de plein droit* du Code civil (art. 1290), qui s'opère par la force de la loi et qui n'a pas besoin en théorie d'être voulue ni même connue des parties.

Enfin la compensation joue normalement entre deux créances liquides et exigibles. Elle constitue ce que l'on appelle en droit moderne : une situation *légal privilégiée*. A ce titre, elle doit être rapprochée de techniques telles que le *rappor*

en moins prenant (v. t. III), le droit de *rétention* (v. n° 319) et l'*exceptio non adimpleti contractus* (v. n° 246). La portée de l'institution dépendra du fondement qui lui sera reconnu : si elle est considérée comme un paiement abrégé, elle ne concernera que les créances liquides et exigibles. Si au contraire on en fait une garantie, son domaine d'application englobera toutes les autres créances. Commode et accessoirement très utile, la compensation ne s'est introduite que lentement dans le droit romain.

Certes les contractants ont toujours pu réaliser, par voie de stipulation notamment (v. n° 206), une compensation conventionnelle. Mais la compensation légale, qui est imposée par la loi aux parties et au juge, est toujours restée l'exception, tandis que la compensation judiciaire s'est heurtée longtemps à des difficultés qui tenaient à la procédure. Celle-ci est dominée, à l'époque des actions de la loi, par le principe de l'unité de question posée au juge (IHERING, *Esprit du droit romain*, p. 13 ss.). Ce dernier ne peut en même temps examiner les deux obligations appelées à se compenser. Il en va différemment dans la procédure formulaire, l'insertion d'exceptions dans la formule permet techniquement d'invoquer la compensation. La généralisation du caractère synallagmatique et de bonne foi des contrats incite le juge à examiner simultanément les prétentions des deux parties : 1° Jusqu'au II^e siècle après J.-C., la compensation ne joue cependant que dans quelques cas d'espèce où son emploi est le plus facile et le plus utile ; 2° C'est sous l'empereur MARC AURÈLE que sera étendu, de façon décisive, son domaine d'application ; 3° Les compilateurs de JUSTINIEN feront surtout œuvre de généralisation et de systématisation.

[191] 1) CAS D'ESPÈCE. — La compensation a d'abord pu jouer dans les comptes courants, en matière de faillite et dans les contrats de bonne foi. Le banquier, qui est en compte avec un client, ne peut lui réclamer que le solde (GAIUS, 4, 64). La compensation joue entre créances et dettes échues, de même genre et de même nature (GAIUS, 4, 66). Si le banquier ne procède pas à cette opération, il perd son procès, le juge ne pouvant de lui-même faire la compensation. Une telle rigueur se justifie par les qualités professionnelles que doit avoir le banquier.

[192] SÉCURITÉ ET COMMODITÉ. — En cas de liquidation du patrimoine d'un insolvable, la compensation n'est pas seulement commode, elle constitue une garantie pour celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli. A Rome en cas d'insolvabilité, même d'un simple particulier, on organise la *venditio bonorum*. Celui qui se porte adjudicataire de l'ensemble des biens du failli (*emptor bonorum*), promet de payer aux créanciers de ce dernier un dividende. Pour réaliser l'actif du saisi, l'*emptor bonorum* agira contre ses débiteurs, mais si l'un d'entre eux est également créancier, la compensation doit jouer (GAIUS, 4, 65-68). A la différence du cas précédent, on compensera les dettes même non échues, car la faillite entraîne déchéance du terme, on ne tiendra pas compte de la nature de l'objet de l'obligation, car l'évaluation en argent des créances et des dettes réciproques est à la charge du juge qui opère la compensation. Pour des raisons de fait ou même par suite de retard dans le règlement de leurs dettes, certains créanciers se trouvent avantagés. Certes, assez souvent, les dettes du créancier envers le failli sont la contrepartie des créances qu'il avait sur ce dernier : elles ont pour origine le même contrat (*ex eadem causa*). Mais l'équité n'est pas le seul impératif qui ait guidé les juristes romains. Empiriquement, ils constatent qu'il est difficile d'exiger de quelqu'un le paiement intégral de sa dette alors qu'il n'ignore pas que sa créance ne sera honorée qu'en partie. C'est ce *réflexe de justice commutative* qui est pris en considération en dépit de l'intérêt contraire des tiers.

La compensation judiciaire joue encore à l'époque classique dans les contrats de bonne foi (GAIUS, 4, 61). Créances et dettes doivent avoir une origine commune (*ex eadem causa*), mais peuvent être de nature différente (*ex dispari specie*). L'honnêteté s'oppose à ce qu'un vendeur, par exemple, réclame le prix alors qu'il n'a pas lui-même livré conformément aux clauses du contrat. Sans admettre d'une façon générale l'*exceptio non adimpleti contractus*, les Romains en font ici application.

La compensation a pu vraisemblablement jouer, dès le début du Haut-Empire, dans les contrats de bonne foi entre créances et dettes *ex dispari causa*. La demande reconventionnelle (*mutua petitio*) permet d'arriver indirectement à ce

résultat. Dans la procédure formulaire il n'y a plus unité mais similitude, cependant, des questions posées au juge, ce dernier ne pourra trancher dans une même sentence la demande principale et la demande réciproque parce qu'elles sont d'origine différente. Le même juge prononce successivement deux condamnations et ne permet pas que l'on procède à l'exécution tant qu'une compensation conventionnelle n'est pas intervenue. Ce n'est que dans la procédure extraordinaire que la compensation judiciaire peut jouer (D., 50, 13, 1, 15), car le juge, devenu fonctionnaire, a des responsabilités accrues.

2) *Le dol*. — Dans les contrats de droit strict, le juge ne jouit pas de la même liberté d'appréciation que dans ceux de bonne foi et c'est pourquoi, sous le règne de MARC AURÈLE, un rescrit, qui étend à ces contrats la compensation, précise qu'elle ne jouera qu'entre les créances et les dettes de même nature (I, 4, 6, 30). En revanche, l'identité d'origine n'est pas exigée : la commodité l'emporte sur l'équité. Néanmoins la réforme est justifiée par des préoccupations morales : « Le créancier commet un dol en demandant l'exécution d'une dette dont le défendeur pourrait réclamer la restitution » (D., 50, 17, 173, 3). L'empereur stoïcien a peut-être été influencé par des idées prônées dès le siècle précédent par SÉNÈQUE (*De beneficiis*, 6, 4, 5). C'est par l'insertion dans la formule d'une exception de dol que le défendeur pourra faire jouer la compensation. On admet généralement que celle-ci ne joue que pour les dettes échues et dont l'objet est déterminé.

[193] 3) LA SYNTHÈSE. — Exigibilité et liquidité sont aussi des conditions essentielles de la compensation pour les juristes byzantins qui vont généraliser cette technique et en préciser les caractères (C., 4, 31, 14, pr.). Désormais la compensation peut jouer entre droits réels et droits de créance. Cette extension surprend la plupart des auteurs. Elle est considérée comme « difficilement justifiable à une époque où, précisément, on avait fini par admettre la condamnation du possesseur à la restitution de la chose même » (MONIER, II, p. 281 ; cf. GIRARD, p. 755). Une telle mesure s'explique autant par la répugnance du pouvoir central à faire procéder à une exécution forcée que par une transposition du droit de rétention (v. n° 319). Le

créancier qui détient un bien appartenant à son débiteur ne s'en dessaisira qu'à condition d'être payé. La rétention, simple moyen de pression dont le fondement est analogue à celui de la compensation, peut être à l'origine de cette dernière et avoir ainsi un effet définitif. Toutefois, ni le dépositaire (C., 4, 34, 11), ni celui qui s'est emparé d'un bien par la violence (C., 4, 31, 14, 2), ne peuvent invoquer le bénéfice de la compensation. Cette dernière est admise pour les dettes naturelles (D., 16, 2, 6). Le domaine d'application de la compensation est donc très général et dépasse largement celui admis dans notre droit moderne.

En revanche, ses effets sont réduits : la compensation reste judiciaire, elle n'est qu'exceptionnellement légale. Certes, JUSTINIEN décide que la compensation aura lieu *ipso jure* (I, 4, 6, 30), mais cette expression doit être expliquée en fonction de l'évolution de la procédure romaine. JUSTINIEN précise simplement qu'il n'est plus besoin d'invoquer une exception de dol pour que le juge procède à la compensation. Si l'on connaît au Bas-Empire une compensation légale, notamment pour les obligations naturelles relatives au pécule qui existent entre maître et esclave, ou pour les impenses nécessaires faites par le mari sur la dot de sa femme, ces solutions étaient déjà admises à l'époque classique (D., 25, 1, 5).

Cependant un contemporain de JUSTINIEN, THÉOPHILE, traduisait déjà littéralement l'expression *ipso jure* et admettait que la compensation avait lieu automatiquement, sans l'intervention du juge, ni des parties. DOMAT et POTHIER commettront la même erreur qui est à l'origine de l'article 1290 de notre Code civil.

[194] LA COMPENSATION JUDICIAIRE DES GLOSSATEURS. — La compensation — qui suppose la multiplication des créances et des dettes — est une technique trop complexe pour le droit barbare ; l'attention est d'abord attirée sur les *mutuae petitiones*, que l'on appellera plus tard la reconvention : Primus poursuit Secundus, mais Secundus demande reconventionnellement à Primus ce que celui-ci lui doit. La *Summa Perusina* (VII^e-VIII^e siècle) indique que dans ce cas les deux actions s'éteignent ensemble (*ambo simul finiuntur*). Les glossateurs admettent la même solu-

tion même au cas où les deux actes n'ont pas la même cause.

Pour la compensation proprement dite, les glossateurs hésitèrent. Ici encore, les premiers docteurs spécialement MARTINUS, faisaient prévaloir la solution « équitable » en s'attachant aux mots *ipso jure* : la compensation opère sans le fait de l'homme et par la seule force de la loi.

Au contraire, AZON en revient à une solution plus rigoureuse mais plus exacte du point de vue des textes : la compensation doit être expressément invoquée devant le juge ; et dans ce cas, elle opère rétroactivement. Le système ne fut pas sérieusement modifié par ACCURSE ou par BARTOLE ; et DONEAU devait lui donner vers 1590 son expression parfaite : la compensation est un paiement abrégé ; elle opère de plein droit non pas en ce sens qu'elle a lieu à l'insu des parties, mais en ce sens que si elle est opposée expressément — l'un des débiteurs déclarant payer son créancier avec les valeurs que celui-ci lui doit — la libération est acquise de plein droit, comme elle le serait par un véritable paiement (DONEAU, *De jure civili*, XVI, 15, 1-39). La rétroactivité est d'autre part justifiée par une nécessité pratique : le créancier est censé avoir reçu le paiement du jour où il aurait dû payer lui-même ; si le paiement est effectué dans l'ignorance de la compensation opérée, le débiteur pourra exercer la répétition de l'« indu ».

[195] L'HOSTILITÉ DES PRATICIENS. — Les auteurs coutumiers marquent au contraire une très nette hostilité aussi bien à la compensation romaine qu'à la reconvention. La raison en était pour celle-ci qu'elle modifiait le jeu des compétences et aboutissait à une prorogation de juridiction : les demandes mutuelles étant forcément portées devant le même juge. BEAUMANOIR oppose nettement la pratique des officialités et celle des cours séculières (nos 357, 366). BOUTILLIER admet que la compensation peut avoir lieu par lettres. LOYSEL répétera que « reconvention n'a point de lieu » (no 690) et qu'« une dette n'empêche point l'autre » (no 691).

[196] LA COMPENSATION LÉGALE. — Mais LOYSEL recueille aussi la maxime que « compensation n'a lieu si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit » (no 692).

Telle était bien la solution qui avait prévalu dans le Midi

(*Cout. Toulouse*, n^{os} 13, 14, 19, 20), comme dans le Nord, dans les justices inférieures (CHARONDAS, BOUTILLIER, n^o 27).

Le Parlement de Paris admet au XIV^e siècle la compensation entre dettes liquides et exigibles ; et la coutume de Paris (A. C. 74 ; N. C. 105) en use de même.

Il paraît bien que CUJAS imposa l'idée que la compensation n'a pas besoin d'être prononcée par le juge, ni même opposée par l'une des parties ; la pratique des lettres de chancellerie tombée en désuétude au cours du XVI^e siècle (COQUILLE, n^o 706) est néanmoins conservée dans certaines coutumes ; DU MOULIN la critique car des lettres ne peuvent aller contre la coutume.

POTHIER exposera les conséquences de la compensation légale en fixant aussi les exceptions qu'elle comporte. Elle ne peut être opposée à une dette privilégiée : cens seigneurial, créance née d'un dépôt ou constatée par un billet à ordre.

Quant aux reconventions, elles suscitaient toujours la même hostilité ; mais, en fait, elles étaient souvent accueillies et jugées comme des demandes incidentes.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

Sur l'extinction des obligations en général, v. SOLAZZI, *L'estinzione della obbligazione*, t. I, Milan, 1935 ; pour l'*acceptilatio* et le *contrarius actus*, v. A. WATSON, *The Form and Nature of « acceptilatio » in Classical Roman Law*, RIDA, 1961, p. 391.

SUR LA CORRESPONDANCE DES FORMES, v. dans GIRARD, p. 728, n. 2, les exemples extérieurs au droit des obligations : mariage (*confarreatio*, *diffarreatio*), fondation d'une ville (*inauguratio*, *exauguratio*).

Le caractère classique du texte de PAUL (D., 50, 17, 153) est confirmé par la découverte de gloses grecques d'un fragment des *Institutes* de GAIVS (v. ARANGIO-RUIZ, p. 392, n. 1).

Selon une récente étude (MONIER, *Le sens véritable de la seconde partie de la formule orale de la solutio per aes et libram*, *Studi de Francisci*, t. I, p. 33 ss.), la *solutio per aes et libram* « avant d'être un mode de libération du débiteur sans paiement, a pu être un mode solennel de délier l'engagement du débiteur par l'accomplissement du devoir, en cas de dettes d'airain ».

CONTRARIUS CONSENSUS. — Certains jurisconsultes classiques admettaient l'extinction du contrat par *contrarius consensus*, même en cas d'exécution partielle, pourvu qu'il y ait eu restitution de prestations effectuées (D., 2, 14, 5, 8 ; cf. C., 4, 45, 1). Cette opinion fut rejetée (C., 4, 45, 2) tout comme la possibilité de l'extinction partielle de l'obligation.

Les précautions prises à l'encontre de cette technique, à la différence des deux précédentes, peuvent s'expliquer par l'absence de formalités minima qui augmente, pour les tiers, les dangers afférents à l'instabilité des transactions.

PACTE DE REMISE DE DETTE. — Ce pacte est déjà connu à l'époque de la loi des XII Tables qui le sanctionne dans un certain nombre de cas, car il permet de rétablir la paix entre deux individus aux prises en raison d'un délit ou d'un litige.

V. G. BOYER, *Le pacte extinctif d'action en droit civil*, Toulouse, 1938.

SUR LA COMPENSATION, outre SOLAZZI, v. KRELLER, *Digestenexegesen zur Compensatio*, dans *Iura*, 1951, p. 82 ss. et c. r. de SOLAZZI, *Ibid.*, p. 216 ; G. ASTUTI, dans *Enciclopedia del diritto* ; R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, 1958, et L. LOMBARDI, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, *BIDR*, 1963, p. 35 ss. V. une comparaison avec la rétention dans MARRONE, D., 14, 2, 2, pr., « Retentio » e « iudicia bonae fidei », dans *Iura*, 1955, p. 172 ss.

L'interdiction faite au dépositaire, ainsi qu'à ceux qui se sont emparés d'une chose par la violence, d'invoquer la compensation se justifie par le souci d'éviter des exactions. La rétention est, en effet, un moyen technique de légitime défense qui est à la limite de l'acte de justice privée et il doit être étroitement contrôlé par le législateur.

Si les romanistes à la quasi-unanimité admettent que l'expression *ipso jure compensatur* ne se réfère pas à une compensation légale (*contra* BONFANTE, *Istituzioni*, p. 413), certains pensent que des « doutes sérieux » peuvent être exprimés en cas de coexistence de deux créances de sommes d'argent (MONIER, II, p. 281).

Sur la compensation dans le droit savant, G. ASTUTI, *Enciclopedia del diritto*, t. VII, 1960, qui attribue à Joh. FABER, interprétant l'opinion de MARTINUS, un rôle décisif. L'institution devra, aux XIV^e et XV^e siècles, son développement aux pratiques commerciales ou bancaires. La jurisprudence lui sera, en général, favorable au nom de l'équité : par exemple, la Rote, se fondant sur l'opinion de BALDE, admet la compensation *ipso jure* pour éviter le cours des intérêts.

SECTION II. — Modes non volontaires d'extinction

I. — LA CONFUSION

[197] LA CONFUSION EN DROIT ROMAIN. — L'extinction peut découler, soit de la disparition de l'un de ces deux éléments essentiels du contrat que sont : les parties et l'objet, soit de la prescription.

La disparition des parties peut se produire à la suite de la *confusion*, de la mort ou de la *capitis deminutio*. La *confusion* est la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur (D., 46, 1, 50). La réunion peut avoir lieu par un moyen quelconque (succession) et joue automatiquement, sauf en cas de séparation des patrimoines et de bénéfice d'inventaire (v. t. III). Pour les uns, la confusion agit à la manière d'un paiement (*veluti solutionis jure* : D., 46, 1, 71), plus justement les autres (GAIUS, 4, 78) font observer que la confusion crée un simple obstacle à l'exécution. Si la confusion disparaît, il y a résurrection du droit d'agir en justice, c'est-à-dire de l'engagement, l'autre élément de l'obligation, le devoir, ayant survécu à la confusion. La mort éteint l'obligation délictuelle, tandis qu'elle est, en principe, sans effet sur l'obligation contractuelle. Il n'en va différemment que pour certaines obligations à caractère particulièrement personnel, telles celles qui sont issues : du cautionnement (GAIUS, 3, 120), du contrat de mandat ou de société. Enfin, la *capitis deminutio*, modification de la personnalité juridique, éteint l'obligation contractuelle (GAIUS, 3, 84), mais le prêteur pourra y pallier (v. MONIER, p. 268).

La disparition de l'objet peut être matérielle ou juridique. L'extinction de l'obligation peut résulter de la perte matérielle par destruction de la chose due. Il peut y avoir également impossibilité d'exécution si le bien est mis hors du commerce ou par suite du concours de deux causes lucratives (BIONDI, p. 415). Cette expression vise la situation de celui qui, créancier à titre gratuit d'une chose, en devient propriétaire à un autre titre gratuit (D., 44, 7, 19). Un légataire acquiert l'objet du legs en vertu d'une donation : le débiteur se trouve dans l'impossibilité de transférer la propriété d'une chose à celui qui en est déjà propriétaire (GAIUS, 4, 4).

[198] LA CONFUSION DANS L'ANCIEN DROIT. — Les glossateurs se sont à peu près désintéressés de la confusion ; ils parlent d'une « évanescence » de l'obligation (*Summa Trecentis*, 38, 3) ; AZON en traite assez longuement (*Summa*, 8, 42). En fait, il n'y avait que deux hypothèses où la théorie pouvait recevoir application :

1^o Le cas de l'héritier : les principes romains étaient difficilement applicables du fait de la pluralité des successions (OLIVIER-

MARTIN, II, p. 418). L'acceptation bénéficiaire exclut en tout cas la confusion (BOURJON, I, p. 901, n° 50) ;

2° Le cas où le propriétaire a racheté la rente grevant son fonds : la question devint fort pratique au xv^e siècle quand la dépréciation des fonds urbains fit admettre comme un remède général le rachat des rentes. La confusion est d'ailleurs généralement écartée.

La situation est en somme identique à celle d'un créancier hypothécaire qui achète l'immeuble grevé de son hypothèque. Elle fait bien apparaître que la confusion crée une simple impossibilité d'exécution. Suivant l'analyse des glossateurs reprenant un texte romain (D., 46, 1, 71) : *Potius eximit personam debitoris, quam extinguit obligationem*.

Cela même explique les solutions qui prévaudront :

1° La confusion qui s'opère en la personne du débiteur principal profite à la caution (POTHIER, n° 645 ; art. 1301, C. civ.) ; si la caution succède au débiteur principal, elle est déchargée ; mais POTHIER admet (n° 383) contrairement à la solution romaine que, dans ce cas, la caution de la caution reste obligée (cf. art. 2035).

2° Au cas d'obligation solidaire, la confusion ne restreint la dette que pour partie ; elle est considérée comme une exception personnelle à l'un des codébiteurs (cf. POTHIER, n° 276 ; art. 1209 et 1301).

II. — LA PRESCRIPTION

[199] PRESCRIPTION EXTINCTIVE. — La prescription (de *praescriptio* : phrase placée en tête de la formule délivrée par le magistrat) est un moyen de défense accordé à un débiteur quand le créancier n'a pas agi dans un certain délai. Logiquement, l'inaction du créancier peut s'expliquer aussi bien par la renonciation à son droit que par le paiement, et l'on peut présumer l'un ou l'autre. Pratiquement, la prescription s'explique par des raisons d'ordre public, elle est justifiée par un souci de sécurité et de stabilité.

[200] IMPRESCRIPTIBILITÉ ET COURTES PRESCRIPTIONS. — En droit romain, si l'on excepte l'*actio auctoritatis*, éteinte par un ou deux ans par application de la théorie de l'*usucapion* (v. t. II,

n° 159) et l'obligation de certaines cautions (v. n° 311), les obligations civiles sont perpétuelles. Au contraire, les obligations du droit prétorien sont essentiellement temporaires. La plupart d'entre elles sont annales, et l'on a pu croire que ce délai était en corrélation avec la durée habituelle des magistratures romaines. Cependant, l'action réhibitoire, qui sanctionne les vices cachés de la chose vendue, se périmé en deux ou six mois, à l'inverse certaines actions prétoriennes sont perpétuelles ; enfin le délai accordé est *utile*, c'est-à-dire qu'il ne commence à courir, comme en droit moderne, que du jour où le créancier a pu intenter l'action. Le délai d'un an n'est donc qu'un ordre de grandeur pour la prescription des actions prétoriennes. Ce régime de courtes prescriptions, exorbitant du droit commun, s'explique par le caractère souvent révolutionnaire des créations du préteur (délits prétoriens par exemple). Le magistrat, qui complète ou modifie le droit civil, accorde une faveur dont les parties devront profiter d'autant plus rapidement que l'innovation apparaît plus audacieuse. Pour la même raison, à la fin de l'époque classique, les empereurs sanctionneront par des actions à péremption rapide leurs créations les plus hardies (*querela non numeratae pecuniae*).

[201] PRESCRIPTION DE TRENTE ANS. — Au Bas-Empire, THÉODOSE II généralise les dispositions de ses prédécesseurs inspirées des pratiques orientales. Il fixe le délai de prescription de droit commun à trente ans pour les actions personnelles et réelles, sauf péremption plus courte prévue par le droit antérieur (C., 7, 39, 3 ; cf. C. C., art. 2262). Les nécessités d'ordre public (cf. *Nov. Val.*, 26, 3) l'emportent donc sur un souci excessif d'équité qui justifiait l'imprescriptibilité du droit civil. Celle-ci persiste cependant en faveur du fisc et l'Eglise bénéficie d'une prescription de 40 ans. Une suspension des délais est prévue pour les impubères et les fous (cf. C. C., art. 2252) et les causes d'interruption de la prescription sont précisées (acte introductif d'instance, reconnaissance de la dette par le débiteur : cf. C. C., art. 2244 et 2248).

[202] LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE DANS L'ANCIEN DROIT. — Tandis que le droit romain avait préféré le système de la prescription acquisitive, le droit barbare adoptait une sorte de pres-

cription extinctive ou de forclusion ; le délai d'an et jour qui sera étudié à propos de la saisine a pour effet d'éteindre l'action.

Cette conception sera gardée en Angleterre qui ignorera la prescription acquisitive de la propriété, longue ou brève, et n'admettra que des prescriptions extinctives du droit d'agir. La pratique française conserve la même règle pour les actions « de force, de peur, de tricherie » (LOYSEL, n° 701).

S'agissant d'une dette, on justifie la prescription en indiquant qu'elle fait présumer le paiement ou la remise de la dette. Le *Grand Coutumier de France* (p. 220) parle de l'« expiration de l'obligation » ; le délai est porté à quarante ans si la créance est garantie par une hypothèque.

Les canonistes posèrent la question de la bonne foi et Alexandre III l'exige dans la Décrétale *Vigilanti* et déclare abolie la constitution de Théodose II qu'il accuse d'être inspirée par l'hérésie d'Origène. Le concile de Latran de 1215 impose la bonne foi continue pour toute prescription. Les Décrétalistes devaient suivre cette voie : si le débiteur *sait* qu'il n'a pas payé sa dette, il demeure obligé non seulement au for interne mais au for externe. Les Bartolistes, fidèles à leur méthode, proposaient de distinguer suivant les faits de la cause : la négligence du créancier pouvait venir par exemple de sa volonté de secourir le débiteur. La prescription demeure l'*improbiorum subsidium*.

La jurisprudence et les auteurs des XVII^e et XVIII^e siècles vont aboutir à des solutions cohérentes :

1^o La prescription apparaît toujours plutôt comme une fin de non-recevoir opposable à l'action du créancier ; ceci explique qu'il subsiste une obligation naturelle (cf. n° 183) et que celle-ci puisse servir de support à une hypothèque — qui, pour le Parlement de Paris qui se fondait sur la loi *cum notissimi*, ne se prescrivait que par quarante ans (cf. BRETONNIER, éd. 1771, 11, p. 77) ;

2^o Le débiteur — pour qui la chose pose un problème de conscience — devra invoquer expressément la prescription ; celle-ci ne peut jamais être suppléée d'office par le juge. Le délai court entre absents ; mais il est interrompu par une reconnaissance du débiteur.

ÉTAT DES QUESTIONS

LA CONFUSION

La *confusion* peut résulter de la réunion d'une obligation principale et d'une obligation qui n'en est que l'accessoire. Si le débiteur hérite de celui qui s'était porté caution pour lui : il y a confusion entre la qualité de débiteur principal et celle de caution (D., 46, 3, 93, 2 et 3 ; cf. D., 46, 1, 21, 1, impossibilité de coexistence si les deux obligations présentent une différence). V. WESENBERG, *Der Zusammenfall in einen Person von Hauptschuld und Bürgschaftschuld im Klassischen römischen Recht*, 1935 ; E. BETTI, Sulla concezione classica della « confusio », *SDHI*, 1962, p. 14.

Concours de causes lucratives. — V. un bon résumé des discussions auxquelles cette question a donné lieu dans ARANGIO-RUIZ, p. 398, n. 1.

LA MORT

La *mort* entraîne l'extinction de la stipulation de faire jusqu'à l'époque de Justinien (C., 8, 37, 13), v. SCHERILLO, *La transmissibilità della stipulatio in faciendo*, *BIDR*, 1928, p. 29 ss.

LA PRESCRIPTION

V. t. II, n° 164. Bibliographie dans BIONDI, p. 254 ss.

SUR LA PRESCRIPTION en droit canonique, on trouvera des indications utiles dans Pietro GISMONDI, *Saggio su la pr. est. in alcuni decretalisti*, 1937, et *La prescrizione estintiva nel dir. can.*, 1940, p. 17-48. Bernard de Pavie tente de la distinguer de ce que nous qualifions de *forclusion*. HOSTIENSIS indique que la bonne foi est indifférente pour les actions personnelles, ce que reprend BARTOLE qui pose parfaitement le problème : *Prescribo per tuam negligentiam, vel potius tu perdis quam ego praescribam* ; de là le brocard : *Tantum prescriptum quantum possessum*. La question sera reprise à propos de l'usucapion ; cf. outre le classique RUFFINI (1892), SCAVOLOMBARDO, *Il concetto di buona fede*, 1944, et N. VILAIN, *Prescription et bonne foi*, dans *Traditio*, 1958, p. 121-189.

LES COURTES PRESCRIPTIONS visent des créances spéciales : cf. G. HOLLEAUX, thèse, 1927 et surtout POTHIER, n° 706 ; BRETONNIER, *Questions de droit*, 1771, II, p. 87-90. Les règles les concernant proviennent des chartes urbaines ou des coutumes (pour les fournitures de détail, par exemple art. 199 anc. et 125-27 nouv. de la Coutume de Paris, cf. OLIVIER-MARTIN, II, p. 78), comme des ordonnances royales, appliquées fort diversement par les parlements.

Toujours existe pour certains débiteurs privilégiés la pratique du MORATOIRE : pour les croisés (privilège de répit, BRIDREY, *La condition juridique du croisé*, 1900, p. 216) ; pour les Pères des Conciles (à Constance et à Bâle spécialement).

SECTION III. — Procédés d'extinction et de transformation

I. — DROIT ROMAIN

[203] Deux techniques : 1^o La *novation* et 2^o La *délégation* sont considérées, selon les auteurs, comme des modes d'extinction ou de transfert des obligations. Ces procédés ont en réalité un caractère mixte qui s'explique par leur origine. En raison du formalisme, les parties ne peuvent transformer librement la convention passée. Il faut pour cela faire disparaître l'accord ancien et en conclure un nouveau qui tiendra cependant compte du premier. Divers procédés ont été peu à peu élaborés pour aboutir à ce résultat. Selon le stade historique de leur élaboration, selon que l'on considère le but recherché par les parties ou les moyens mis en œuvre, on peut estimer qu'il y a extinction, cession ou simple modification de l'obligation.

[204] RÔLE DE LA NOVATION. — La *novation* est l'extinction d'une obligation par la création d'une obligation nouvelle destinée à la remplacer. Pour distinguer l'obligation nouvelle de l'ancienne, il faut un élément nouveau (*Novatio enim a novo nomen accipit* : D., 46, 2, 1, pr.). Mais cette technique a d'abord consisté en un simple transfert de l'obligation primitive (*transfusio atque translatio* : D., *ibid.*). Le fondement de la novation doit, en effet, être recherché dans la vieille règle : *bis de eadem re ne sit actio* (v. CORNIL, *Studi Bonfante*, III, p. 37 ss.). La même dette, le même *devoir* ne peut donner lieu à deux procès pas plus qu'à deux contrats (D., 45, 1, 18). Dès lors que l'obligation nouvelle a le même objet que l'ancienne, celle-ci disparaît. La novation consiste dans une simple transformation de l'engagement, le devoir restant inchangé (*idem debitum*). Une telle conception, qui découle d'un formalisme rigoureux et simpliste, subit des exceptions dès le début de l'époque classique (pacte prétorien de *constitut*) ; elle sera modifiée à la fin de la même époque. Non seulement la novation n'aura plus un rôle purement translatif, mais l'on commencera à se préoccuper de l'intention des parties.

[205] 1) CONCEPTION FORMALISTE : LE RÔLE TRANSLATIF. — Au début de l'époque classique, en l'absence de novation par chan-

gement d'objet, ce procédé est surtout utilisé pour permettre un changement, soit de créancier, soit de débiteur, ou des deux à la fois. Ainsi se trouve réalisée une cession de créance ou de dette. Pour effectuer une cession de créance par novation, il faudra que le débiteur donne son accord et s'engage directement envers le nouveau créancier. Au contraire, lorsque la cession de créance devient une technique originale, le consentement du débiteur est inutile, mais le nouveau créancier cessionnaire n'a pas alors un droit propre, il succède à celui de l'ancien créancier avec ses avantages : maintien des garanties et ses inconvénients : opposabilité des exceptions qui existent à l'encontre du cédant. Il est plus facile de réaliser une cession de dette par novation, car le consentement du débiteur ancien n'est pas exigé, il peut être libéré à son insu (D., 46, 2, 8, 5 ; cf. paiement, v. n° 149).

Enfin, la transformation peut consister, soit en l'addition ou en la suppression de certaines modalités : terme, condition, caution (GAIUS, 3, 177), soit dans un changement de la source juridique de l'obligation (contrat consensuel remplacé par un contrat de droit strict). Toutes ces modifications sont susceptibles de se cumuler.

La novation exige pour sa réalisation l'emploi de procédés formalistes : contrat *litteris*, et surtout stipulation (BONIFACIO, p. 47 ss.). Cette technique a donc bénéficié de l'assouplissement progressif des formalités du contrat verbal. La novation n'en reste pas moins un acte formaliste, et c'est de l'observation des règles de forme que découle son double effet extinctif et créateur. La novation éteint l'obligation ancienne, cela de plein droit et de façon absolue, avec ses sûretés réelles ou personnelles. L'effet extinctif est d'autant plus rigoureux qu'il n'est pas toujours suivi de l'effet créateur. Par suite du formalisme, la novation n'est pas considérée, au début de l'époque classique, comme une opération indivisible, c'est pourquoi on admet qu'une femme ou un pupille, qui agit sans l'autorisation de son tuteur, peut valablement éteindre l'obligation ancienne sans contracter d'obligation nouvelle. Ces incapables ne peuvent, en effet, accomplir sans contrôle que des actes d'enrichissement (GAIUS, 3, 176). Il en va de même pour celui qui a fait une promesse *post mortem*. Bien plus, au dernier siècle de la République,

SERVIVS SVPICIVS admet même que l'esclave, qui peut enrichir son maître mais ne peut l'obliger, éteindra par novation l'obligation ancienne de ce dernier sans contracter pour lui d'obligation nouvelle. En cas de novation conditionnelle enfin, l'effet extinctif se produit indépendamment de l'effet créateur suspendu à la condition. Sous le Haut-Empire, dans ces deux derniers cas, les juristes marquent la corrélation qui doit exister entre effet extinctif et créateur : la novation est rejetée (GAIUS, 3, 179).

[206] 2) LES PROGRÈS DU CONSENSUALISME. — C'est de la fin de l'époque républicaine que date la première transformation importante subie par notre technique. Grâce à la pratique dénommée *stipulation aquilienne*, la novation n'a plus un rôle uniquement translatif (D., 46, 4, 18). Deux personnes, qui sont en relations d'affaires, sont liées à raison d'une série de contrats de nature et d'origine diverses. Pour apurer leurs comptes, sans avoir à éteindre les différentes dettes, chacun d'eux fait le solde de ses opérations qui se traduit par un actif ou un passif. Celui dont le solde est positif stipule de l'autre partie la somme globale qu'il lui doit. Or les dettes éteintes peuvent ne pas être liquides ni exigibles, bien mieux elles peuvent être litigieuses, les parties réalisant une véritable transaction. Certes, il y aura normalement équivalence pécuniaire entre l'ancienne et la nouvelle obligation, mais on ne peut plus parler d'identité d'objet. Le procédé imaginé par AQUILIUS GALLUS a vraisemblablement fait l'objet de remaniements, mais ils ne paraissent pas être postérieurs à la fin de l'époque classique (D., 2, 15, 2 ; 4 ; 5 ; 15). C'est également à la fin du Haut-Empire que l'on a pris en considération l'intention de *nover* (*animus novandi*). Les recherches psychologiques étaient cependant superficielles, et les juges se fondaient souvent sur des présomptions pour le moins discutables. Aussi JUSTINIEN réagit-il contre ces tendances, en 530 il décide que les contractants doivent exprimer clairement leur volonté de *nover* (C., 8, 41, 8). Ce faisant, JUSTINIEN n'introduit nullement l'*animus novandi*, il précise son véritable sens. Conformément au progrès du consensualisme, on devra rejeter toutes les présomptions légales, qui résultaient notamment de la lettre des stipulations, et rechercher la volonté réelle

des parties : *voluntate solum esse non lege novandum*. POTHIER (*Obligations*, n° 594), négligeant le contexte de la disposition, croit qu'elle implique pour la validité de la novation une volonté « expressément déclarée », et répudie une telle solution pour l'ancien droit français. Notre Code civil (art. 1273) exige pour la novation une « volonté résultant clairement de l'acte ». Mais pour la délégation, qui réalise souvent une novation, l'art. 1275 reprend l'expression malheureuse de POTHIER « la délégation n'opère point de novation si le créancier n'a *expressément déclaré* qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation » et une grande partie de la doctrine rejette en la matière les manifestations implicites de la volonté (v. RIPERT et BOULANGER, II, n° 1826, et CARBONNIER, II, n° 219).

Enfin, la novation par changement d'objet, sans équivalence pécuniaire, est admise implicitement (D., 45, 1, 58, *itp.*, *in fine*). C'est le domaine vraiment propre à la novation dans nos droits modernes. Transfert de dettes et cession de créances réalisent à peu de choses près la novation par changement de débiteur et de créancier (B. G. B., art. 414 ss. et 398 ss.). Le triomphe du consensualisme rend même inutile, en théorie, l'emploi d'une technique particulière pour changer l'objet d'une obligation ancienne, l'accord de volontés suffit. Dans la pratique, il y a cependant, en dehors de toute préoccupation procédurale, intérêt évident à « nommer » les manifestations types de la volonté des parties et à en préciser les effets. Qu'il s'agisse de la conclusion, de la transformation ou de l'extinction d'un contrat, la convention fait certes la loi des parties, mais ces dernières ne sont pas seules en cause, les tiers ont intérêt à savoir en présence de quelle opération ils se trouvent (cf. Code suisse, Code brésilien et projet de Code franco-italien qui conservent la novation). C'est pour les mêmes raisons qu'il convient de distinguer la délégation de la novation.

[207] *La délégation*, selon POTHIER (*Obligations*, n° 600), est une « espèce de novation », elle a, en effet, pour résultat de nover une obligation par changement de créancier ou de débiteur. Novation et délégation sont effectivement traitées sous la même rubrique par les rédacteurs du *Digeste* (D., 46, 2) comme par ceux de notre *Code civil* (art. 1275-6). En dépit des appa-

rences, la délégation est cependant une technique originale : c'est un acte juridique par lequel une personne, le délégant, donne l'ordre (*jussus*) à une autre, le délégué, de s'obliger envers une troisième, le délégataire. Ce dernier peut d'ailleurs, au lieu d'accepter l'engagement du délégué, lui indiquer une autre personne envers laquelle il s'obligera. C'est le *jussus* qui caractérise l'opération. Elle se réalisera : 1) Par une double novation ; 2) Une délégation imparfaite ; 3) Ou parfaite (D., 46, 2, 11, pr.).

[208] 1) LA DOUBLE NOVATION. — Comme la novation par changement de personnes, la délégation suppose toujours une substitution d'obligés. Normalement, la délégation a pour base des rapports juridiques qui existent déjà entre les parties. Il n'en va autrement que si le délégant veut faire une donation au délégataire (D., 39, 5, 2, 1), ou si le délégué veut faire une ouverture de crédit au délégant (D., 12, 1, 9, 8). Le plus souvent, la délégation se présente comme une simplification des rapports juridiques qui existent entre trois personnes : par exemple, le délégant, débiteur du délégataire, ordonne au délégué de s'engager envers ce dernier. Le délégué se substitue ainsi au délégant qui n'est plus débiteur. Habituellement, le délégué n'obéira au délégant que parce qu'il est lui-même son débiteur, et il cessera de l'être en devenant débiteur du délégataire. Du point de vue pratique, une seule opération permet d'éteindre deux dettes : celle du délégant envers le délégataire, celle du délégué envers le délégant, et de les remplacer par la dette unique du délégué envers le délégataire. Effet extinctif et créateur : nous sommes donc en présence d'une novation. Du point de vue technique, il y a eu double novation : le délégué a changé de créancier : le délégataire remplaçant le délégant, à l'inverse le délégataire a changé de débiteur : le délégué se substituant au délégant. Il n'en va différemment que si le délégué, sans s'engager envers le délégataire, le paie immédiatement : il y a dans ce cas extinction de l'obligation ancienne sans création d'obligation nouvelle. On comprend dans ces conditions que l'on ait pu confondre novation et délégation.

[209] 2) LA DÉLÉGATION IMPARFAITE. — Mais il arrive très souvent que la double novation n'ait pas lieu. Le délégataire, c'est-

à-dire le créancier qui voit son débiteur remplacé par le délégué, peut demander au délégant, son débiteur originaire, de rester son obligé (D., 17, 1, 22, 2 et 45, 7). Dans ce cas, le délégant garantit la créance du délégataire contre le délégué. Mais une telle garantie ne jouera qu'à la condition que le délégataire, considéré comme le mandataire du délégant, n'ait pas fait preuve de négligence dans le recouvrement de la créance (cf. C. C., art. 1276). Cette forme de délégation, qualifiée de nos jours d'imparfaite, tout en ayant l'avantage de simplifier les opérations juridiques, permet d'échapper au risque d'insolvabilité du nouveau débiteur. Aussi, conformément à une interprétation de CUIJAS combattue par POTHIER (*Obligations*, n° 604), notre C. C., art. 1276 fait-il jouer *ipso jure* la délégation imparfaite en cas de déconfiture du délégué au moment de la délégation. Notre droit commercial adopte dans la *délégation de marché* cette technique largement utilisée dans notre ancien droit sous le nom d'*assignation* (POTHIER, *Traité du contrat de change*, n° 226).

[210] 3) LA DÉLÉGATION PARFAITE. — Dans la délégation parfaite, au contraire, la dette du délégant est éteinte quand le délégataire reconnaît le délégué pour son débiteur et accepte par là même de courir le risque de son insolvabilité. Les rapports du délégué et du délégataire soulèvent cependant quelques difficultés. En apparence, tout se passe comme si le délégant avait cédé au délégataire la créance qu'il avait contre le délégué. La réalité est bien différente. A Rome, comme de nos jours, on considère qu'il y a indépendance entre l'ancienne dette du délégué envers le délégant, et celle qui la remplace, du délégué envers le délégataire. En conséquence, le délégataire est à l'abri de toutes les exceptions que le délégué aurait pu opposer à son premier créancier : le délégant. Même si la première obligation entre délégant-délégué est nulle, la seconde entre délégué-délégataire est valable (D., 46, 2, 12). Le délégataire a bien assumé le risque d'insolvabilité du délégué, il n'a pu prendre en considération les rapports unissant le délégué et le délégant, ils constituent pour lui une *res inter alios acta*. Le délégué, qui s'est engagé sans cause, n'aura qu'un recours contre son délégant à raison de l'ordre qui lui a été donné, et que les juristes romains assimilent à un mandat (D., 46, 2, 12).

II. — ANCIEN DROIT

[211] Jusqu'au XII^e siècle, le droit est trop peu raffiné pour connaître la novation. Les *Sentences de Paul* (V. 5, 9) l'assimilent déjà à la *contestatio litis* et la *Summa Trecensis* se borne à reproduire la définition de Justinien.

La théorie va reprendre corps avec la renaissance romaine. Les canonistes en traitent surtout à propos de la procédure et Guillaume DURAND y voit un changement dans la cause de l'action (IV, 23-24). BARTOLE rattache la novation à un pacte qui libère le débiteur.

Quant à la délégation, elle est mal distinguée à la fois de la cession et de la novation (*in delegatione semper inest novatio*). Au XIV^e siècle, le *Livre des droiz et commandements* qui représente un droit poitevin fortement teinté de droit romain distingue la *légacion* et la *cession* ou *donoison*.

Cependant, la délégation se prêtait fort bien aux opérations commerciales. Il est courant que les marchands payent leurs dettes par assignation en déléguant à leurs créanciers les sommes que d'autres leur devaient : c'est le virement « hors banque » — la *ditta fuori di banco* d'Italie — qui ne libère pas le débiteur (ce qui permet d'analyser l'opération comme une délégation imparfaite).

Quant à la lettre de change, si elle est parfois analysée comme une délégation, elle apparaîtra plutôt régie par le droit spécial du change (cf. n^o 241).

ÉTAT DES QUESTIONS

NOVATION

V. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*³, Naples, 1959.

La doctrine moderne considère que la notion d'*animus novandi* serait une création byzantine (COSTA, *Studi Schupfer*, I, p. 45 ; SCIALOJA, *Studi Perozzi*, p. 407) sinon postclassique (E. LEVY, *Sponsio*, p. 32 ; CORNIL, *Mélanges Fournier*, p. 98 ; PRINGSHEIM, *Studi Arangio-Ruiz*, I, p. 509). JUSTINIEN cependant (I, 3, 29, 3 a) nous précise que les *veteres* tenaient compte de l'*animus novandi*, mais qu'ils avaient admis des présomptions qu'il estime contestables (cf. BIONDI, p. 409).

Mode d'extinction de l'obligation la novation ressemble « par ses effets

et même par sa structure à une *satisfactio*» (ROUSSIER, Satisfacere, dans *Studi de Francisci*, t. II, p. 156).

STIPULATION AQUILIENNE. — Cette technique est en général étudiée à l'occasion de l'*acceptilatio* (v. JÖRS KUNKEL, p. 199 ; MONIER, p. 273 ; DI MARZO, p. 219 ; BIONDI, p. 401). Effectivement, la stipulation novatoire est en général suivie d'une *acceptilatio* qui met fin aux rapports des deux hommes d'affaires (D., 2, 15, 4). Mais la remise de dette ne doit pas faire perdre de vue l'importance du progrès technique réalisé en matière de novation (cf. BONIFACIO, p. 105 ss. ; KASER, I, p. 543, et II, p. 324). On notera cependant que GAIUS (I, 3, 177) ne fait pas état d'une novation avec changement d'objet, ce qui prouve qu'au II^e siècle après J.-C. le principe de l'*idem debitum*, sans être affirmé expressément, subsiste encore, respecté qu'il est en la forme pour l'équivalence pécuniaire qui existe entre les deux obligations.

SUR L'ANCIEN DROIT, on peut consulter Bernhard STAEBELIN, *Die Novation, im geltenden Recht*, Bâle, 1948, très sommaire sur l'histoire mais intéressant sur le droit suisse qui aurait employé la novation pour transformer une dette personnelle en dette sur un fonds. L'étude de J. FAVIER, *Les finances pontificales à l'époque du grand schisme d'Occident*, 1966, montre bien comment la délégation était employée pour assurer les paiements de la Chambre apostolique, spéc. p. 397-479. Cf. également A. VAN NIEUWENHUYSEN, *Le transport et le change*, *Revue belge phil. et hist.*, 1957, p. 55-65.

DÉLÉGATION. — V. les articles de BIONDI, « *Delegatio est solutio* ». *Precedenti storici ed osservazioni sull' art. 1268 C. C.*, dans *Banca Borsa e titoli di credito*, 1954, p. 423 ss. ; *Appunti intorno agli effetti estintivi della delegazione nel diritto romano*, dans *Studi U. E. Paoli*, 1956, p. 97 ss. ; H. U. HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen bei der delegatio*, dans *ZSS*, 1957, p. 100 ss. ; W. ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht*, *Marburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen*, 1959.

SECTION IV. — Transfert des obligations

I. — DROIT ROMAIN

[212] Si l'on excepte les transferts à titre universel qui peuvent se produire soit à cause de mort, soit entre vif (v. t. III), certaines techniques ont été progressivement aménagées pour réaliser un transfert à titre particulier, soit : 1^o De créances, soit 2^o De dettes.

1^o Le *transfert de créances* n'a été admis que de façon empirique et à la suite d'une évolution, dont la *novation* accompagnée

de *délégation* constitue la première étape, le *mandat judiciaire* puis la *procuratio in rem suam* en étant les ultimes phases.

[213] a) LA TRANSPOSITION DU MANDAT. — Le mandat (v. n° 282) est un contrat consensuel par lequel une personne, le mandant, charge une autre personne, le mandataire, d'accomplir à sa place un acte déterminé. Pour réaliser une cession de créances, le mandataire est invité par le mandant à se faire payer par le débiteur de ce dernier et en cas de refus à le poursuivre en justice. Alors que le mandat profite en principe au mandant, dans le mandat *in rem suam* (dans son propre intérêt), c'est le mandataire qui bénéficie de l'opération.

Tant par ses conditions d'existence que par ses effets, cette technique constitue un progrès sur les précédentes : le transfert s'opère par seul accord de volontés entre cédant et cessionnaire, ce sont les droits du cédant contre le cédé qui sont transmis. Il n'y a cependant pas cession véritable de créance, mais transfert des moyens d'action que le créancier avait contre son débiteur (GAIUS, 2, 39). Jusqu'à l'échéance de la dette et même jusqu'à l'exercice de l'action (*litis contestatio*) par le cessionnaire, le créancier cédant est libre de disposer de la créance. Le mandat est enfin un contrat conclu *intuitu personae* (révocabilité, extinction par mort du contractant), et dont la fragilité s'accorde mal avec le but recherché. La *procuratio in rem suam* allait permettre de l'atteindre.

[214] b) LA « PROCURATIO IN REM SUAM ». — Apparue sous le Haut-Empire, cette technique met le cessionnaire à titre onéreux à l'abri d'un changement de volonté du cédant. Au II^e siècle (D., 2, 14, 16, pr.) celui qui achète une succession peut agir en son nom personnel contre le cédé, débiteur du défunt grâce à un artifice de procédure (*actions utiles*). Une exception de dol permet au cédé de s'opposer à l'action de l'héritier cédant. Indépendante d'un changement de volonté de ce dernier, la situation du cessionnaire est encore consolidée au III^e siècle : la mort du cédant est sans effet sur elle (C., 4, 10, 1-2). L'évolution sera menée à son terme par les juristes byzantins qui préciseront et généraliseront les solutions précédentes (C., 8, 53, 33, de 528). Aucune différence n'est faite entre la cession à titre gratuit et onéreux. On protège le cessionnaire tout à la

fois contre l'ignorance du cédé et la mauvaise foi du cédant. Ce dernier ne peut plus agir en remboursement de sa créance quand le cessionnaire aura « dénoncé » au cédé l'opération conclue ou lorsque celui-ci aura payé partiellement le cessionnaire (C., 8, 51, 3 *itp.*). A la différence de notre droit moderne (C. C., art. 1690), la notification sans forme est valable, elle suffit à combattre l'ignorance du cédé ; c'est une condition d'opposabilité et non de validité de la cession, ce qui rejoint la conception actuelle (V. RIPERT et BOULANGER, II, n° 1708 ; POTHIER, *Vente*, n° 554, sert une fois de plus d'intermédiaire entre les deux droits). En dépit de ces améliorations, la cession de créance n'est pas un contrat autonome, elle n'est que la conséquence d'une vente, donation, legs, etc. (BIONDI, p. 345). C'est en fonction de ces contrats que sont appréciées les responsabilités des parties. Le cédant, sauf clause spéciale, ne garantit que l'existence de la dette et non pas la solvabilité du débiteur cédé (D., 18, 4, 4 ; cf. C. C., art. 1693-1694). Si la solvabilité est garantie, elle ne concerne, sauf précision contraire, que la solvabilité du débiteur au moment de la cession.

[215] LA LUTTE CONTRE LA SPÉCULATION. — La cession de créance est un instrument de crédit remarquable, mais elle peut devenir un mode de spéculation. En vendant une créance à terme, on peut, moyennant un escompte des intérêts, obtenir immédiatement des disponibilités. En cédant une créance à son propre créancier on évite les difficultés d'un double transfert de capitaux. Mais la cession peut avoir pour but d'éviter les risques ou les ennuis d'un recouvrement hasardeux ou difficile. Elle revêt alors un caractère aléatoire et le prix d'achat peut être très inférieur au montant nominal de la créance. Soucieux de réprimer les spéculations illicites, tour à tour CONSTANTIN et JUSTINIEN interdisent de céder des créances litigieuses (C., 8, 36, 2 et 5), HONORIUS et THÉODOSE prohibent toute cession en faveur des *potiores* (C., 2, 13, 2) qui à raison des pressions qu'ils pouvaient exercer sur les juges s'avéraient aussi efficaces qu'impitoyables. C'est pour des raisons analogues que JUSTINIEN (*Nov.*, 75, 5) interdira de céder à un tuteur des créances contre son pupille. En l'an 506, l'empereur ANASTASE s'était efforcé d'enlever aux cessions tout caractère spéculatif en

permettant au débiteur cédé de racheter la créance en payant, non pas son montant nominal, mais son prix de vente au cessionnaire (C., 4, 35, 22). Excellente dans son principe, cette disposition se heurtait à des difficultés de preuve. Elle a servi dans notre ancien droit de fondement à l'importante institution du *retrait*.

[216] LA SUBROGATION. — La cession est un pacte, elle est en principe volontaire, mais elle peut être obligatoire. Le vendeur, à qui on a volé la chose dont il avait la garde, doit céder son action contre le voleur. Le débiteur solidaire, après avoir payé le créancier, peut intenter l'action que ce dernier avait contre les autres débiteurs solidaires (v. n° 306). En outre, le transfert de créance est impliqué par le jeu de la représentation imparfaite. Le représentant est tenu de transmettre au représenté les droits qu'il a acquis à sa place tout comme les obligations, ce qui implique l'admission du procédé de transfert des dettes.

2° *Le transfert de dettes*. — Nécessitée par le jeu de la représentation imparfaite, la cession de dettes n'a été admise en droit romain qu'à titre exceptionnel. Non seulement elle est en contradiction avec le caractère individuel de l'obligation, mais la personnalité du débiteur, à raison de son insolvabilité possible, importe encore plus que celle du créancier. Cet inconvénient est corrigé à Rome par la règle de procédure qui exige la *cautio judicatum solvi* de celui qui représente en justice le défendeur. La cession se produira le plus souvent de plein droit, notamment en cas de succession héréditaire. La cession de dettes n'est admise qu'à titre exceptionnel dans notre droit moderne, à la différence du droit allemand qui considère l'obligation moins comme un lien personnel que comme un rapport entre patrimoines (B. G. B., art. 414 ss.).

II. — ANCIEN DROIT

[217] LA PERSONNALITÉ DES DETTES. — La solennité même des contrats primitifs supposait que les parties intervenaient personnellement et qu'elles étaient personnellement obligées.

Cependant, ce principe simple répugnait à une époque où la famille comptait plus que l'individu et où la personnalité

des dettes était difficilement admise. A cela, l'intervention de cautions apportait un premier remède ; mais, en outre, il apparaissait normal que le créancier puisse poursuivre un autre que le débiteur. Cette tendance apparaît dès le Bas-Empire : **DIACLÉTIEN** (C., 4, 12, 14) doit rappeler qu'un père ne peut être poursuivi pour son fils, ou un affranchi pour son patron. La même tendance est très nette dans les lois lombardes et dans les statuts italiens comme dans le droit franc : les dettes concernent la famille autant que le coupable ou le débiteur.

La tradition ancienne se maintient jusqu'en plein XIII^e siècle dans le droit de marque admis non seulement à l'occasion des délits, mais pour toute créance : il fallut, par exemple, en Normandie, plusieurs édits ducaux pour interdire de saisir quelqu'un pour les dettes d'autrui. Les chartes méridionales de la même époque contiennent les mêmes prohibitions.

Avec la renaissance des idées romaines, on en revient à l'idée de personnalité des dettes ; le caractère patrimonial de l'obligation n'apparaît pas pour autant. La transmission héréditaire des dettes ou des créances — comme leur cession entre vifs — est difficilement admise : notamment pour l'engagement des fidéjusseurs, pour les créances et pour les dettes nées d'un délit, pour les obligations nées d'un serment (puisque le serment ne peut engager que celui qui le prête).

Pour couper court aux difficultés concernant les transmissions à cause de mort, on fait normalement stipuler aux parties qu'elles contractent *pro se et suis*, « pour soi et pour ses hoirs ». Les chartes des XI^e et XII^e siècles prennent grand soin de faire ratifier par l'héritier le contrat conclu par son auteur : la question est évidemment liée au régime successoral et sera étudiée avec celui-ci. Il restait à régler le cas des cessions entre vifs.

[218] **LES TITRES A ORDRE OU AU PORTEUR.** — On peut effectuer une cession en opérant la transmission d'un titre à ordre ou au porteur. De telles clauses existaient au Bas-Empire et de là elles seraient passées dans les actes italiens du haut Moyen Age.

Qu'on use couramment de telles clauses en France au XIII^e siècle, la chose paraît hors de doute : le débiteur promet de payer soit au créancier ou au porteur, soit au porteur du titre, soit sur l'ordre du créancier à son command. Il est non

moins douteux que de tels titres répondaient à un besoin essentiel de la vie commerciale à l'époque où les marchands étaient encore « ambulants » et le commerce « caravanier » : un emprunteur (venu de Provins à Gênes par exemple) promettant de rembourser la somme qui lui était donnée à son prêteur ou au procureur de celui-ci (habitant Provins).

Faut-il voir dans cette pratique avec les auteurs allemands (BRUNNER surtout) un caractère propre au droit germanique ? Et analyser ainsi la clause fréquente dans les lettres de change dès le XII^e siècle comportant la promesse de payer *tibi vel tuo certo misso* ?

Nous avons notre scepticisme ; la clause ne constitue qu'un mandat de paiement et le procureur, pour recevoir un paiement valable, doit exhiber un mandat régulier.

BOUTILLIER — tout en parlant de mandat et de *procuratio in rem suam* — admet néanmoins que le porteur du titre est « seigneur de la chose » et que son droit dérive de la seule détention du titre. Mais l'opinion paraît, à l'époque où elle est exprimée (vers 1390) fort novatrice et sans doute isolée ; elle annonce l'évolution de la lettre de change qui se produira un siècle plus tard aux Pays-Bas.

Quant aux romanistes, ils furent — comme semble-t-il les Italiens et les Français — toujours hostiles à ces pratiques : ils ne reconnaissent au porteur qu'un droit dérivé, provenant d'une cession et lié à la validité de celle-ci ; ils discutent de même s'il y a cession du droit ou seulement de l'action. BARTOLE en vient à une formule qui fera fortune : la cession dans les choses incorporelles a les mêmes effets que la tradition des choses corporelles.

[219] SIGNIFICATION DES CESSIONS. — Le droit coutumier était-il hostile à la cession ? Les textes du Nord (le *Livre roisin* de Lille) paraissent l'indiquer ; mais la pratique du Midi est nettement en sens contraire. Dès le XIII^e siècle l'influence romaine se fait sentir : on parle par exemple couramment de *procuratio in rem suam*, de cession des droits et actions et il devient de formule usuelle que l'acheteur d'un immeuble se fasse constituer procureur du vendeur. Même dans le cas d'une clause au porteur, le porteur en vient à n'être plus considéré par

la jurisprudence au XIV^e siècle que comme un simple procureur.

La liberté des cessions va d'ailleurs connaître deux restrictions :

1^o On tend à exiger que la cession se fasse par écrit : en Champagne les marchands eux-mêmes doivent faire leurs transports de dettes sous le sceau de la foire (Ordonnance de 1344, art. 22) ;

2^o La cession, si le débiteur n'y intervient pas, doit lui être notifiée. Le droit commun coutumier en vient au XVI^e siècle à l'adage : « Simple transport ne saisit point » (LOYSEL, n^{os} 350 et 645). C'était marquer la différence avec le droit romain pour lequel l'accord du cédant et du cessionnaire suffisait (ce qui est la solution du Code allemand).

La signification de la cession avait pour but évident d'éviter les fraudes et la jurisprudence postérieure l'imposa rigoureusement : elle assimila le transport à une vente et fixa la portée de la garantie due par le cédant : toutes règles que l'on retrouvera très exactement dans la jurisprudence du XIX^e siècle.

[220] LA CESSION DE DROITS LITIGIEUX. — Toujours on a redouté que des « puissants » se fassent céder à bas prix des créances litigieuses. Les ordonnances interdisent les cessions consenties aux officiers royaux, aux juges, avocats, procureurs (Ord. de 1356, 1535, 1560, 1629). Ces prohibitions rejoignaient celles des lois romaines *Per diversas* et *Ab Anastasio* (C. 4, 35, 22-23).

Pourtant le Parlement de Paris ne les appliqua pas sans hésitation (LOUËT, C. 5 et 13) et il paraît bien que la jurisprudence était, en général, favorable aux cessionnaires, du moins s'il s'agissait de juges ou de gens de justice « qui ne se faisaient pas une délicatesse d'acquérir des droits litigieux » (BRETONNIER, I, 243). La doctrine, au contraire, restait fidèle aux textes romains. DU MOULIN définit la créance litigieuse (*De usuris*, 62-413) et POTHIER (*Vente*, n^o 588) apprécie l'opération qui permet au débiteur cédé de se faire tenir quitte en remboursant le prix réel de la cession (cf. art. 1699, C. civ.) comme une espèce de retrait.

[221] LA SUBROGATION. — Jusqu'au XVI^e siècle on s'en tient strictement aux textes romains : la subrogation ne peut être

que conventionnelle. La glose indique que pour opérer une *successio in locum*, il faut une convention expresse (sur C. 8, 19, 1).

1^o Dès le xv^e siècle, le rachat des rentes (ou plutôt leur conversion à un taux plus réduit) devient fréquent. Pour faciliter l'opération un édit de 1609 décide que celui qui prête au débirentier « est subrogé aux droits et hypothèques des anciens créanciers, sans autre cession ni transport ». Le Parlement de Paris interpréta la règle comme conférant au nouveau créancier un droit qu'il pouvait exercer même à l'encontre des cautions qui garantissaient l'ancienne dette (Arrêt de règlement du 6 juillet 1690) ; mais on impose toujours que la subrogation soit stipulée au moment du paiement ;

2^o La subrogation légale supposerait au contraire qu'il n'est pas besoin d'une stipulation expresse ; elle opérerait de plein droit, *tacito juris intellectu*. DU MOULIN dans sa fameuse leçon de Dôle (*Œuvres*, éd. 1681, III, p. 387) en montra la légitimité ; combinant habilement les principes de la cession d'actions et de la *successio in locum* il prétendit que le créancier n'avait pas à être requis puisqu'il ne pouvait pas s'opposer à l'opération.

La question devait diviser la jurisprudence jusqu'en 1789. POTHIER admet encore qu'une notification (assez inutile) devait être faite au créancier. Mais l'opinion de DU MOULIN est reprise par l'art. 1251, C. civ.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

TRANSFERT DES OBLIGATIONS. — Cette question essentiellement technique n'a fait l'objet que de fort peu d'études spéciales. V. en dernier lieu MAIER, *Zur Geschichte der Zession*, dans *Festschrift Rabel*, t. II, 1954, p. 205 ss., et la bibliographie citée.

ANCIEN DROIT

La question de la CESSION DE CRÉANCE (R. FRÄNKEL, dans *Z. f. ges. Handels und Konkursrecht*, 1910, p. 305-374) mériterait d'être reprise. Il est difficile de la distinguer des autres opérations voisines : novation, délégation, mandat *ad litem* ou stipulation pour autrui : G. ASTUTI, *Enciclopedia del diritto*, t. VI, 1959.

Les Bartolistes, pour apprécier les droits du cessionnaire, appliquent leur distinction des actions *natives* et des actions *datives* (cf. BARTOLE sur C. 2, 55, 5 et D., 2, 14, 7, 2), native si le titre antérieur lui fournit *praexistentem sufficientem materiam*, dative si son efficacité pratique lui est rendue par le juge (par une action utile, par exemple).

On peut trouver quelques indications judiciaires dans OLIVIER-MARTIN, *Coutume de Paris*, t. II, 538 et 574, et, surtout, E. GENZMER, « Nomina ossibus inhaerent », *Mél. Ph. Meylan*, t. I, 1963, p. 159. La matière ne peut être bien étudiée qu'en ayant égard à trois considérations :

1° La forme de la créance : si une obligation est matérialisée dans un titre écrit, le transfert du titre vaut transport : d'où l'importance attachée par les romanistes à la tradition.

2° La théorie des rentes : les rentes perdent beaucoup de leur caractère réel au xv^e siècle. L'investiture de la rente n'est plus nécessaire (cf. LOYSEAU, *Garantie des rentes*, 11, n° 15; ROUSSEAU DE LA COMBE, v° Garantie, n° 4). De là vient sans doute l'adage « Transport ne saisit point » : cf. *Coutume de Mantes* (BOURDOT DE RICHEBOURG, III, 175 et 189); parfois au cas de cessions successives, le premier saisi est préféré (*Coutumes d'Anjou de 1411*, I, p. 593).

3° Les exigences commerciales parfaitement apparentes à partir du xvi^e siècle.

Il faut noter que la *Common law* n'admet la cession que par voie de procuration; le cessionnaire est *attornatus*; au contraire, les cours d'équité admettent la cession.

LE RETRAIT LITIGIEUX. — Il paraît bien que la jurisprudence, après avoir vu dans les lois romaines la prohibition de toute cession (PAPON, 12, 1; CAMBOLAS, 5, 39; DESPEISSES, 1, 2, 4), les ait appliquées moins strictement aux créances litigieuses. La tendance est en tout cas très nettement favorable à la cession de telles créances : on définit très strictement la créance litigieuse (cf. art. 1700, C. civ.; POTHIER, n° 585, LAMOIGNON, *Arrêts*, I, 142; SALVIAT, *Jurispr. Bordeaux*, v° Cession d'actions); on exempte de tout retrait les opérations entre cohéritiers et les cessions gratuites (cf. loi *Per diversas*, reprise par art. 1701; POTHIER n° 591).

Le terme de SUBROGATION paraît emprunté au droit canonique et à la pratique bénéficiaire. La définition classique vient de DU MOULIN (*De usuris*, 37, n° 276) : *transfusio unius creditoris in alium eadem vel mitiori conditione*. On y a vu une fiction (MERLIN; *hoc v°*). A l'opinion de DU MOULIN d'une subrogation légale — même pour les créanciers chirographaires — l'ancienne jurisprudence préférerait l'idée d'une subrogation judiciaire. Le tiers détenteur qui avait payé pour un autre pouvait par le jeu d'une exception de dol retenir ce qu'il avait payé (BRODEAU-LOUËT, C, 38 et surtout RENUSSON, *Traité des subrogations*; POTHIER, *Cout. Orléans*, 20-60).

Sur les opérations de CHANGE, outre ce qui est dit p. 234 et p. 264, cf. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change*, 1953; sur les idées de Boutillier, J. LAMEERE, Un chapitre de l'histoire du prêt à intérêt, dans *Bull. Acad. roy. Belgique, Lettres* 1920, p. 94; sur les opinions des romanistes il faut toujours se reporter à la célèbre consultation de BALDE de 1385, *Consilia*, n° 348.

La clause de procuration qui figurait dans les lettres du XIII^e siècle (au temps où les marchands étaient encore ambulants, où le commerce était un commerce de foires) deviennent rares au XV^e siècle (avec l'existence — en Italie d'ailleurs plus qu'aux Pays-Bas — de compagnies à filiales).

En France, le contrat de change est un contrat notarié accompagné d'une lettre missive par laquelle le marchand ordonne à son correspondant à l'étranger de payer (et non plus de recevoir) pour lui : c'est l'usage aux XIV^e et XV^e siècles de Marseille (BARATIER et RAYNAUD, *Histoire du commerce de Marseille*, 1951, p. 877) et de Toulouse (Ph. WOLFF, *Commerce et marchands de T.*, 1954, p. 384 et 404).

Dès le XVI^e siècle apparaît l'endossement des lettres de change : H. LÉVY-BRUHL, dans *Annales de dr. comm.*, 1930, p. 4 et *Histoire de la lettre de change*, 1935.

TROISIÈME PARTIE

LES CONTRATS

Aujourd'hui encore le Code civil régleme (art. 1582-2058) un certain nombre de contrats : ce sont les contrats les plus usuels que connaissait déjà le droit romain dont il nous faut, ici encore, respecter les cadres. Nous avons déjà indiqué que ces cadres sont parfois difficilement applicables aux contrats de l'époque franque ou de l'époque féodale.

CHAPITRE PREMIER

CONTRATS RÉELS

[222] La remise d'une chose (*res*) caractérise ce type de contrat. Si l'intention est indispensable à sa formation, l'élément matériel est, en effet, prédominant. Certains contrats réels, la *fiducie* et le gage, ont un caractère accessoire, ils permettent soit de garantir une créance par la constitution de *sûretés réelles* (v. n^o 321), soit de réaliser indirectement certaines opérations (*fiducia cum amico*; v. n^{os} 22 et 231). Le prêt et le dépôt, au contraire, ont un domaine d'application propre. Ces deux contrats réels ont à première vue une fonction économique opposée. Le prêt s'effectue dans l'intérêt de celui qui reçoit la chose, le dépôt dans l'intérêt de celui qui la remet. Mais la différence s'estompe dans certaines formes de ces contrats. C'est ainsi que dans le *prêt à intérêt* et le *dépôt irrégulier*, la remise de la chose est normalement faite à la fois dans l'intérêt de celui qui remet et de celui qui reçoit.

SECTION I. — Le prêt en droit romain

[223] Le prêt est un contrat par lequel une personne remet une chose à une autre personne à charge pour celle-ci de la restituer au bout d'un certain délai. Le prêt a deux fonctions économiques bien distinctes qui découlent de la nature de la chose prêtée. Les biens consommables, c'est-à-dire qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, blé, argent par exemple (D., 12, 1, 2, 1), sont l'objet d'un *prêt de consommation*, les autres d'un *prêt d'usage* et les conditions de la remise

et de la restitution diffèrent profondément dans les deux cas :
1^o Dans le prêt de consommation (*mutuum*), la chose est remise à titre de *propriété*, et le débiteur devra restituer l'équivalent.
2^o Dans le prêt d'usage (*commodat*), la remise n'implique qu'un transfert de détention et l'emprunteur est obligé de restituer la même chose.

[224] DÉFINITION. — Le *mutuum* est un contrat réel, unilatéral et de droit strict, qui existe dès l'ancien droit romain. Son origine ancienne explique son caractère gratuit : on prêtait des denrées ou des semences à un voisin, à un ami, à charge de revanche. Avec l'apparition et la généralisation du numéraire, le but économique du prêt de consommation se modifie. A la différence du prêt de choses, le prêt d'argent s'effectue généralement dans un but intéressé. Mais le caractère réel de ce contrat s'oppose à l'adjonction d'intérêts. Formé par la remise matérielle d'une certaine somme d'argent, le contrat implique obligation de restituer la même somme. La convention qui accompagne la remise n'a qu'un rôle restreint, elle sert à préciser les modalités du contrat, ou le lieu du paiement, mais ne peut modifier son objet. Pour être valable, la convention d'intérêt doit se mouler dans une stipulation jointe au *mutuum*. Ce contrat, très utilisé dans le droit commercial international, paraît donc mal adapté aux besoins économiques. C'est pourquoi, sous l'influence notamment des pratiques commerciales orientales, on assiste, de l'époque classique au Bas-Empire, à un élargissement de ses deux conditions d'existence : la remise matérielle et la convention. A l'inverse, le législateur romain, pour des raisons d'ordre public, a dû imposer des *limitations* à la volonté des parties.

[225] LA PRATIQUE COMMERCIALE. — Le transfert de propriété de la chose prêtée se réalise, comme pour toutes les choses consommables, par simple tradition, par la remise matérielle de la chose, et cette formalité a été considérablement assouplie. Au cours de l'époque classique, en effet, les Romains ont admis que l'on pouvait acquérir la possession non seulement par l'intermédiaire d'autrui, mais sans transfert matériel. Le contrat de prêt peut dès lors se former hors de la présence des parties, par l'intermédiaire d'un représentant ou par *traditio brevi*

manu : une personne garde à titre de prêt le bien qu'elle détient comme dépositaire ou mandataire (D., 12, 1, 15 ; id., 9, 9).

Dès l'époque classique, la pratique bancaire élargit encore les exceptions issues de la théorie de la possession. Non seulement on peut emprunter par l'intermédiaire d'autrui, mais on peut prêter en faisant payer son propre débiteur (D., 12, 1, 15), ou encore son banquier (D., 45, 1, 126, 2).

Sous le Haut-Empire, une nouvelle atteinte est apportée au caractère primitif du *mutuum* avec l'opération qualifiée de *prêt irrégulier*. Le contrat est formé par la remise d'un objet à l'emprunteur qui doit le vendre et en garder le prix à titre de prêt (D., 12, 1, 11, pr.). Non seulement l'emprunteur est tenu de restituer une chose différente de celle qui lui a été remise, mais l'objet du prêt de consommation peut être un bien non consommable. A la fin du III^e siècle après J.-C., l'empereur DIOCLETIEN précise que les biens donnés à titre de *mutuum* peuvent être estimés, ce qui fait naître à la charge de l'emprunteur l'obligation de verser le prix de l'estimation.

Pour extensive que soit la conception classique de la remise matérielle, elle implique, dans les exemples cités, un déplacement de propriété entre les deux parties au contrat. Ce stade lui-même est cependant dépassé, car la simple délégation de son débiteur à l'emprunteur, avant même qu'il ait payé, équivaut à un versement d'argent par le prêteur (D., 46, 1, 18 ; 12, 1, 32 ; cf. dans un cas analogue D., 14, 3, 19, 3). Dans ce cas limite, le *mutuum* n'a plus de contrat réel que le nom. La remise matérielle, même fictive, fait place à un simple transfert de valeur par accord de volontés. La convention, second élément du contrat de prêt, perd le caractère accessoire qui la caractérisait. Mais l'élément intentionnel ne bénéficie pas seulement de l'effacement de l'élément matériel, la convention profite directement dans certains cas de l'assouplissement des formes du *mutuum*. En principe, la convention précise les modalités du contrat (terme, condition), elle ne peut modifier son objet. Le débiteur n'est obligé à restituer que ce qu'il a reçu. Tout au plus, peut-on décider que la restitution portera sur une somme inférieure à celle qui a été reçue (D., 12, 1, 11, 1). Mais on ne saurait convenir de la restitution d'une somme supérieure ;

est nulle la clause relative aux intérêts, ces derniers doivent faire l'objet d'un contrat spécial de stipulation.

[226] LA CONVENTION D'INTÉRÊT. — Sous l'influence des usages orientaux, la pratique allait apporter trois exceptions au principe. Dès le II^e siècle avant J.-C., la convention relative aux intérêts est validée dans le contrat que le droit maritime moderne appelle le *prêt à la grosse aventure* ou *prêt à la grosse* et qui a fait place actuellement à l'assurance maritime. Une personne avance des fonds à un armateur qui envoie un navire acheter des marchandises outre-mer ou vendre celles qu'il s'est procuré avec l'argent prêté (D., 22, 2, 1). Si le navire se perd, le prêteur ne peut exiger le remboursement, s'il arrive à bon port, les fonds prêtés sont rendus avec de gros intérêts qui compensent le risque couru. Ce prêt maritime (*nauticum foenus*) ne doit pas être confondu avec la société, le bailleur de fonds diffère de l'associé en ce qu'il ne participe ni à l'opération ni aux bénéfices éventuels, son intérêt en cas de réussite étant convenu d'avance.

Au III^e siècle, le législateur apporte une nouvelle exception au principe de la nullité des conventions d'intérêt (C. 4, 32, 11 et 23). Ces dernières sont valables dans tous les prêts de denrées, vraisemblablement sous l'influence des coutumes orientales qui majorent l'intérêt pour le prêt de grain considéré comme n'étant pas purement de consommation comme le prêt d'argent. L'intérêt trouve sa justification dans la participation du prêteur au croît de la semence prêtée. En dépit des apparences, la portée d'une telle mesure est réduite, car à la fin de l'époque classique le prêt de choses, par opposition au prêt d'argent, n'a pas grande importance au point de vue économique.

Dans la pratique, la convention d'intérêt devait être largement utilisée et engendrait une obligation naturelle (C., 4, 32, 3). Par suite de la décadence des formes de la stipulation, opposer à son créancier la nullité du simple pacte d'intérêts est un procédé malhonnête, et JUSTINIEN met ces manieurs d'argent professionnels que sont les banquiers à l'abri d'une pareille *minutia* en validant les clauses d'intérêt contenues dans leurs contrats de prêt (*Nov.*, 136, 4).

Le législateur romain, constatant que le prêt de consommation ne pouvait être l'œuvre de philanthropes, a sanctionné les usages qui rejetaient les nullités juridiques. S'il n'a concrétisé qu'avec retard les progrès de la technique bancaire et commerciale, c'est que, pour des raisons d'ordre public, il se préoccupait davantage de contrôler le *mutuum* que de favoriser son développement. Ces préoccupations se traduisent par un certain nombre de dispositions relatives aussi bien : 1) Au taux et au calcul de l'intérêt ; 2) Qu'à la capacité de l'emprunteur ; et 3) A la répression des abus nés de l'usage de la preuve écrite.

[227] 1) LA « FAVOR DEBITORIS » : L'USURE. — Conformément à notre droit moderne (D. L., 31 octobre 1935), le législateur romain s'est toujours efforcé de limiter le taux de l'intérêt. Mais actuellement, la liberté de l'intérêt est la règle en droit commercial (loi du 12 janvier 1886), tandis qu'en droit romain aucun régime de faveur n'est prévu pour les opérations commerciales qui, bon gré mal gré, sont incluses dans les techniques du droit civil. A l'époque de la *loi des Douze Tables*, le taux de l'intérêt est très élevé et le maximum légal est de 100 % par an. Sous la République, les mesures démagogiques d'abolition des dettes alternent avec les réductions, voire les suppressions d'intérêts : dispositions excessives qui se retournent contre celui-là même que l'on voulait protéger : l'emprunteur ne trouvant plus de prêteurs. Avec les guerres victorieuses, qui jalonnent l'extension territoriale de Rome, le numéraire devenu abondant provoque une forte baisse du taux de l'intérêt au dernier siècle de la République. Le maximum légal, qui est fixé à 12 %, sera, au début de l'Empire, supérieur au taux normalement prévu par les parties. Au commencement du III^e siècle, l'*anatocisme* est prohibé : l'empereur CARACALLA (C., 4, 32, 10) constate la nullité de la clause en vertu de laquelle les intérêts échus se capitaliseront et porteront à leur tour intérêt, à mesure qu'ils arriveront à échéance. En revanche, la convention reste valable pour les intérêts déjà échus au moment où elle intervient (cf. interprétation de la loi de 1804 par notre jurisprudence : RIPERT et BOULANGER, t. II, n^o 2922). A la même époque, le pacte d'*anti-chrèse*, en vertu duquel les fruits perçus tiennent lieu d'intérêts,

est sous-entendu quand une chose frugifère est engagée pour garantir un prêt gratuit (D., 20, 2, 8).

L'état d'insécurité et la politique fiscale des empereurs du Bas-Empire raréfient les capitaux et font monter le taux de l'intérêt. Cependant, au IV^e siècle, les Pères de l'Eglise, se fondant sur l'Évangile de SAINT LUC (6, 34-35), condamnent, comme contraire à la charité, l'usure, c'est-à-dire toute espèce d'intérêt que produit l'argent (Pères de l'Eglise grecque : dès le III^e siècle, v. CLÉMENT D'ALEXANDRIE, *Stromata*, 2, 18 ; au IV^e siècle, v. SAINT GRÉGOIRE DE NAZIANZE, *Oratio*, 16 ; Pères de l'Eglise latine : SAINT AMBROISE, *De Tobia*, 14, 49). A la même époque, les canons des Conciles reproduisent une telle prohibition tant à l'égard des laïques que des clercs (v. A. BERNARD, *Dictionnaire de théologie catholique*, v^o usure, col. 2329 ss.). Les empereurs chrétiens s'efforcent, pour se conformer à ces tendances, d'abaisser le taux de l'intérêt. Ils se font ainsi de l'usure une conception moins rigide que les canonistes : ce n'est pas tout intérêt qui est répréhensible, mais un intérêt excessif. L'empereur JUSTINIEN élaborera une réglementation compliquée pour essayer de concilier les préceptes de la morale et les pratiques commerciales. Le taux maximum de l'intérêt est en principe de 6 %, mais il peut varier en fonction de différents critères tels que la situation sociale et la compétence technique des parties ou l'utilité qu'elles peuvent espérer retirer de l'opération (C., 4, 32, 26). Un contrat aussi aléatoire que le *nauticum foenus* n'échappe pas à ce désir de réglementation générale qui caractérise la législation de JUSTINIEN : l'intérêt est fixé à 12 % et un taux analogue sera retenu pour le prêt de denrées (C., 4, 32, 6 ; cf. C. T., 2, 23, 1). Comme en droit moderne, l'intérêt payé indûment est imputé sur le capital et répété pour le surplus (C., 4, 32, 26, 4). Parallèlement, l'empereur aggrave la réglementation en matière d'anatocisme et prohibe la convention de capitalisation des intérêts même conclue après leur échéance (C., 4, 32, 28). En outre, les intérêts ne sont plus payés dès lors que leur total atteint une somme égale au capital (*Nov.*, 121, 2). Mesures généreuses, sans doute, mais qui eurent un effet diamétralement opposé à celui recherché par le législateur : les créanciers exigèrent avec une plus grande

rigueur le paiement des intérêts à l'échéance et s'abstiennent de faire crédit à long terme.

Néanmoins, certains successeurs de JUSTINIEN, toujours sous l'influence des principes canoniques, vont plus loin et s'efforcent au IX^e siècle de proscrire tout intérêt (*Prochiron*, 16, 14), avant d'en revenir à un contrôle analogue à celui pratiqué à l'époque classique (*Novelle* 83, de LÉON LE SAGE).

Le *favor debitoris* n'a pas toujours inspiré avec bonheur le législateur romain qui s'est heurté autant à l'ingéniosité des usuriers qu'à la pusillanimité des emprunteurs désireux de se procurer des capitaux par tout moyen. Pour lutter contre les abus les plus criants ou les plus fréquents : a) On accorde une protection spéciale à cet emprunteur endémique et inexpérimenté qu'est le fils de famille ; b) On essaie de se prémunir contre le procédé le plus utilisé pour tourner la prohibition de l'usure : la reconnaissance de dette écrite.

[228] 2) LA PROTECTION DU FILS DE FAMILLE. — Au I^{er} siècle après J.-C., le sénatus-consulte Macédonien interdit de prêter de l'argent au fils qui se trouve encore sous la puissance de son père. Cette disposition a pour origine l'émotion suscitée dans l'opinion publique à la suite d'un parricide commis par un fils pressé par ses créanciers. Désormais le fils pourra opposer une exception à l'action en remboursement de son créancier (D., 12, 6, 40, pr.), mais la nullité n'est pas absolue. Outre qu'il existe à la charge du fils de famille une obligation naturelle (D., 14, 6, 7, 16), le sénatus-consulte ne joue pas : si on a cru prêter à un chef de famille à condition qu'il s'agisse d'une *error communis* (D., 14, 6, 3, pr.), si le fils de famille a un patrimoine (*pécule* : D., 14, 6, 1, 3), si devenu *sui juris* il ratifie l'emprunt (C., 4, 28, 2) ou encore si le père a profité du prêt (D., 14, 6, 7, 12).

[229] 3) LE DANGER DE LA PREUVE ÉCRITE. — Pour tourner la prohibition de l'usure, la pratique a largement utilisé la preuve écrite. Donation déguisée, convention à cause illicite ou immorale sont également conclues sous le couvert de la forme écrite. Une reconnaissance de dette peut avoir été signée en raison d'un prêt qui n'a pas eu lieu ou qui est supérieur à la somme effectivement remise. Pour masquer un intérêt usuraire de 100 %, il suffit que le créancier se fasse remettre un écrit constatant

l'existence d'un prêt de 200 remboursable dans un an alors qu'il n'a prêté que 100. Certes, le débiteur n'est pas sans recours. L'écrit ne fait que *constater* le contrat de prêt qui tire toute sa force de la remise effective de la somme indiquée : l'emprunteur n'est tenu de restituer que ce qu'il a reçu. Il lui sera cependant très difficile de prouver que la somme indiquée dans l'écrit ne lui a pas été versée. Un renversement de la charge de la preuve, grâce à l'*exceptio*, puis à la *querela non numeratae pecuniae* permettra de pallier les difficultés résultant de la preuve négative à fournir (v. n° 39).

SECTION II. — Le commodat

[230] Le *prêt à usage (commodatum)* est un contrat réel synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel le commodant remet au commodataire la détention d'une chose qu'il utilisera et restituera au terme fixé. On prêterait normalement un meuble, mais l'objet du commodat peut être un immeuble (D., 13, 6, 1, 1), voire même un bien consommable qui sera emprunté *ad pompam vel ostentationem* (D., 13, 6, 3, 6). Le prêt à usage a deux caractères spécifiques : la restitution en nature (*in specie*) et la gratuité. Si une rémunération pécuniaire est prévue, il y a louage de chose, contrat innomé si la contrepartie est une prestation en nature ou un fait.

[231] LE CARACTÈRE GRATUIT. — Dans l'ancien droit romain et au début de l'époque classique, le commodat est inconnu. Le prêt à usage est réalisé grâce à la *fiducia cum amico* : contrat réel qui transfère la propriété à l'emprunteur à charge pour lui de restituer au terme fixé. Ce procédé implique une grande confiance entre les contractants, le prêteur n'ayant contre son débiteur qu'une action personnelle et donc soumise au risque d'insolvabilité (v. PASTORI, p. 31 ss.). Contrat synallagmatique imparfait, le commodat engendre à la charge du commodataire une obligation de restituer, sanctionnée par l'action *commodati directa* et pour le commodant une double obligation éventuelle : remboursement des dépenses faites pour la conservation de la chose à la différence des frais d'entretien qui incombent à l'emprunteur (D., 13, 6, 18, 2), réparation des dommages

résultant des vices de la chose prêtée si le commodant en connaissait l'existence (D., 13, 6, 18, 3). Une action *commodati contraria* sanctionne ces obligations qui sont garanties par un droit de rétention (D., 47, 2, 60). La gratuité étant un caractère spécifique du commodat, la responsabilité de l'emprunteur, seul bénéficiaire du contrat, est très lourde. Il doit se servir du bien prêté en se conformant aux clauses de la convention, sinon il commettra un vol de l'usage de la chose (D., 13, 6, 5, 7-8). Il est responsable de la *custodia* (GAIUS, 3, 206), et tenu à raison du vol de la chose (D., 13, 6, 5, 14). Cependant, les risques sont à la charge du prêteur, sauf convention contraire qui sera même présumée quand la chose a été estimée au moment du prêt (D., 13, 6, 5, 3).

Toute cette technique a été reprise sans modification dans notre droit moderne (C. C., 1875-1892) par l'intermédiaire du *Traité du prêt à usage* de POTHIER.

SECTION III. — Le dépôt en droit romain

[232] Contrat réel, synallagmatique imparfait et de bonne foi, le dépôt est l'acte par lequel une personne, le déposant, remet à l'autre partie, le dépositaire, une chose mobilière, à charge de la garder et de la restituer dès qu'elle lui sera demandée.

Tout comme le *mutuum*, le dépôt a une origine très ancienne, il est connu de la *loi des Douze Tables* selon laquelle le dépositaire infidèle, assimilé à un voleur, était frappé de la peine du double de la valeur reçue (*Coll.*, 10, 7, 11). Le dépôt est un service entre amis, et GAIUS (2, 60) signale qu'on pouvait le réaliser, comme le prêt à usage, grâce à la *fiducia cum amico* (v. n° 22). A l'époque classique, ces caractères persistent : le dépôt est un contrat essentiellement gratuit (cf. C. C., art. 1917), les manquements du dépositaire sont sanctionnés par une action infamante; s'il y a eu utilisation du bien déposé, le contractant est considéré comme ayant commis un vol d'usage (*furtum usus* : GAIUS, 3, 196). Les nécessités de la pratique, les besoins du crédit ont obligé les juristes à sanctionner un certain nombre d'opérations assez voisines du contrat de dépôt. Sans avoir de

caractères propres, ces actes, à raison du but poursuivi ou des conditions particulières de leur formation, présentent des différences avec le contrat type. Doctrine et pratique modernes adoptent le même point de vue, elles distinguent à côté d'un contrat général de dépôt, dont les caractères n'ont pas changé, des formes spéciales qui existent seulement en plus grand nombre.

[233] LE CONTRAT TYPE. — Le contrat de dépôt engendre des obligations à la charge du dépositaire. Mais ce dernier rend un service gratuit, et il ne doit en découler pour lui ni charge pécuniaire ni dommage, sinon il en résulterait une obligation pour le déposant.

Le dépositaire, qui n'a que la détention de l'objet du dépôt, est tenu de le restituer à première réquisition sans pouvoir invoquer le terme (D., 16, 3, 1, 22). Ce dernier ne joue, en effet, qu'en faveur du déposant, unique bénéficiaire du contrat. Se prévaloir du terme reviendrait pour le dépositaire, à reconnaître que le dépôt lui est de quelque utilité, et donc qu'il manque à ses obligations. Le dépositaire doit veiller à la conservation de la chose mais, rendant service à autrui, il n'est responsable que de son dol (*Paul. Sent.*, 2, 12, 6). Dans les compilations de JUSTINIEN, le dépositaire, sauf convention contraire, reste tenu de son dol auquel on assimile la faute lourde (D., 16, 3, 32, *itp.*). Le caractère de bonne foi du contrat permet au dépositaire de restituer la chose au véritable propriétaire quand celui-ci n'est pas le déposant (D., 16, 3, 31, 1). L'action *depositi directa* sera utilisée par le déposant pour faire respecter ses droits, tandis qu'à l'inverse, ses obligations éventuelles donneront lieu à une action *depositi contraria*. Le déposant doit en effet rembourser le dépositaire de toutes les dépenses faites pour l'entretien ou la conservation de la chose (D., 16, 3, 23), et l'indemniser de tout dommage prévu ou prévisible causé par l'objet du dépôt (D., 47, 2, 62, 5).

[234] LES FORMES SPÉCIALES. — 1^o Le dépôt *nécessaire* est celui qui est réalisé au moment d'une calamité (incendie, inondation), ce qui oblige le déposant à prendre le premier venu comme cocontractant. En dépit de l'absence de consentement du dépositaire, il n'y en a pas moins contrat, et par une résurgence

assez inattendue de l'antique *actio in duplum* des XII Tables, la responsabilité du dépositaire malgré lui est aggravée, il sera condamné au double (D., 16, 3, 1, 1). Le droit romain a été particulièrement sensible à la situation critique du déposant et sa solution ne sera adoptée ni par notre ancien droit, ni par notre droit actuel, qui se contentent de faciliter la preuve du dépôt : quelle qu'en soit l'importance, le témoignage sera admis (cf. Ordonnance de 1667 et C. C., art. 1950). Contre les héritiers du dépositaire non complices, l'action n'est pas réduite à leur enrichissement, comme il est de coutume, mais à la valeur de la chose.

2^o Le dépôt *séquestre*, connu dès le II^e siècle avant J.-C., consiste à remettre à un tiers une chose litigieuse sous la condition de la restituer au gagnant une fois la contestation tranchée (D., 16, 3, 6). Comme de nos jours, le séquestre peut être soit *conventionnel* : le dépositaire étant choisi par tous ceux qui prétendent avoir droit à la chose (D., 16, 3, 17), soit *judiciaire* : il y a alors quasi-contrat plutôt que contrat. A la différence du dépôt ordinaire : 1^o Le séquestre peut avoir pour objet un immeuble aussi bien qu'un meuble ; 2^o La restitution ne peut être demandée que par celui qui a obtenu gain de cause ; 3^o Le plus souvent, le dépositaire séquestre se voit attribuer la possession (*possessio ad interdicta* : droit d'intenter les actions possessoires), ce qui assure son indépendance à l'égard des parties au procès (D., 16, 3, 17, 1).

Le dépositaire a parfois des pouvoirs importants, comme celui de vendre les denrées périssables déposées et d'en garder le prix (D., 4, 3, 9, 3), il se rapproche alors du mandataire. En droit moderne, comme dans notre ancien droit, le séquestre peut être rétribué, il sera dès lors responsable de sa faute et le contrat se rapprochera du louage de services.

3^o Le dépôt *irrégulier* tient à la fois du dépôt et du prêt de consommation. Le dépositaire acquiert la propriété des choses déposées, il n'est tenu de rendre que des choses de même espèce et en quantité égale. Ce contrat a en général pour objet des choses de genre, et plus particulièrement du numéraire, c'est le moderne dépôt en banque. Les juristes romains ont emprunté cette opération aux usages des banquiers grecs, probablement

dès le début du II^e siècle avant J.-C. (POLYBE, 31, 27, 5). Comme de nos jours, les juristes ont considéré cette opération tantôt comme un prêt de consommation (PAUL : D., 16, 3, 26, 1 ; ULPYEN : D., 16, 3, 1, 34), tantôt comme un dépôt (PAPINIEN : D., 16, 3, 24), et c'est cette opinion qui finira par triompher. Cependant le dépôt irrégulier se rapproche encore du prêt, lorsque le dépositaire accorde un intérêt au déposant. Bien que contraire à la nature du dépôt, le pacte d'intérêts sera finalement admis et sanctionné par l'action du contrat, car à la différence du prêt de consommation le dépôt est un contrat de bonne foi.

En revanche, on retrouve dans le dépôt irrégulier les caractéristiques du contrat type : 1^o Les choses déposées doivent être restituées à la première réquisition, alors que dans notre droit moderne un terme peut être prévu et jouera en faveur du dépositaire ; 2^o Le but économique du contrat est de décharger le déposant de la garde d'objets précieux ou encombrants, bien que pratiquement le banquier qui bénéficie de nombreux dépôts d'argent puisse les utiliser, les demandes de restitution étant échelonnées.

SECTION IV. — Les contrats réels dans l'ancien droit

[235] On a déjà indiqué (n^o 67) la prédilection de l'ancien droit pour les contrats réels — considérés comme contrats au comptant.

Le commodat sera facilement identifié à la *res prestita* ou à la *praestantia* (n^o 54). On examinera surtout à son sujet la responsabilité de l'emprunteur (exclue des cas de *vis major* ou de *damnum fatale* suivant les glossateurs). Il en est de même pour le dépôt gratuit qualifié de bonne heure de *custodia* (*L. Visig.*, V, 5, 1) ou de *commendatio* et anciennement mal distingué du commodat.

Ces contrats opéraient-ils transfert de la propriété ? Les textes anciens (*L. Visig.*, 1, 2, 3) paraissent bien l'indiquer puisque le dépositaire peut vendre la chose et subir les peines du vol. Mais BEAUMANOIR (n^o 1020) témoigne du retour aux règles romaines.

Tout l'intérêt de la matière va se reporter sur le *mutuum*, sur le gage (n° 333) qui le plus souvent l'accompagne, sur le prêt et spécialement sur le problème de l'intérêt.

[236] LA PROHIBITION DE L'USURE. — Au mot *mutuum* se substitue de bonne heure celui de prêt. Le prêt peut être gratuit et constituer un *beneficium* (*Form. Marc.*, II, 25, 27) ; mais plus souvent le prêteur n'est pas mû par l'esprit de bienfaisance et il exige des intérêts. Pour ceux-ci, les *Exceptiones Petri* reprennent les textes de Justinien en augmentant gravement les taux licites (jusqu'à 33 % et même pour les commerçants 66 %). Mais contre une telle prétention s'élève tout l'enseignement de l'Eglise :

a) Les Pères de l'Eglise prennent sans cesse à partie les usuriers et opposent la charité chrétienne à l'exigence d'un intérêt : c'est un conseil de charité plutôt qu'une défense que contient l'Evangile de LUC (VI, 34) : *Mutuum date nihil inde sperantes*. Du précepte moral, on passe à la règle de droit : l'usure est interdite aux clercs (Nicée, c. XVII) et avec quelques hésitations aux laïques. Les Carolingiens en viennent à sanctionner le délit d'usure (BORETIUS, I, 54, 132, 327).

b) La Réforme grégorienne donne à la prohibition de l'usure un caractère intransigeant et dogmatique. GRATIEN recueille tous les textes anciens. L'usure est un vol et l'usurier ne peut se racheter par l'aumône mais par la restitution ; il sera excommunié. Les théologiens renchérissent. Les conciles (Latran, 1139, 1179) définissent la prohibition comme une loi universelle de l'Eglise conforme au droit naturel. CLÉMENT V (1311) en viendra à qualifier d'hérésie le fait de soutenir la légitimité de l'intérêt.

c) De cela les théologiens (cf. SAINT THOMAS, II^a, 2^o, 78) donnent plusieurs justifications. Recevoir un intérêt, c'est vendre ce qui n'existe pas : on ne vend pas à la fois du vin et l'usage du vin. L'argent « ne fait pas de petits », il est de sa nature stérile : *Nummus non facit nummos*. Le prêteur reçoit un salaire sans travailler, ce qui est une invitation à la paresse. La tendance est hostile aux prêteurs, aux manieurs d'argent, favorable aux débiteurs (petites gens ou nobles contraints à vendre leurs terres) : elle implique une doctrine écono-

mique — la négation du crédit — et une doctrine philosophique — le refus d'admettre la « vente du temps », car le temps n'est qu'à Dieu. Le sens change avec la justification fournie : usure signifie *intérêt* mais aussi *profit illicite*.

[237] LES RÉSISTANCES. — La glose (sur C., I, 1, 1) déclare que les usures sont interdites par le droit divin. AZON juge de même mais l'opinion d'autres docteurs manque de netteté : celle d'ACCURSE par exemple, opinion que la tradition explique par le fait qu'il était lui-même usurier notoire et prêtait même à ses élèves. Au contraire, BARTOLE et ses disciples justifieront les textes canoniques.

Dans le Sud-Ouest, l'usure est pratiquée tout au long du XII^e siècle (à Saint-Antonin, à Rodez, à Toulouse). Ailleurs, les prêteurs déguisent la stipulation d'usure : par exemple, en mentionnant au contrat que la dette est due pour marchandises vendues (ce qui montre tout l'intérêt de la théorie de la cause dans les preuves écrites, n^o 134). Souvent aussi la promesse d'usure est confirmée par un serment.

JOINVILLE dira que « le peuple ne peut vivre sans le prêt ». Pourtant le pouvoir royal (saint Louis surtout) va reprendre à son compte les règles canoniques : l'usure en vient à être punie à la fois par la justice civile sur plainte de l'emprunteur, et par les cours d'Eglise qui peuvent agir d'office.

Mais un prêt, et la promesse d'intérêt qui l'accompagne, peuvent prendre la forme d'une vente à réméré, d'un mortgage, anciennement pratiqués ; l'ingéniosité des parties va s'employer à tourner une règle trop onéreuse à leur gré : il faudra que les juristes déploient la même ingéniosité pour déjouer les fraudes, pour analyser les contrats et découvrir leur vraie « nature », pour rechercher sous tous leurs aspects les profits usuraires ; bref, que de l'interdiction générale ils fassent procéder des règles précises.

Les prêts commerciaux, entre banquiers et marchands, doivent être mis à part. Au contraire, le prêt que contractent de pauvres gens dans un moment de détresse, souvent prêt sur gage mobilier, est toujours suspect (et dès le XIV^e siècle, on tentera de créer des Monts de piété). BEAUMANOIR nous a gardé le souvenir des diverses manières de prêter « à la petite

semaine » (n° 1921) : avance de récoltes, cheptel de fer, promesse de journées de travail. Pourtant, la prohibition est strictement appliquée et elle s'accompagne de mesures fort dures contre les usuriers lombards ou juifs.

Restent les prêts à long terme garantis par des immeubles et qui mettent en présence le prêteur (« capitaliste », établissement religieux) et l'emprunteur (momentanément gêné, mais possédant des immeubles, noble partant à la Croisade par exemple) : cas type sur lequel on doit désormais raisonner.

[238] LE MORT-GAGE. — Par hypothèse, l'emprunteur ne veut pas aliéner définitivement son bien ; il espère revenir à meilleure fortune ; mais il peut :

a) Soit le vendre avec un pacte de réméré ;

b) Soit l'engager ; deux combinaisons sont possibles : ou le prêteur perçoit les revenus de l'immeuble (ce qui équivaut à des intérêts) : c'est un *mort-gage* ; ou le prêteur agit dans une pensée de bienfaisance, laissant l'emprunteur percevoir les revenus : c'est un *vif-gage* (cf. *Summa Normanniae*, 111 ; DU CANGE, v. *vadium*). Enfin, on peut stipuler que faute de remboursement à l'échéance, la propriété du bien sera acquise au prêteur : c'est le *pacte commissoire*.

Le *vif-gage*, prêt gratuit, est évidemment licite.

La *vente à réméré* pratiquée dès l'époque franque et le *pacte commissoire* sont suspects d'usure : le droit canonique (X^a, III, 17, 5) se préoccupe de découvrir les indices de fraude. En réprimant la lésion et en imposant le juste prix, le pape Alexandre III (1176) manifeste son souci de poursuivre la « dépravation usuraire » (cf. n° 116). Poursuite difficile, car le plus souvent les parties usaient de contre-lettres occultes. La jurisprudence laïque établit trois critères qui, derrière la vente, permettaient de déceler le prêt : la faculté de rachat, la vileté du prix, la relocation (par laquelle le vendeur prenait à bail le fonds qu'il vendait et payait un loyer représentant l'intérêt).

Quant au *mort-gage*, il prend une très grande importance : il est pour les laïques et pour les abbayes un moyen commode et sans risques de placer leurs capitaux, la valeur de l'immeuble étant toujours supérieure au montant du prêt. On admettait

que le prêteur en prescrivait la propriété (que presque fatalement il parvenait à acquérir) et il en percevait les revenus. Un fait d'ailleurs ne trompe pas : toutes les clauses des actes ont pour but non de hâter mais de retarder le remboursement.

Au XII^e siècle, la pratique apparut choquante. Elle fut interdite par Alexandre III (X^a, 5, 19, 1) : désormais les revenus seraient imputés sur le capital (cf. BEAUMANOIR, n^o 1931). Au XIII^e siècle, le mort-gage est abandonné, mais pour faire place à un nouvel expédient jugé bien préférable.

[239] LES VENTES DE RENTES PERPÉTUELLES. — Un propriétaire (ou un censitaire) peut vendre son immeuble moyennant le paiement d'une rente (viagère aujourd'hui, perpétuelle jadis). S'il n'a plus l'immeuble, il retient sur lui un droit réel à une portion de revenu, une rente (*census reservativus*) ; il pourra par la suite, s'il a besoin d'argent, vendre cette rente qui est pleinement aliénable.

Inversons l'opération : le propriétaire peut, s'il a besoin d'argent comptant, garder l'immeuble et vendre une rente qu'il constituera sur lui (*census consignativus*). Quelques théologiens (HENRI DE GAND) avaient vu là une pratique usuaire ; mais les Décrétalistes admirent que l'opération était légitime.

En effet, la vente de rente procure bien au vendeur le même avantage qu'un prêt puisqu'il touche un capital ; mais : 1^o Ce capital n'est pas remboursable puisque la rente est perpétuelle ; 2^o La rente est une dette réelle, attachée en principe au fonds et non à la personne : au cas de non-paiement, le fonds sera saisi, non l'homme. Ajoutons que cette vente de rente est souvent pratiquée par de petits cultivateurs, qu'elle suppose une augmentation de valeur du fonds et qu'elle permet de réaliser des emprunts de production permettant de nouveaux investissements ; 3^o Enfin, la rente n'est pas un intérêt mais la contrepartie du capital versé (cf. t. II, n^{os} 246-249).

Cependant, il suffit de bien peu pour que le sens de l'opération change : 1^o Dès le XIII^e siècle, la rente peut être assignée non sur un immeuble déterminé mais sur « tous les biens du vendeur ». La rente devient personnelle et le vendeur s'oblige personnellement à l'acquitter ; 2^o Le taux de la rente peut

être tel que celle-ci représente non seulement la contrepartie du capital, mais l'intérêt ; 3^o Enfin, on admet le rachat : l'initiative appartenait, il est vrai, non au crédentier (qui ne peut exiger le remboursement), mais au débirentier (qui peut imposer le rachat). On en venait à la pratique de « rentes volantes », sans assignat immobilier, pratique dont la légitimité sera toujours discutée par les canonistes.

[240] DU XVI^e AU XVIII^e SIÈCLE. — Au milieu du xv^e siècle, de nouveaux besoins de crédit comme la nécessité sociale et économique du prêt sont évidents. Le pape MARTIN V (1425) admet la légitimité des ventes de rentes, à la condition qu'elles soient rattachées à des *bona stabilia*, qu'elles soient rachetables par le grevé et qu'elles ne représentent pas plus de 7 à 10 % du prix d'acquisition.

La pratique française admettait la légitimité des rentes personnelles. LUTHER demeure hostile à l'usure. CALVIN se fait le champion déclaré du prêt à intérêt. DU MOULIN allait livrer le même combat. Dans son *Traité des usures* (1546), il attaque violemment les canonistes ; il réproouve tout prêt fait aux pauvres, toute usure excessive. En revanche, il défend : 1^o La légitimité de l'intérêt ; 2^o Spécialement la validité des rentes volantes. Pour celles-ci, son opinion très fortement motivée sera adoptée par le Parlement de Paris dans un arrêt de 1557 : les rentes sont toujours rachetables et leur taux normal est fixé par des ordonnances royales (de 1590 au xviii^e siècle). Les rentes seront même jusqu'en 1789 le moyen normal d'effectuer des emprunts publics et privés. Une bulle de PIE V (1569) qui réprouvait les rentes sans assignat déterminé ne fut pas reçue en France.

Contre le prêt à intérêt, au contraire, les positions se raidissent. La Papauté, les conciles, les Assemblées du clergé condamnent tous les contrats usuraires. Franciscains et Dominicains font preuve d'un zèle particulier. Si GROTIUS, MONTESQUIEU, TURGOT considèrent que la bienfaisance et le prêt gratuit sont contraires au droit naturel, la tendance janséniste demeure hostile à l'intérêt. Le roi fait poursuivre les usuriers et il a, en général, l'appui de la doctrine (BODIN, d'ARGENTRÉ, DOMAT et POTHIER) comme des Parlements. Pour ceux-ci,

toute stipulation d'intérêt est nulle de plein droit. Seuls, les Parlements du Midi marquent des réticences.

Cette rigueur ne pouvait aller sans susciter bien des fraudes, certaines fort anciennement pratiquées :

a) L'intérêt moratoire était toléré (n° 168) : on stipulait un terme rapproché ou une clause pénale (POTHIER, n° 172 ; et déjà Raymond de PEÑAFORT).

b) Le contrat de Mohatra (cf. PASCAL, *Provinciales*, VIII ; MOLIÈRE, *L'Avare*, II, 1) est une vente à terme du prêteur à l'emprunteur suivie d'une revente au comptant pour un prix plus faible : la différence des deux prix constituait l'usure.

c) Le *triple contrat* réunit trois contrats licites : une société créée pour faire fructifier des capitaux (fournis par le prêteur), un contrat d'assurance par lequel le prêteur abandonne sa part prétendue de bénéfice moyennant une redevance annuelle (qui figurait l'intérêt) ; enfin, une vente par laquelle l'emprunteur revend à un terme fixé sa part dans le fonds social (ce qui équivalait au remboursement). Pratiqué dès le xv^e siècle, ce contrat fut jugé détestable par SIXTE QUINT (1586), ridiculisé par PASCAL et combattu par POTHIER (*Société*, n° 22) ; mais sa nullité ne fut jamais nettement affirmée par les Parlements.

La légitimité du prêt à intérêt fut admise par décret du 3-12 octobre 1789, mais limité « au taux fixé par la loi ». Les articles 1905-1907 du Code civil ne font que reprendre ces règles.

[241] LES PRATIQUES COMMERCIALES. — Dès le XIII^e siècle, la royauté veut favoriser le commerce et les financiers italiens : les Lombards sont autorisés à prêter sous un intérêt relativement modéré. L'usure est tolérée aux foires de Champagne. Les canonistes réprovent le prêt fait à un marchand (qui pourtant ne « consomme » pas l'argent mais le fait fructifier). On admet la commandite mais, de GRATIEN à POTHIER, la majorité des auteurs réprovoque le prêt (Ord. 1579, art. 202). Si le prêt est fait par un marchand ou un banquier, les canonistes hésitent : le marchand aurait fait fructifier l'argent et il est légitime de l'indemniser ; il a droit au *lucrum cessans*. Cependant, le Parlement de Paris est hostile, même dans ce cas, à tout intérêt. Ces prohibitions heurtaient l'« irréductible droit commercial » qui va imposer ses pratiques.

1^o *Le prêt maritime* servait à divers usages sur la Méditerranée comme sur l'océan : tantôt prêt nécessaire, tantôt change maritime, tantôt proche d'une commandite. Le prêteur assume le risque du voyage, ce qui, malgré la Décrétale *Naviganti*, fait admettre la licéité de l'intérêt.

2^o *Le dépôt bancaire* apparaît, au moins au XII^e siècle, en Italie. On admet généralement qu'il peut porter intérêt car il est contracté en faveur du déposant. BARTOLE (voir D. 12, 1, 4) lui reconnaît la nature d'un *mutuum*, non d'un dépôt : il opère transfert de la propriété et des risques au prétendu dépositaire.

3^o *Le contrat de change* est nécessaire en principe au transfert des espèces d'une place à l'autre. D'où la pratique courante depuis le XIII^e siècle de la lettre de change. Mais celle-ci est aussi — et surtout — un instrument de crédit ; le rôle du banquier est en effet double : il transporte de l'argent à l'étranger ; mais le plus souvent, il accorde du crédit à court terme en achetant sur place les lettres qui lui sont offertes. Les théologiens approuvaient le change, non le crédit : ils admettent que le prix payé pour une traite doit varier en fonction de l'éloignement des places, mais non pas en fonction de la date d'échéance (c'est-à-dire de l'intérêt). En 1571, Pie V prohibe les abus du change et l'escompte ; il ne tolère que les changes réels. *Le Parfait Négociant* de SAVARY marque bien le respect des prohibitions : au moins jusqu'au XVIII^e siècle, une lettre de change est normalement négociée et non escomptée. Le Code de 1807 restera en partie fidèle à la tradition en exigeant pour une lettre de change la diversité des lieux (art. 110), le rechange au juste prix du marché (art. 179) et en prohibant les changes fictifs (art. 112).

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

MUTUUM. — GAIUS, III, 90, donne du *mutuum* l'étymologie suivante : *quod ex meo tuum fit*, pseudo-étymologie que l'on considère comme un jeu de mots (v. KASER, I, p. 153, n. 1). Etant donné le caractère scolaire des *Institutes* de GAIUS, il est permis de penser que l'explication, pour approximative qu'elle fût (*mutare* : faire un échange), avait aux yeux de l'auteur l'avantage de préciser que l'opération résidait en un transfert de propriété. Sur les

conditions de validité du transfert de propriété (*datio mutui*), v. P. CHEVALLIER, La *reconciliatio mutui*, dans *RHD*, 1955, p. 376 ss., et sur les rapports avec la *stipulatio*, v. M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, 'Εράνιον πρὸς Γ. Ε. Μαρτιδάκη. Α', p. 155.

NAUTICUM FOENUS. — F. DE MARTINO, *Foenus nauticum*, *NDI*. La doctrine estime généralement qu'en dépit des références faites au *mutuum* (D., 22, 2, 6) le *nauticum foenus* est un contrat *sui generis* (BIONDI, p. 461), issu des pratiques du commerce international.

LIMITATION DE L'INTÉRÊT. — Le droit grec, essentiellement orienté vers le commerce, ne connaît guère de limitation générale de l'intérêt. Par son silence, le législateur a facilité le développement des techniques commerciales et bancaires. Il n'en est que plus piquant de constater que c'est dans la *Politique* d'ARISTOTE que nos anciens auteurs iront chercher le principe de la condamnation de l'intérêt.

On avait d'abord cru que dans la *Loi des Douze Tables* l'intérêt maximum légal était de 1/12, mais la doctrine a démontré que le versement d'un tel intérêt s'effectuait chaque mois. V. bibliographie dans MONIER, II, p. 113, n. 4.

Sur l'influence chrétienne, v. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, t. III, p. 243 ss., qui note qu'à l'époque chrétienne « l'usure n'est plus un problème politique mais essentiellement moral, qui s'insère dans la tendance générale de la nouvelle législation de protéger les faibles en limitant la liberté contractuelle ». Dans les compilations postérieures à JUSTINIEN les textes, aussi nombreux que contradictoires, témoignent de l'impossibilité où se trouvent les Empereurs chrétiens de concilier les nécessités de la pratique et les principes de la morale (v. CASSIMATIS, *Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin*, thèse, Paris, 1931, p. 112 ss.).

Les fraudes à la législation sur l'usure sont aussi anciennes que celle-ci. V. notamment le procédé utilisé pour tourner la loi *Genucia* qui prohibe le prêt à intérêt en 342 avant J.-C., dans BRÉJON DE LAVERGNÉE, *Fraus legis*, dans *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, 1954, p. 20 ss.

SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN. — Une partie de la doctrine estime que ce sont les Byzantins qui ont admis que le S.-c. laissait subsister une obligation naturelle (v. BESELER, *RHD*, 1928, p. 324 ; VUZY, *Naturalis obligatio*, dans *Studi Bonfante*, t. IV, p. 160 ss.). En droit classique, il y aurait une obligation civile paralysée (LEPOINTE et MONIER, p. 353). En réalité les compilateurs de JUSTINIEN ont conservé un texte de Julien (D., 46, 1, 11) dans lequel ce juriste se demande si un père de famille peut donner caution au créancier de son fils après la mort de ce dernier. La réponse est négative. Il semble peu probable que les compilateurs aient inventé une telle discussion. Cette dernière confirme par *a contrario* les textes relatifs à l'obligation naturelle du fils de famille et montre que l'on se préoccupait même de savoir si le père n'était pas moralement tenu de rembourser les emprunts faits par son fils.

COMMODAT. — Sur la substitution du commodat à la *fiducia cum amico* dans les textes du *Corpus juris civilis*, v. une bonne mise au point de la question dans PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, Milan, 1954, p. 38 ss., et dans *NDI*, 1959, v^o *Comodato*, p. 688 ss. La responsabilité de l'emprunteur

est fonction de l'intérêt qu'il a au contrat. Si le commodat profite aux deux parties, le commodataire n'est responsable que de sa faute ou même de son dol (D., 13, 6, 5, 10; 13, 6, 18, pr.). En revanche, sa responsabilité peut parfois aller jusqu'à la *custodia* (GAIUS, 3, 206; v. SOLAZZI, La responsabilità del commodatario nelle Istituzioni di Gaio, dans *Iura*, 1955, p. 139).

DÉPOT. — J. BURILLO, Las formulas de la « actio depositi », *SDHI*, 1962, p. 233. Sur la substitution du contrat de dépôt et de commodat à la *fiducia cum amico*, v. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum*, dans *BIDR*, 1907, p. 5 sq. En matière de responsabilité du dépositaire on constate une tendance à l'étendre qui se manifeste tant à l'époque classique (D., 16, 3, 3; 11) que sous JUSTINIEN (D., 16, 3, 32 *ip.*). Le critère de la *culpa levis in concreto* est en voie d'être retenu (v. BIONDI, p. 464). Aux formes spéciales de dépôt signalées il convient d'ajouter le dépôt public (v. n° 155).

DÉPOT IRRÉGULIER. — ARANGIO-RUIZ, p. 312-313, croit à une évolution qui a pu paraître « singulière » à certains auteurs (BIONDI, p. 465-67). L'opération, considérée comme un dépôt à la fin de l'époque républicaine et comme un prêt par PAPINIEN et PAUL, serait redevenue un dépôt avec JUSTINIEN. En réalité, si les hésitations des jurisconsultes classiques ne font pas de doute, il est difficile de faire la part des modifications dues aux compilateurs de JUSTINIEN. Certaines contradictions ne s'expliquent que par des interpolations (D., 16, 3, 26, 1 : le dépôt irrégulier avec intérêt est inconciliable avec la notion de dépôt, c'est cependant l'action de ce contrat qui sanctionne l'opération); elles prouvent que les compilateurs reconnaissent le caractère mixte de l'acte (v. également dans D., 12, 1, 9, 9; 10; 16, 3, 1, 34 des exemples de transformation de dépôt en prêt). Cependant, à la différence de ce qui est admis pour le contrat de prêt de consommation, ni le S.-c. Macédonien, ni la *querela non numeratae pecuniae* ne jouent. Le déposant est enfin protégé contre l'insolvabilité éventuelle du dépositaire par un privilège (v. p. 334) sauf si ce dernier a promis de lui verser des intérêts (D., 16, 3, 7, 2).

Sur la différenciation du dépôt irrégulier et du *mutuum*, v. B. ADAMS, *Haben die Römer « depositum irregulare » und Darlehen unterschieden*, *SDHI*, 1962, p. 360.

ANCIEN DROIT

Le contrat de DÉPOT est fort mal connu, car il a laissé fort peu de traces dans les documents : M. CASTAING-SICARD, *Les contrats...*, p. 275-277. Le PRÊT est, au contraire, couramment pratiqué : G. DUBY, *La société... mâonnaise*, p. 486 et l'exposé, solide et brillant de M. CASTAING-SICARD, p. 226-245, développé dans le prêt à intérêt à Toulouse, *Bull. philol. et hist.*, 1955, p. 273-278.

SUR L'USURE, la bibliographie est considérable; il faut citer en premier lieu l'article de M. LE BRAS, dans *Dict. théologie catholique*, t. XV, 1948, col. 2336-2372, BERNARD, *Ibid.*, col. 2316-2336, et A. DUMAS, dans *Dict. Droit canonique*, t. V, col. 1475. Une excellente synthèse est fournie par Benj. N. NELSON, *The idea of usury*, 1949, p. 167-220, et, DU MÊME, *Studi... Gino Luzzatto*, t. I, 1950, p. 96-116; ainsi que par T. P. McLAUGHLIN, *The*

teachings of the canonists on Usury, XII, XIII and XIV cent., dans *Mediaeval Studies*, I, 1939, p. 81-147 ; II, p. 1-22. Raymond DE ROOVER, *Money, Banking and Credit in mediaeval Bruges*, 1948 (cf. RENOARD, *Rev. hist.*, t. 203, 1950, p. 41-52) donne quelques indications fort importantes sur la *Vox populi*, très défavorable à l'usure ; cf., également, The concept of the just price theory and economic Policy, dans *Journ. of economic History*, déc. 1958 ; J. W. BALDWIN, *The medieval Theories of the just price*, Philadelphie, 1959 ; CAPITANI, *La venditio ad terminum*, 1958 ; J. T. NOONAN, *The scholastic analysis of usury*, Cambridge, 1957 (c. r. LE BRAS, *RHD*, 1963, p. 471) ; F. VERAJA, *Le origini d. controversia teol. nel contratto di censo*, Rome, 1960 ; W. OGRIS, *Der mittelalterl. Leibrentenvertrag*, Vienne, 1961.

Cependant, le prêt à intérêt paraît fort pratiqué dans le Midi ; la plupart des statuts provençaux se bornent à fixer un taux légal de l'intérêt (cf. AUBENAS, t. V, *Contrats et obligations*, p. 103 ; *Statuts de Marseille*, éd. Régine PÉROUD, 1949, p. LXVI). Dans la région de Toulouse on peut penser que ce n'est qu'après la Croisade albigeoise que disparaissent les pratiques usuraires, ouvertement déclarées jusque-là : cf. G. BOYER, Le crédit à Toulouse avant le XIII^e siècle, *Bull. Univ. Toulouse*, 1948, p. 247 ; J.-H. MUNDY, *Liberty and political Power in T.*, 1954, et Un usurier malheureux, dans *Annales du Midi*, t. 68, 1956, p. 218 (*Mél. Galabert*). Pour l'Italie, on trouvera — sur la condition des prêteurs juifs et la concurrence que leur font à Gênes et à Milan les chrétiens, sur les *consilia* d'Alex. de NEVO — bien des notes intéressantes dans L. POLIAKOV, *Les « banchieri » juifs et le Saint-Siège*, 1965.

SUR LES VENTES A RÉMÉRÉ en Mâconnais, J. BART, *MSDB*, 1962, p. 137-161 ; sur les rentes, l'ouvrage essentiel de B. SCHNAPPER, 1957 ; sur le pacte commissoire et les ventes de rentes au XV^e siècle dans le Comtat : P. OURLIAC, *Droit romain et pratique méridionale*, 1937, p. 176-189 ; il faut noter que les bulles spéciales au Comtat (on sait qu'Avignon était une place financière fort importante) ont pu inspirer les bulles pontificales du début du XV^e siècle. P. OURLIAC, *Etudes Didier*, 1960, p. 231-243 et t. II, p. 400 ; J.-Ph. LEVY, Un palliatif à la prohibition du prêt à intérêt : Le contractus triplex ou triplex dans *RHD*, 1939, p. 423 et *Dict. droit can.*, t. IV, col. 492.

La meilleure étude des pratiques du Moyen Age demeure R. GÉNÉSTAL, *Rôle des monastères comme établissements de crédit*, 1901 ; cf. également ce qui est dit à propos du gage, p. 375, et H. VAN WERVEKE, Le mort-gage et son rôle économique en Flandre et en Lotharingie, *Rev. belge philol. et hist.*, 1929, p. 53-91.

SUR LE PRÊT A LA GROSSE, Yvan DEBBASCH, *La Nation française en Tunisie (1577-1835)*, 1955, p. 349-406 ; cf. aussi les nombreux renseignements fournis par les *Atti del conv. intern. di studi stor. del diritto marittimo med.*, Naples, 1934, et J. HEERS, *Gênes au XV^e siècle*, 1961.

SUR LA LETTRE DE CHANGE, outre l'excellent livre de LATTES (1884) et les nombreux articles de SAYOUS, on peut citer les remarquables exposés de R. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change (XIV^e-XVIII^e siècles)*, 1953 et de H. LÉVY-BRUHL, *Histoire de la lettre de change en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1935. DE ROOVER développe tout particulièrement

le rôle d'instrument de crédit de la lettre de change : au XIII^e siècle les prêts prennent souvent la forme d'un change ; une monnaie (étrangère) est livrée (crédit) et on stipule un paiement différé et en monnaie locale (change) ; d'où l'exigence posée par les canonistes de la disparité de lieu pour légitimer un change (P. BAYART, *Mél. Sc. religieuses*, 1953, p. 205-218). On pourra se reporter aux précieuses indications de BRAUDEL, *Monnaies et civilisations*, dans *Annales*, 1946, p. 15 ; et *La Méditerranée*, p. 379 ; cf. aussi l'étude juridique de U. NICCOLINI, *Studi stor. sul paghero cambiario*, 1936 (Univ. Sacré-Cœur de Milan) ; et sur la doctrine de VITORIA, Gerhard OTTE, Cologne, 1964.

L'ESCOMPTE est depuis le XIII^e siècle une ristourne pour un paiement fait avant terme ; l'escompte des effets de commerce paraît naître en Angleterre au XVII^e siècle et se propager sur le continent au XVIII^e siècle. L'ordonnance de 1673 défendra de « comprendre l'intérêt dans les lettres ou billets de change ». On sait que Turgot fait créer en 1776 la *Caisse d'Escompte*.

Sur l'origine des BANQUES DE DÉPÔT au XII^e siècle R. DI TUCCI, *Studi sull' economia genovese*, 1933 ; M. W. HALL, *Early Bankers...* dans *The Economic History Rev.*, 1933 ; et la polémique entre SAYOUS et REYNOLDS (*Giornale Storico... della Liguria*, 1937, p. 81 et 1938, p. 1). Un siècle de retard à Bruges : R. DE ROOVER, *Money, Banking and Credit in med. Bruges*, Cambridge (Ms.), 1948 ; *The Medici Bank*, New York, 1948 ; documents choisis publiés par Mme R. DOEHAERD, *Les relations comm. entre Gênes, la Belgique et l'Outremont*, 3 vol., 1941. Synthèse de A. P. USHER, 1943, *Harvard econ. st.*, t. 75.

Sur les « correspondances commerciales », E. COORNAERT, c. r. *Ac. Inscript.*, 1960, p. 198.

Comme ouvrages généraux on doit se borner à citer *Cambridge Economic History of Europe*, 1942-1962, 3 vol., les travaux de H. HAUSER, de FANFANI, de LUZZATO et, dans la coll. « Nouvelle Clio », les ouvrages de J. HEERS sur les XIV^e et XV^e siècles, et de F. MAURO, sur le XVI^e siècle.



CHAPITRE II

LES CONTRATS CONSENSUELS

[242] CLASSIFICATION. — Le droit romain connaît quatre contrats consensuels : la *vente*, le *louage*, la *société* et le *mandat*, tous de bonne foi. Les deux premiers doivent être distingués des deux autres, l'analogie entre la vente et le louage est maintes fois signalée par les juristes romains (v. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, Vienne, Munich, 1956, p. 63 ss.) et le louage de choses frugifères n'était pas autre chose à l'origine qu'une vente de fruits (v. n° 26). L'*emptio venditio* et la *locatio conductio* ont en droit romain un but économique plus marqué que la *societas* et le *mandatum* qui sont dominés par l'*intuitus personae*. L'asyndète employé pour désigner la vente et le louage montre bien que leur caractère synallagmatique est particulièrement net, ce qui ne se retrouve ni dans la société ni même dans le mandat, contrats dominés par des considérations d'amitié. Dans la vente comme dans le louage, au contraire, il est naturel de chercher à se tromper pour réaliser une bonne affaire (D., 19, 2, 22, 3 ; cf. n° 26). La différence subsistera pendant tout le droit romain. Contrairement à notre droit moderne et même à notre ancien droit, le contrat type de société ne sera jamais impersonnalisé. Ici, encore plus que pour le prêt et le dépôt, on constate que les pratiques commerciales peuvent influencer sur le droit civil, elles n'arrivent jamais à engendrer des techniques autonomes.

SECTION I. — La vente

I. — DROIT ROMAIN

[243] C'est le contrat par lequel une personne, le vendeur (*venditor*), s'oblige à livrer la possession paisible et durable d'une chose à une autre personne, l'acheteur (*emptor*), qui s'engage à lui transférer la propriété d'une somme d'argent, le prix (*pretium*). A la différence de notre droit moderne, la convention n'opère pas transfert de propriété, elle n'engendre qu'une obligation de livrer l'objet du contrat et c'est par cette remise matérielle que l'acheteur deviendra propriétaire.

Contrat synallagmatique par excellence la vente exige pour sa validité la réciprocité : 1^o Des obligations de l'acheteur et 2^o Du vendeur ; 3^o Opération issue des pratiques commerciales, la vente peut comporter des modalités très variées en fonction du but économique recherché par les parties et qui sont insérées dans le contrat grâce aux *pactes adjoints*.

1^o OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR

[244] LE VERSEMENT DU PRIX. — L'acheteur doit prendre livraison de la chose en se conformant aux clauses du contrat, verser le prix au vendeur et l'en rendre propriétaire (D., 19, 1, 11, 2). Le droit romain ne connaît pas, en effet, de principe analogue à notre art. 2279, le propriétaire des espèces peut, au moins en théorie, les revendiquer en quelques mains qu'elles se trouvent. Ce prix doit être : 1) Fixé en numéraire ; 2) Déterminé ; 3) Réel.

1) La première qualité du *pretium* a soulevé à l'époque classique une controverse célèbre entre Sabiniens et Proculiens. Les premiers, désireux de sanctionner l'échange en utilisant les actions connues, cherchaient à assouplir le système contractuel romain en élargissant le domaine d'application de la vente. Les seconds constataient que les obligations du vendeur et de l'acheteur différaient, ce dernier par exemple supporte seul la charge des risques. Or, dans l'échange, il est impossible de dire qui des deux contractants est le vendeur ou l'acheteur. A la fin du Haut-Empire, cette constatation de bon sens finit par l'emporter (GAIUS, 3, 141 ; D., 18, 1, 1, 1). Les juristes romains

évitent ainsi une anomalie historique : la vente étant issue du troc, c'est-à-dire de l'échange, on pouvait difficilement voir dans l'échange une modalité de la vente (MONIER, p. 139). La distinction opérée entre l'échange et la vente n'empêche nullement les contractants, après avoir fixé un prix en numéraire, de prévoir la possibilité pour l'acheteur de se libérer par une dation en paiement.

2) Le prix doit être *déterminé* (GAIUS, 3, 140) ou plus précisément déterminable. Le contrat doit contenir les éléments de sa détermination : achat au cours du marché du jour ou au prix coûtant (D., 18, 1, 7, 1-2).

3) Enfin le prix ne doit pas être simulé, il doit être *réel*. Comme de nos jours, la vente pour un prix fictif ou dérisoire vaut comme donation si les conditions de ce dernier contrat sont respectées (D., 18, 1, 36 et 38). Le droit romain n'a pas connu de notion générale du *juste prix*, quelques applications de cette idée sont faites notamment en cas de *laesio enormis* du vendeur d'immeuble (v. n° 114) ou de *fraus creditorum* (v. n° 170).

[245] LE CARACTÈRE SYNALLAGMATIQUE DU CONTRAT. — Sauf clause contraire, le prix doit être payé au moment où l'objet du contrat est livré à l'acheteur (cf. C. C., art. 1651), c'est la conséquence du système primitif du troc : donnant, donnant.

Le droit de rétention, que peut exercer sur la chose le vendeur non payé intégralement, se trouve par là même justifié. Dès le II^e siècle avant J.-C., les juristes romains estiment que le vendeur peut conserver la chose à titre de gage pour garantir sa créance de paiement du prix (D., 18, 4, 22 ; 19, 1, 13, 8). Réciproquement, l'acheteur à crédit peut retenir le prix à l'échéance, s'il a lieu de se plaindre de l'inexécution totale ou partielle du contrat (F. V., 12).

[246] L' « EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS ». — Si les juristes romains reconnaissent l'existence d'un rapport, d'un lien de connexité entre les deux obligations, ils ignorent le nom et le caractère propre de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Admise dans notre ancien droit (transposition probable de C., 3, 2, 21), l'exception apparaît comme une application de la notion de cause finale, le vendeur n'est tenu d'exécuter son obligation que dans la mesure où l'acheteur exécute la sienne. Les Romains arrivent

au même résultat avec la rétention sans éprouver le besoin de justifier ce droit par un principe général. Au contraire, la doctrine moderne pose le principe et le considère comme la réciproque de celui énoncé par l'art. 1184 qui donne à chaque contractant le droit de demander la résolution judiciaire du contrat au cas d'inexécution (CASSIN, *L'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques*, Paris, 1914).

[247] LA RÉOLUTION DU CONTRAT. — Le droit de rétention n'est qu'un moyen accessoire de protection du vendeur contre le non-paiement du prix par l'acheteur. C'est l'action *venditi*, action personnelle de bonne foi, qui sanctionne l'obligation de verser le prix. Comme toutes les actions personnelles, cette procédure a l'inconvénient de ne pas protéger celui qui l'intente contre le risque d'insolvabilité de l'adversaire.

Tant que le vendeur n'a pas exécuté, grâce au moyen de pression que constitue le droit de rétention, il peut espérer obtenir satisfaction. Une fois la chose livrée, il se trouve dans la situation d'un quelconque créancier chirographaire. En droit moderne, « si l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente » (C. C., art. 1654, qui n'est qu'une application du principe posé par l'art. 1184). En droit romain, une disposition de la *loi des XII Tables*, dont l'authenticité paraît incontestable (v. G. BOYER, *La résolution des contrats*, Toulouse, 1924, p. 57 ss.), prévoit que la propriété de la chose vendue n'est transférée à l'acheteur que lorsque le prix a été payé. G. BOYER voit dans cette décision « un reflet de l'ancienne vente au comptant où la simultanéité des deux prestations était la condition nécessaire pour la validité de l'opération et, en particulier pour l'acquisition de la chose par l'acheteur ». Tombé en désuétude à l'époque classique, par suite des modifications subies par le droit de propriété, le principe reparait au Bas-Empire. Il est vraisemblable que cette résurgence s'explique à la fois, par la ténacité des croyances populaires toujours sensibles à la vente au comptant (VARRON, *De re rustica*, II, 1, 15 ; V. SCHÖNBAUER, dans ZSS, 1932, p. 195 ss.) et par l'influence des pratiques hellénistiques (PRINGSHEIM, dans ZSS, 1930, p. 343 ss. ; 1933, p. 491 ss. ; 1933, p. 491 ss. ; *Studi Bonfante*, t. I, p. 567). L'empereur

JUSTINIEN reprend à son compte l'ancien principe mais il en diminue la portée en faisant une discrimination importante (I, 2, 1, 41). Si le vendeur a fait confiance à l'acheteur, en lui octroyant par exemple un crédit, le transfert de la chose, même non payée, fait perdre son action en revendication au vendeur. On considère que ce dernier a renoncé tacitement à la protection qu'il pouvait tirer du caractère synallagmatique du contrat. Il y renonce également si, sans faire confiance à l'acheteur, il exige de lui la constitution de sûretés qui ne se cumuleront pas avec la protection légale (D., 18, 1, 53 *itp.*). Les contractants sont libres d'écartier la présomption par une clause expresse, soit en décidant qu'en dépit de la livraison de la chose le vendeur en conserve la propriété jusqu'au paiement du prix (concession en précaire), soit par l'emploi d'un pacte adjoint (*lex commissoria*, v. n° 257). Il semble que dans le droit byzantin postérieur à JUSTINIEN, la pratique ait toujours été sensible à l'importance du paiement du prix. La vente n'est parfaite que s'il y a eu exécution des deux obligations (cf. *Ecloge*, 9, 1). Mais la doctrine reste fidèle aux principes du *Corpus juris civilis*. Dans la vente à terme, le transfert de la chose fait perdre au vendeur son action en revendication (*Basil.*, 19, 1, 1). C'est de cette action qu'est dérivé le privilège moderne du vendeur de meubles (C. C., art. 2102 ; cf. dans ce même article une transposition de l'action romaine considérée comme une *revendication du droit de rétention* du vendeur, HAMEL, *Traité*, t. XII, n° 195 ss.).

2° OBLIGATIONS DU VENDEUR

[248] 1) LA LIVRAISON. — Elle est sanctionnée par l'action *empti* et se présente sous un double aspect : 1) Matériel et 2) Juridique. 1) Le vendeur doit faire tradition de la chose (cf. par *a contrario* : D., 19, 1, 2, 1 ; 19, 1, 3, 2 ; le C. C., art. 1604, exige le *transport* de la chose, ce qui est en contradiction avec la conception moderne de la vente ; v. RIPERT et BOULANGER, II, p. 776 et HAMEL, X, p. 75). 2) Il doit assurer à l'acheteur la libre possession (*vacua possessio*) mais, à la différence du droit actuel, il n'est nullement tenu de transférer la propriété. Cette solution permet de pallier les inconvénients de la représentation imparfaite. Le représentant du propriétaire peut passer un

contrat de vente et exécuter son obligation en transférant la possession. Mais le but économique de la convention n'en reste pas moins le transfert de propriété, il serait dès lors contraire au caractère de bonne foi du contrat de ne pas transférer le droit que l'on a sur la chose vendue (D., 18, 1, 43, 2 ; GAIUS, 4, 131 a ; *Paul. Sent.*, 1, 13 a, 4).

Si les fraudes sont facilitées par la conception romaine, l'inconvénient qu'elle présente est compensé par la souplesse du contrat de vente et l'extension de son domaine d'application. C'est ainsi que la vente de la chose d'autrui est valable (D., 18, 1, 28), ce qui signifie que le vendeur promet tacitement de se procurer la chose pour la livrer à l'acheteur. S'il échoue, il versera des dommages-intérêts à ce dernier. La vente de la chose d'autrui considérée comme déraisonnable (PORTALIS) et ridicule (TRONCHET-FENET, *Travaux préparatoires*, t. XIV, p. 118 et 157) a été radicalement exclue par l'article 1599 de notre Code civil, que la jurisprudence a considérablement assoupli (v. HAMEL, *Traité*, t. X, p. 46).

La vente, principal instrument du commerce, peut avoir pour objet les biens les plus variés : hérédité, créance, choses futures (v. n° 123).

[249] LES RISQUES A LA CHARGE DE L'ACHETEUR. — Entre la conclusion du contrat et la date prévue pour la délivrance, le vendeur doit conserver la chose. Il est responsable de sa *culpa levis in abstracto*, sauf convention contraire des parties. Dans le dernier état du droit romain, la règle *res perit emptori* tranche la question de savoir qui doit supporter la perte ou la détérioration de la chose en cas de force majeure (I, 3, 23, 3). En droit moderne, la solution est identique, mais se justifie plus aisément : l'acheteur devenu propriétaire par la convention, les risques sont à la charge du propriétaire (*res perit domino*). JUSTINIEN s'efforce d'expliquer le principe en constatant que l'acheteur profite de l'accroissement de valeur de la chose ou de l'alluvion, bénéfice qui trouve sa compensation dans la perte éventuelle par cas fortuit.

Pour si faible que soit cette justification, elle sera reprise par tout le droit byzantin (*Prochiron*, 14, 4 ; et pour la basse époque *Hexabiblos d'Harménopule*, 3, 3, 9). On pense généralement (V. BOYER, p. 113 ss.), que JUSTINIEN a uniformisé les

solutions des juristes classiques qui admettaient la responsabilité de l'acheteur dans la plupart des cas, sans se lier par un principe qu'ils rejetaient parfois en raison des circonstances de fait. Une telle solution paraît surprenante : elle contredit le caractère synallagmatique du contrat, l'obligation de l'acheteur de payer le prix subsiste sans contrepartie, puisqu'il n'a pas été rendu propriétaire par la convention, elle est inconciliable avec le caractère de bonne foi de la vente. Il est possible que l'on se trouve en présence d'un « vestige de l'époque où la vente au comptant était seule en usage. Tout doit se passer comme si la vente avait été réalisée lors de sa conclusion » (CUQ, p. 461). En outre, la livraison différée profite à l'acheteur. Non seulement il est créancier des fruits, à compter de la conclusion du contrat, mais il peut avoir intérêt, pour des raisons de transport ou de logement, à retarder le transfert de la marchandise (Ch. APPLETON, *RG*, 1926, p. 375 ss.). On peut penser enfin qu'à l'époque classique, et surtout pour les ventes de meubles, où la perte par cas fortuit est la plus fréquente, le vendeur ait dicté sa loi à l'acheteur en lui imposant les risques (cf. H. LÉVY-BRUHL, cité par PONTENAY DE FONTETTE, *Recherches sur l'in diem addictio*, dans *Studi de Francisci*, t. 3, p. 558) ; la jurisprudence aurait entériné la pratique la plus fréquente (voir les différentes modalités du contrat de vente qui sont pour la plupart favorables au vendeur).

[250] 2) LES GARANTIES DU VENDEUR. — Elles sont au nombre de deux : a) *Garantie d'éviction* ; et b) *Garantie des vices*.

a) *La garantie d'éviction* est la conséquence de l'obligation principale du vendeur de transférer à l'autre partie la libre possession de la chose. Elle est double : elle protège l'acheteur contre le *fait personnel* du vendeur ou de ses ayants cause et contre le *fait des tiers*. L'éviction, étymologiquement, implique une défaite en justice (D., 21, 2, 24), que l'acheteur soit défendeur (D., 21, 2, 34, 1) ou demandeur (D., 21, 2, 16, 1). Elle peut être totale ou partielle (révélation d'une sûreté réelle ou d'un usufruit : C., 8, 44, 3 ; D., 21, 2, 35 ; 49). Elle existe si l'acheteur conserve la chose à un autre titre que l'achat (legs ou donation par le véritable propriétaire : D., 19, 1, 13, 15 ; 19, 1, 29). La garantie due par le vendeur disparaît par convention

contraire des parties ou si l'éviction est imputable à la négligence de l'acheteur (non-dénonciation au vendeur du trouble de droit, c'est-à-dire du procès intenté par un tiers : C., 8, 44, 8 ; défaut d'usucapion : D., 21, 2, 56, 3).

[251] LA GARANTIE INDIRECTE. — Jusqu'au 1^{er} siècle après J.-C., la garantie d'éviction résulte soit de l'application des règles de la *mancipatio* soit d'une *stipulatio* jointe au contrat de vente. La *mancipatio*, mode solennel de transfert de la propriété, accompagne normalement le contrat de vente qui porte sur une *res Mancipi* (v. t. II, n^o 149). L'acquéreur, menacé par la revendication d'un tiers, doit avertir son vendeur qui l'assistera au procès. Si, en dépit de cette aide, l'acheteur est battu, toute condamnation étant pécuniaire, le vendeur indemnise le tiers et permettra à son ayant cause de conserver la chose. Le vendeur qui refuse d'exécuter ses obligations est poursuivi par une *actio auctoritatis* (en garantie) en paiement du double du prix qu'il a reçu, ce qui implique que le prix a été versé et que les parties, pour dispenser le vendeur de toute obligation, n'aient pas mentionné dans le formulaire de la *mancipation* une somme symbolique (le prix doit être réel dans le *contrat consensuel de vente*, mais la *mancipatio* est un *acte solennel de transfert* de la propriété).

Outre que l'*actio auctoritatis* ne peut toujours jouer (*res nec Mancipi*, pérégrins), elle est trop rigide. Théoriquement, les parties peuvent, en modifiant le prix indiqué dans la *mancipatio*, faire varier la responsabilité du vendeur, mais celle-ci ne peut être appréciée qu'au jour de la vente et non de l'éviction. Aussi les contractants utilisent-ils la *stipulatio rem habere licere* (pour permettre de conserver la chose) qui oblige le vendeur à indemniser l'autre partie du dommage causé par l'éviction (v. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, p. 332 ss.). Dans certains cas cependant, soit que l'objet de la vente ait une grande valeur, soit que l'acheteur se méfie de l'honnêteté du cocontractant (les vendeurs d'esclaves avaient mauvaise réputation), le besoin d'une sanction rigoureuse se faisait sentir. La pratique utilise alors une *stipulatio duplae* ; le double du prix, comme dans l'*actio auctoritatis*, est versé à l'acquéreur évincé.

[252] LA GARANTIE PAR L'ACTION « EMPTI ». — Sous le Haut-Empire, la garantie d'éviction est incorporée dans le contrat de

vente. La jurisprudence considère qu'il est contraire à la bonne foi de ne pas joindre à la convention les stipulations d'usage. L'action *empti* est d'abord accordée pour permettre à l'acheteur d'obliger l'autre partie à donner garantie (D., 19, 1, 11, 8). Dans les cas où il était courant de conclure une *stipulatio duplae*, on pourra grâce à l'action de la vente imposer cette modalité au vendeur (D., 21, 1, 31, 20 ; 21, 2, 2 ; l'édit des *édiles curules*, chargés de la police des marchés, l'imposait déjà pour les ventes d'esclaves : D., 21, 2, 37, 1). Ultimes phases de l'évolution : 1) La garantie d'indemnisation en cas d'éviction, la plus courante, est sous-entendue dans les contrats de vente (*Paul. Sent.*, 2, 17, 2) ; 2) La stipulation tacite est considérée comme inutile, la garantie d'éviction est une obligation normale du vendeur (D., 21, 2, 8 ; 60). Dès lors la *stipulatio habere licere* tombe en désuétude à la différence de la *stipulatio duplae* toujours utilisée dans les ventes d'esclaves ou de choses précieuses.

L'action *empti* permet à l'acheteur de se faire indemniser de la totalité du préjudice causé par l'éviction. A la différence du droit moderne (C. C., art. 1630), le vendeur n'est pas tenu de verser le prix si la chose a diminué de valeur depuis la conclusion du contrat (D., 21, 2, 66, 3 ; 70). POTHIER (*Vente*, n° 60) justifiait déjà la solution actuelle par le caractère synallagmatique du contrat. (Au contraire, DUMOULIN, *De eo quod interest*, n° 68 ss., fondait l'obligation de restituer le prix sur les principes de la garantie.) Sans tirer systématiquement toutes les conséquences de ce principe, les juristes romains décident qu'en cas de clause de non-garantie le vendeur reste tenu de son dol (D., 19, 1, 11, 18 ; cf. C. C., art. 1629).

Dans le droit byzantin, l'empereur JUSTINIEN fixe un maximum au calcul des dommages-intérêts : ils ne doivent pas dépasser le double du prix (D., 19, 1, 44 *itp.* ; v. PRINGSHEIM, dans *Studi Riccobono*, t. IV, p. 315 ss.).

[253] b) La garantie des vices cachés a été établie selon un processus analogue au précédent. Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents (D., 21, 1, 14, 10 ; cf. C. C., art. 1642) ; le droit romain se désintéresse des sots et des pusillanimes, la sécurité des transactions l'emporte sur l'équité (v. *Dol et Metus*). On ne tient compte ni des vices postérieurs à la vente, ni de

ceux qui ne rendent pas la chose impropre à son utilisation ou qui sont connus de l'acheteur (D., 21, 1, 10, pr. ; 21, 1, 14, 10 ; cf. C. C., art. 1641 ss.), mais la responsabilité du vendeur est appréciée objectivement, peu importe qu'il ait connu ou non le vice caché (D., 21, 1, 1, 9). Comme pour l'éviction, les clauses de non-garantie sont valables mais le vendeur ne peut s'exonérer de sa responsabilité pour dol.

[254] LA PRATIQUE. — Ici encore c'est l'initiative des parties qui est à la base de toute l'évolution. Comme en matière d'éviction, le transfert de propriété par *mancipation* fait l'objet d'une protection spéciale, mais elle est très réduite et dépend de la volonté des contractants. Dès la *loi des XII Tables*, l'acheteur peut demander au vendeur d'indiquer dans une déclaration solennelle, qui accompagne la mancipation (*nuncupatio*), les qualités de la chose. Les inexactitudes seront sanctionnées par une action au double, telle l'*actio de modo agri* qui réprime la fausse déclaration de superficie. Les stipulations, une fois de plus, permettent d'assurer la protection la plus souple, la plus efficace. Associées aux stipulations de garantie d'éviction, elles permettent de se prémunir contre les vices particulièrement à redouter que des formulaires signalent aux parties (v. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 19).

[255] LA RÉGLEMENTATION DES ÉDILES CURULES. — Chargés de la police des marchés, les édiles se préoccupent de mettre un terme aux nombreuses fraudes auxquelles les ventes d'esclaves donnent lieu. Ils sont poussés à intervenir autant par l'origine étrangère et par la malhonnêteté proverbiale des vendeurs (cf. les comédies de PLAUTE), que par la qualité des victimes qui sont, le plus souvent, des citoyens romains. Dès le II^e siècle avant J.-C. (v. MONIER, II, p. 159), les édiles obligent les vendeurs d'esclaves à indiquer à leurs clients certains vices (tendance à la fuite, vices corporels) en les inscrivant sur une pancarte placée à côté de l'esclave (AULU GELLE, 4, 2, 1). Il est fort possible qu'il ne s'agisse là que d'une généralisation de pratiques commerciales, la vente des esclaves est l'acte le plus courant du commerce international et il existe en Orient, comme en Grèce, une réglementation relative aux vices cachés

qui ressemble étonnamment aux règles appliquées en droit romain. A la fin de la République, ces dispositions sont étendues et assouplies : elles s'appliquent aux ventes d'animaux et une déclaration orale du marchand est seule exigée (D., 21, 1, 1, 1 ; 38, pr.). Parallèlement, la notion de dol étant dégagée, le vendeur est rendu responsable des vices qu'il a frauduleusement cachés à l'acheteur ou de ses déclarations mensongères, mais une réclame excessive est habileté, elle n'a rien de répréhensible (D., 21, 1, 18 ; 19, pr. et 1).

Les magistrats romains ont largement tenu compte des pratiques existantes. Comme en matière d'éviction les stipulations ont été généralisées et imposées. Les sanctions sont de deux sortes, elles permettent d'obtenir : 1) Soit la résolution de la vente (*actio redhibitoria*), 2) Soit l'indemnisation de l'acheteur (*actio quanti minoris*). La résiliation ne peut être demandée que dans un délai assez bref, six mois, qui est ramené à deux, quand on réclame la résolution du contrat pour sanctionner le refus du vendeur de faire une stipulation de garantie (D., 21, 1, 28). Le vendeur qui refuse de résilier sera condamné à restituer le double du prix (D., 21, 1, 45). L'action en dommages-intérêts aboutit à une réduction du prix proportionnelle à la moins-value de la chose vicieuse (D., 21, 1, 31, 16), elle se prescrit par le délai d'un an ou de six mois si elle sanctionne une stipulation.

[256] LA GARANTIE PAR L'ACTION « EMPTI ». — La garantie des vices a été incorporée au contrat de vente au début du Haut-Empire (D., 19, 1, 11, 3). Conformément au caractère de bonne foi de la vente, les juristes romains font une discrimination entre les vendeurs selon qu'ils ignorent ou non les vices de la chose. Le vendeur de mauvaise foi encourt une responsabilité aggravée; il doit indemniser l'autre partie de tout le préjudice causé, celui-ci étant apprécié en fonction de l'intérêt que l'acquéreur avait à ne pas être trompé (D., 19, 1, 13, pr. ; cf. C. C., art. 1645-1646). Si le vendeur est de bonne foi, l'acheteur a le choix entre la résolution du contrat, qui peut être demandée pendant six mois, et une demande de réduction du prix. Cette dernière peut être formulée durant un an et plusieurs fois en cas de découvertes successives de vices (D., 21, 2, 32, 1). Cette réglementa-

tion n'a sans doute été fixée de façon définitive qu'à l'époque de JUSTINIEN. Ce sont également les compilateurs byzantins qui ont achevé d'étendre la garantie des vices à toutes les ventes. Les édiles ne s'occupaient que des ventes d'esclaves et de certains animaux, la généralisation a été le résultat d'une évolution impossible à reconstituer.

3^o LES PACTES ADJOINTS

[257] Très utilisé, le contrat de vente est particulièrement sensible aux usages commerciaux, il est l'objet des modalités les plus variées. Les plus importantes d'entre elles sont : 1) La *lex commissoria* ; 2) L'*in diem addictio* ; 3) Le *pactum de retrovendendo* ; et 4) Le *pactum displicentiae*. Les trois premiers de ces pactes sont faits dans l'intérêt du vendeur.

1) La *lex commissoria*, ou pacte comissoire, permet au vendeur de faire résoudre le contrat si le prix n'est pas payé à l'échéance (D., 18, 3, 2) ; la résolution du contrat s'accompagne d'une résolution du transfert, tout au moins sous Justinien. Cette modalité pallie l'absence du principe de résolution pour non-paiement du prix, elle est à l'origine de l'action en résolution prévue par l'art. 1654 du C. C. Le vendeur, en faveur de qui la clause est insérée, peut à son gré agir en résolution ou poursuivre son paiement, mais en vertu du principe : *electa una via...* il ne peut changer d'avis, il lui est interdit d'essayer successivement les deux moyens (D., 18, 3, 42 ; *contra* notre jurisprudence moderne. V. RIPERT et BOULANGER, II, n^o 2584).

2) L'*in diem addictio* (adjudication à terme) est une clause qui permet au vendeur de résilier le contrat si, avant une date fixée, un autre acheteur offre un prix plus élevé (D., 18, 2, 1). Le vendeur reste libre de refuser la surenchère pour convenance personnelle (D., 18, 2, 9), et le premier acheteur peut faire une offre égale à celle de son concurrent (D., 18, 2, 7).

3) Le *pactum de retrovendendo* ou convention de *répéré* permet au vendeur de reprendre la chose dans un certain délai en remboursant le prix et les loyaux coûts de la vente (C., 4, 54, 2 ; cf. C. C., art. 1659). C'est un « mauvais système de crédit » qui n'a pas connu en droit romain la faveur qu'il connaîtra

dans notre ancien droit à cause de la prohibition de l'usure qu'elle permettait de tourner.

4) Le *pactum displicentiae*, ou vente à l'essai, permet à l'acheteur de résilier le contrat avant une date fixée si la chose lui déplaît (D., 18, 5, 6, 8).

Les juristes classiques posent en principe que l'obscurité d'un pacte nuit au vendeur parce qu'il avait tout loisir de s'exprimer clairement tant qu'il détenait la chose (D., 18, 1, 21 et 33). Cette règle, qui est passée dans notre droit moderne (C. C., art. 1602, qui fait exception au principe de l'art. 1162, en vertu duquel on interprète une clause en faveur du débiteur), montre bien que le vendeur est considéré comme le maître du contrat. Si son intention est claire, elle l'emporte sur celle de l'acheteur (D., 18, 1, 34, pr. et 60).

A l'époque classique, l'effet des pactes adjoints sur le contrat principal est discuté. Pour les uns, la vente est conclue sous condition suspensive (D., 41, 4, 2, 3), pour les autres la vente est parfaite (D., 18, 2, 2) mais elle est accompagnée d'une condition résolutoire, c'est-à-dire, en droit romain, d'un pacte de résolution sous condition suspensive (v. n° 141). Les compilateurs de JUSTINIEN permettent aux parties d'opter entre les deux solutions. Dans le dernier état du droit romain, le pacte de résolution a un effet réel, il est opposable *erga omnes*.

II. — ANCIEN DROIT

[258] LA VENTE AU COMPTANT. — L'histoire du contrat franc vaut au premier chef pour la vente. Un droit fruste distingue mal le *contrat* de vente créateur d'obligation et le *transfert* de propriété ; il ne pratique pas l'acte à terme mais l'acte au comptant ; enfin, il individualise mal les divers contrats : la vente, l'échange et la donation par exemple (cf. n° 55).

L'altération du Droit romain classique est déjà apparente au Bas-Empire dans les actes de la pratique ; elle est fort nette chez les Visigoths et les Burgondes pour qui le paiement du prix apparaît nécessaire à la validité de la vente (paiement

que peut remplacer parfois la rédaction d'un écrit : *L. V.*, 4, 5 ; 14, 3 ; *L. Burg.* 99). Le glossaire de Saint-Gall en viendra au x^e siècle à la formule : *Emptio est rerum permutatio atque contractus ex convenientia veniens.*

La tradition franque allait dans le même sens. La loi salique ne traite que de la vente au comptant déjà exécutée. Les formules montrent bien que l'écrit est rédigé après la vente et pour établir le transfert et le paiement. Il est d'ailleurs fréquent que cet écrit qualifie à la fois l'acte de donation, d'échange, de vente, de tradition. Les capitulaires carolingiens (BORETIUS, I, 149) réprouvent les paiements anticipés (de récoltes ?). Jusqu'au XII^e siècle, la confusion est à son comble. La vente pratiquée en Rouergue, par exemple, n'est que « le squelette de la vente d'antan » (CHEVRIER, *Etudes Dumas*, p. 69). La vente n'est pas distinguée de la donation. L'acte fondé sur la livraison immédiate de l'objet apparaît comme un contrat réel ; la garantie, quand elle est stipulée, n'est qu'une promesse d'intervention ; le prix peut même ne pas être indiqué dans l'acte (à Toulouse par exemple). Le cas d'un paiement partiel pose le problème de l'obligation. Il s'agit d'arrhes qui sont une *pars pretii* dont le paiement rend la vente obligatoire. On a beaucoup discuté sur la nature des arrhes : moyen de droit, gage de l'exécution ; elles sont ici bien plutôt un acompte qui pourra, peut-être, dégénérer en *wadium* ou en denier à Dieu (cf. n^o 61).

L'arrhe est mentionnée dans la loi des Visigoths. Elle sera pratiquée dans le Midi et manifestera une certaine persistance des idées romaines. Rares jusqu'au XIII^e siècle en Normandie par exemple (YVER, p. 30), les ventes sont nettement plus fréquentes dans le Midi.

Contrat au comptant, la vente apparaît souvent, jusqu'au XII^e siècle, comme un contrat réel ; elle n'est ferme qu'après la remise de la chose ou le paiement du prix (cf. n^o 67). La nécessité du « facteur temps » apparaîtra quand la pratique imposera la conclusion de ventes à crédit ou de ventes à livrer. Alors le caractère consensuel du contrat, son rôle de créer des obligations se révéleront nettement. L'article 1583 C. civ. marquera la fin de l'évolution : La vente est parfaite et la

propriété acquise à l'acheteur « quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

[259] LIVRAISON DE LA CHOSE ET TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ. — Le *Brachylogus* (III, 12) reprend les définitions romaines. Les premiers glossateurs admettent déjà que le vendeur n'est pas tenu à transférer la propriété, mais cette solution heurte l'équité de MARTINUS (*Diss., domin.*, 60) ; son opinion, isolée dans le clan des romanistes, est au contraire reprise par quelques canonistes (HOSTIENSIS).

La pratique allait retrouver, ou dans le Midi maintenir, l'expédient romain de la *traditio ficta* et du constitut possessoire. Les actes contiendront désormais toujours la formule : *vendo et trado*. Déjà la glose admet que de telles formules suffisent à opérer le transfert du *dominium* (C. 7, 32, 2). AZON donne son nom au constitut possessoire (*Summa, ibid.*) pour lequel nulle forme n'est requise et que les Bartolistes en viennent à sous-entendre.

Dès le XVI^e siècle, on parle de clauses translatives de propriété ; et si les actes continuent à les insérer, GROTIUS et son école vont admettre que la volonté des parties suffit à opérer le transfert. LOYSEL (n^o 392) dira : « On n'a pas plutôt vendu la chose qu'on n'y a plus rien. » La jurisprudence avait fini par admettre la « tradition feinte » (clause nommée souvent de « dessaisine » par laquelle le vendeur déclare se dessaisir « de droit et à l'instant » de la chose vendue : POTHIER, *Vente*, n^o 322). Le Code civil a fait disparaître ce vestige de droit romain en décidant que « l'engagement est consommé dès que la foi est donnée » (Rapport PORTALIS, art. 1583).

Pour la *promesse de vente* l'évolution est plus nette encore. S'il y a accord sur la chose et le prix et si cet accord est actuel et non futur, DU MOULIN soutient que la promesse vaut vente et ses théories inspireront désormais la pratique (G. ASTUTI, *Riv. stor. diritto italiano*, 1953-54, p. 247-267).

[260] LE PAIEMENT DU PRIX. — La lésion pose le problème du juste prix (n^o 116) et le paiement celui de la monnaie (n^o 152). Comme jadis la vente est le plus souvent faite au comptant ; mais qu'advient-il si le vendeur a fait crédit à l'acheteur, et si le prix n'est pas payé ?

1° Les premiers glossateurs (AZON) en se fondant sur un texte des *Institutes* (II, 1, 41) admettent que même si la chose a été livrée à l'acquéreur, le transfert de propriété ne s'opère que par le paiement du prix : c'est-à-dire que faute de paiement le vendeur peut exercer la revendication. On retrouve l'écho de cette théorie chez les canonistes du XIII^e siècle, et chez BEAUMANOIR (n° 712). Pour les ventes commerciales, l'acquisition de la propriété restera toujours liée au paiement du prix.

2° Mais la grande glose et REVIGNY admettent que la livraison fait présumer le transfert de propriété. Au cas de non-paiement, les Bartolistes refusent, sur le fondement des textes romains, l'action *venditi* et, par là, toute résolution de la vente. De deux choses l'une : ou le transfert avait eu lieu, et le vendeur n'était plus que créancier du prix ; ou le transfert n'avait pas eu lieu, et le vendeur pouvait opposer à l'action en délivrance une exception dilatoire ou péremptoire qui procède des textes romains relatifs à la rétention (cf. n° 245). Cette dernière hypothèse apparaît aux Bartolistes une application de la théorie de la cause finale (cf. n° 135).

Les canonistes n'osent pas aller contre les textes romains : s'ils admettent la règle *Frangenti fidei*, ils ne l'appliquent pas aux contrats nommés exécutés ; c'est dire qu'ils n'en font pas procéder une action en résolution pour inexécution, mais seulement l'*exceptio non adimpleti contractus* (cf. n° 146).

3° Le sort du vendeur qui avait livré la chose et qui n'était pas payé fut examiné par DU MOULIN : il admet franchement la résolution de la vente pour inexécution (spéc. conseil 389) et la solution qui constitue un important progrès est immédiatement reprise par les Parlements ;

4° La jurisprudence du XVII^e siècle accorde au vendeur un privilège portant sur les meubles et bientôt sur les immeubles. La pratique avait d'ailleurs imaginé depuis longtemps de faire constituer une hypothèque sur le bien vendu pour garantir le paiement du prix.

[261] LES RISQUES. — La vente à terme pose la question de la perte de la chose vendue. La règle *res perit emptori* est reprise du Digeste par les glossateurs comme par les canonistes. BEAUMANOIR rattache les risques à la délivrance, thèse impliquée par

le caractère réel qu'il reconnaissait à la vente. Les premiers, PUFFENDORF et BARBEYRAC montrent son anomalie : le vendeur qui n'a pas livré reste propriétaire ; il faudrait dire *res perit domino*.

Les deux formules apparaissent équivalentes dès lors que la vente opère transfert (DOMAT, I, 22 et 7) : comme le dira l'article 1138 C. civ. : « L'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire et la met à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. »

[262] LA GARANTIE. — La garantie d'éviction est normalement étudiée à propos de la vente ; mais il s'agit d'une institution générale concernant tous les transferts de propriété.

Le droit franc en a une conception fort réaliste : l'éviction est tout à la fois une injure subie et une injustice commise.

La loi salique traite de la garantie à propos de la chose volée. Les actes de l'époque rappellent souvent les stipulations *habere licere* ou *duplae*, mais aussi la promesse du vendeur de « défendre » l'acquéreur.

Toute la tradition coutumière est en ce sens. L'appel du garant est un incident de procédure. Le garant prend la place de l'acheteur et il est en posture d'accusé.

L'adaptation de ces principes aux règles romaines devait se faire sans grande difficulté. On trouve le souvenir des idées anciennes dans la garantie « formelle » qui impose au garant de prendre fait et cause pour l'acquéreur, comme dans la distinction de la garantie incidente (greffée sur l'instance principale) et de la garantie principale. La matière sera réglementée par l'Ordonnance de 1667.

Quant à la garantie des vices cachés, elle apparaît au Moyen Age comme affaire de police réglée par les coutumes et, dans le Midi, par les statuts urbains. Il s'agit des ventes de bétail mais aussi des ventes de denrées ou de marchandises pour lesquelles les usages commerciaux imposent des règles précises. L'opinion publique — qui exige la loyauté du contrat comme de la marchandise — impose de telles règles ; et la jurisprudence a tendance à multiplier les recours successifs qui peuvent remonter jusqu'au fabricant.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

CONTRATS CONSENSUELS. — Certains auteurs : GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turin, 1949, p. 156 ss. ; ARANGIO-RUIZ, p. 336, ne différencient pas les quatre contrats consensuels qui, opérations du *jus gentium*, auraient tous pour origine la pratique commerciale. GROSSO, p. 157, constate cependant la bilatéralité imparfaite du mandat et la plurilatéralité du contrat de société. Sur les formulaires de la pratique : v. Ü. von LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae, Eos* (Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae, III), 1957, p. 227 ss.

VENTE. — En dépit de la différence fondamentale qui existe entre le droit romain et le droit actuel, la force de la tradition est telle que le Code civil conserve encore des expressions qui reproduisent la terminologie romaine ; outre l'art. 1604, v. art. 1582 : le vendeur « s'oblige à livrer la chose », art. 1103 : « à la délivrer et à la garantir ». On notera l'accent mis par la terminologie romaine, non seulement sur la bilatéralité de l'opération, mais sur l'achat (cf. en allemand, vente : *Verkauf* est un dérivé de *Kauf* : achat). Sur le sens d'*abalienatio*, v. STURM, *Abalienatio. Essai d'explication de la définition des Topiques* (Cic. *Top.* 5, 28), Thèse, Droit, Lausanne, 1957 ; pour situer le droit romain par rapport aux conceptions modernes, v. M. KASER, *Compraventa y Transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la historia de la dogmática moderna*, Madrid, 1962.

OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR. — Le prix est déterminé sous Justinien quand il est prévu qu'il sera fixé par un arbitre désigné dans le contrat, à la condition cependant que celui-ci s'acquitte de sa tâche (I, 3, 23, 1). La question était déjà discutée à l'époque classique (GAIUS, 3, 140). Cf. GIRARD, p. 574 ; MONIER, p. 139. Si la vente n'est pas à crédit et que le cocontractant ait livré la chose, les intérêts du prix courent à partir de ce jour contre l'acheteur (D., 19, 1, 13, 20). Bien que SIBER (ZSS, 1925, p. 146 ss.) ait vu dans cette disposition une interpolation de Justinien, elle est considérée comme classique par la quasi-unanimité de la doctrine récente (BIONDI, p. 480 ; KASER, p. 460 ; MONIER, p. 143 ; JÖRS KUNKEL, p. 228).

Sur le principe de contrepartie nécessaire, v. J.-Ph. LÉVY, *Les ventes dans la Bible, le transfert et le « Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit »*, dans *Mélanges Meylan*, p. 157 ss.

Sur le *justum pretium*, v. DE FRANCISCI, dans *Studi Paoli*, 1956, p. 211 ss. En faveur de l'origine classique de la règle *fidem emptoris sequi*, v. en dernier lieu FEENSTRA, dans *Studi Paoli*, p. 273 ss. ; E. LEVY, *Verkauf und Übereignung, Iura*, 1963, p. 1.

OBLIGATION DU VENDEUR. — F. GALLO, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Univ. di Urbino*, 1960. Sur l'origine et la portée de l'obligation de transférer seulement la possession, v. JOLOWICZ, *Introduction*, p. 303. Comme le constate la doctrine, l'usucapion corrige en partie les inconvénients du non-transfert de propriété (v. MONIER, p. 145 ; BIONDI, p. 476).

RISQUES. — Le vendeur paraît parfois supporter les risques, ce qui s'explique soit par la nature de l'objet de la vente (chose de genre, D., 18, 6 et 15, 1), soit par une application du principe de la responsabilité (D., 18, 6, 13 et 15, pr. ; 19, 2, 33). Dans la vente de chose future, il semble que s'il s'agit d'une *emptio spei* (achat d'un espoir : résultat d'un coup de filet), l'acheteur supporte l'aléa et les risques dès la conclusion du contrat, s'il y a au contraire *emptio rei speratae* (achat d'une chose espérée : récolte), il y a vente sous condition suspensive et les risques sont à la charge du vendeur, tant que la chose n'est pas conforme à l'objet du contrat (cf. D., 18, 6, 8, pr. ; v. MONIER, p. 137 ss.). Sur la vente aléatoire, v. en dernier lieu : DAUBE, Purchase of a prospective haul, dans *Studi Paoli*, 1956, p. 203 ss.

Le caractère classique de la règle *res perit emptori* est mis en doute depuis la fin du XIX^e siècle. V. ARNO, La teoria del periculum rei venditae, dans *Giurisprudenza italiana*, 1897, p. 209 ss., BETTI, « Periculum » Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, dans *Studi de Francisci*, t. I, p. 133 ss. L'auteur pense que dans la vente en droit classique, le critère de répartition des risques est la *traditio* : avant qu'elle ait eu lieu, le risque est supporté par le vendeur, après, par l'acheteur ; la *mora creditoris* est assimilée à la *traditio* (p. 174). Ce principe comporterait cependant de notables exceptions (p. 175-185), et il paraît bien difficile à utiliser pour les autres contrats (p. 185 ss.). V. également VON LÜBTOW, Zur Frage der Sachmängelhaftung im römischen Recht, dans *Studi Paoli*, p. 489 ss. Vue d'ensemble du problème des risques (différenciation entre la *locatio rei* d'une part, l'*emptio venditio* et la *locatio operarum* de l'autre) dans : G. PROVERA, Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano, *Studi Betti*, III, p. 693 ss.

GARANTIES DU VENDEUR : L'ÉVICTION. — L'existence de servitudes n'est pas considérée comme une éviction (v. BIONDI, p. 477). Sur la valeur du pacte d'exonération de garantie, v. RICCA-BARBERIS, Altro ancora sull'efficacia del « pactum de non praestanda evicione », dans *Studi de Francisci*, t. II, p. 13 ss. Les *tablettes Albertini* font état d'une sanction au double et au simple, qui a fait l'objet d'interprétations diverses. V. en dernier lieu la remarquable mise au point de J.-Ph. LÉVY, Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine, dans *RHD*, 1954, p. 321 ss., qui paraît ignorée de PEZZANA, La cautio de evicione nelle compravendite Ravennati, dans *Studi de Francisci*, t. II, p. 185 ss. V. l'examen critique de l'étude classique de GIRARD par M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milan, 1960. V. également l'étude consacrée aux tablettes de Transylvanie par E. POLAY, Die Obligationssicherheit in den Verträgen der siebenbürgischen Wachstafeln, *Klio*, 1962, p. 142 ss., et M. SARGENTI, La « satisfactio secundum mancipium » et la « stipulatio habere licere » nel quadro della garanzia per evizione della compravendita romana, *BIDR*, 1962, p. 151 ss. Sur l'*auctoritas*, issue de la *mancipatio*, v. l'étude de M. SARGENTI, dans *Studi Betti*, IV, p. 17 ss.

GARANTIES DES VICES CACHÉS. — L'ouvrage de R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, reste encore fondamental. On y trouvera une étude pertinente des origines de l'édit des édiles

curules (p. 19 ss.) et surtout un examen approfondi des moyens de procédure utilisés (p. 59 ss.). L'auteur, qui avait cependant fait des concessions excessives aux tendances interpolationnistes de son époque est revenu par la suite sur certaines de ses solutions (v. *Manuel*, p. 163, n. 2). Il paraît notamment difficile d'admettre que les dispositions de l'édit n'aient pas été sanctionnées à l'époque classique par une *actio aestimatoria*. Cf. PRINGSHEIM, p. 234 ss.; PEZZANA, dans *AG*, 1951, p. 53 ss.; ARANGIO-RUIZ, p. 381 ss.; IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padoue, 1955, p. 194 ss., et A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone (note esegetiche)*, *BIDR*, 1959, p. 185. Toutes les contradictions et tous les remaniements des textes du *corpus juris civilis* ne peuvent être imputés en bloc aux compilateurs de JUSTINIEN. Pratique, édiles, jurisprudence n'ont pu uniformiser d'un coup leurs solutions. Les lacunes et les contradictions que l'on relève sont autant la conséquence des origines diverses de la garantie des vices, que des remaniements opérés à l'époque byzantine et tout particulièrement sous JUSTINIEN.

PACTES ADJOINTS. — Nombreuses sont les modalités des ventes d'esclaves, qu'elles soient dans l'intérêt de l'esclave (clause d'affranchissement à terme ou conditionnel, clause *ne prostитуatur*), ou dans l'intérêt du vendeur qui craint d'encourir le ressentiment de l'esclave (clause d'éloignement ou d'interdiction d'affranchir). Ces modalités ont un effet réel, bien que le contrat de vente n'engendre que des obligations. Elles sont opposables *erga omnes*.

LEX COMMISSORIA. — V. Bibliographie citée par KASER, I, p. 467, n. 103.

IN DIEM ADDICTIO. — V. pour la bibliographie : de FONTETTE, *Recherches sur l'in diem addictio*, dans *Studi de Francisci*, t. III, p. 541. L'auteur, qui définit le pacte : « une sorte de droit d'option au profit du vendeur », réagit à juste titre contre la manie des interpolations et des reconstitutions incontrôlables. V. sur une question connexe : la vente aux enchères : TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, dans *Atti Accademia Nazionale Lincei*, 1954, p. 35 ss.; c. r. de d'ORS, dans *Iura*, 1956, p. 224 ss.

PACTUM DE RETROVENDENDO. — V. P. RASI, *Il patto di riscatto nella compravendita*, *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, 1958, p. 1 ss.

ANCIEN DROIT

Sur la VENTE à l'époque franque on peut consulter J. GOTTSCHALK, *Die Vertragsformen im älteren Germ. Recht*, 1940 (qui insiste sur le rôle de la paumée); sur le *denier à Dieu* il faut toujours en revenir à l'article de F. BEYERLE, *Weinkauf und Gottespfennig*, *Festschr. A. Schultze*, 1934, p. 251. Paumée et *denier à Dieu* sont d'usage universel dans le Midi : à Montpellier (cf. Placentin), à Marseille, Carcassonne, Narbonne, Arles, Salon, Avignon : F. GARRISSON, *La paumée*, *RHD*, 1959, p. 463.

Sur les ARRHES, cf. p. 283 et spécialement les ouvrages de Paulo MERA, *Sobre e compra e venda na legislação visigótica* dans *Estudos de direito visigótica*, 1948, p. 84 et *A arra penitencial no direito hispanico anterior a Recepcão*, *Acta Universitatis Conimbrigensis*, 1952, p. 37.

Sur la VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI, d'abord suspecte (*Diss. Dominorum*,

p. 32) puis admise pour des nécessités commerciales (au moins si elle est déclarée telle : *Scienti non fit fraus*), on peut consulter VISCONTI, *Filangieri*, 1910, qui traite du droit savant.

Sur la RÉSOLUTION, Georges BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, 1924, qui dispense de toute autre référence. Sur l'*Exceptio non adimpleti contractus*, la remarquable introduction historique de CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution*, 1914. Sur les risques, quelques indications dans KONSTANTINOVITCH, 1926, p. 68 et MEYLAN, *Festschr. Guhl*, 1950. Sur le privilège du vendeur et la garantie d'éviction, outre MERK, dans *Rheinische Zeitschr. f. Zivil-und Prozessrecht*, 1914, on peut consulter les deux articles de R. FEENSTRA, *Zum Ursprung des Lösungsrechtes beim Kauf gestohlener Sachen auf dem Markte*, dans *Festschr. Guido Kisch*, 1955 ; *Rev. histoire droits Antiq.*, 1950, p. 455, *Reclams en Revendicatie*, 1949 ; G. PARTSCH, *Zur Entwicklung der Rechtsmängel haftung des Veraüßerers*, *ZSS Germ.*, 1960, p. 87-153 ; F. GILLIARD, *La garantie du chef d'éviction dans le pays de Vaud*, *MSDB*, 1960, p. 723.

Un utile répertoire est fourni pour le droit hispanique par R. FERNANDEZ ESPINAR, *La compraventa en le derecho medieval esp.*, dans *AHDE*, 1955, p. 293-528. Sur le droit de l'Orient latin, excellente étude de H. MITTEIS, *Zum Schuld- und Handelsrecht der Kreuzfahrerstaaten*, 1931.

F. GARRISSON, *Procédure de garantie et revendication mobilière*, *MSDE*, 1958-1960, p. 17-97, étude de façon exhaustive l'appel en garantie « institution judiciaire à but justificatif et à effet libérateur » ; cf. aussi, « Meubles ne chéent en retrait », *RHD*, 1957, p. 89-126, 247-289.

Le schéma donné au texte aurait dû tenir compte des multiples questions posées par les ventes commerciales : cf. l'exposé aussi brillant que suggestif de F. GARRISSON, dans *Les ventes commerciales de marchandises*, publ. J. HAMEL, 1951, p. 13-56 (article qui montre bien la naissance des pratiques commerciales comme la part en cette matière de la « police économique » imposant la publicité et le contrôle des ventes).

On peut consulter le travail de FLOREN, *La vente immobilière en Provence au M. A. et sous l'Ancien Régime*, thèse dact., Aix, 1956, qui montre bien l'évolution de la pratique ; B. VIGNERON, *La vente dans le Mâconnais du IX^e au XIII^e siècle*, *RHD*, 1959, p. 17-47, et, surtout, F. DE FONTETTE, *Rech. sur la pratique de la vente immobilière (X^e-XIV^e siècles)*, 1957.

SECTION II. — Le louage

I. — DROIT ROMAIN

[263] A la différence des autres contrats nommés, il n'y a pas, à l'époque classique, d'unité dans la conception de la *locatio conductio* ; il existe trois contrats types : 1) Louage de choses (*locatio rei*) ; 2) Louage de services (*locatio operarum*) ; 3) Louage d'ouvrage (*locatio operis faciendi*).

§ 1. LOUAGE DE CHOSSES

C'est le contrat par lequel le bailleur s'engage à fournir au locataire la jouissance temporaire d'une chose, moyennant une redevance (*merces*) proportionnelle au temps (créance successive).

[264] SON CARACTÈRE EMPIRIQUE. — Plus que la vente dont il est issu, le louage de choses apparaît éminemment adapté aux besoins de la pratique, la diversité des types de *locatio* en est déjà la preuve. Dans la location de biens ruraux, la *merces* peut être versée en nature et consister en une portion des fruits (D., 19, 2, 25, 6 : colonat partiaire ou métayage). On peut louer des choses incorporelles : les sociétés de publicains prennent à bail la perception des impôts, c'est-à-dire une créance de l'Etat. Le bail peut être accordé par le propriétaire comme par l'usufruitier ou par le locataire (sous-location valable sauf clause contraire : C., 4, 65, 6). Enfin, contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, le louage engendre des obligations réciproques dont l'interdépendance est plus nette qu'en matière de vente. Les risques sont à la charge du bailleur, le fermier ne doit aucun loyer s'il ne peut jouir du bien par suite d'un cas de force majeure (sécheresse exceptionnelle, inondation, etc. : D., 19, 2, 15, 2 ; mais il doit supporter un dommage peu considérable, tout comme il peut bénéficier d'excellentes récoltes : D., 19, 2, 25, 6). En revanche, si, dans les années qui suivent, le locataire réalise d'importants bénéfices, il devra verser la *merces* de l'année antérieure (D., 19, 2, 15, 4). La résolution du contrat peut être demandée par une partie pour inexécution de ses obligations par le cocontractant (v. BOYER, *ouvr. cit.*, p. 173 ss.).

[265] OBLIGATIONS DU BAILLEUR ET DU PRENEUR. — Les obligations du bailleur, sanctionnées par l'*actio conducti*, consistent à procurer la jouissance de la chose louée. Alors qu'en droit moderne le contrat de vente, opérant transfert de propriété, se différencie nettement du louage, il n'en est pas de même en droit romain. Vente et location sont d'autant plus difficiles à distinguer que cette dernière peut être perpétuelle (v. MAYER-MALY, p. 25 ss. et 70 ss. ; *contra* C. C., art. 1709). Le but économique des deux

contrats permettra seul de les différencier : le locataire n'a pas l'intention d'acquérir un droit définitif, mais de jouir du bien conformément à sa nature (D., 19, 2, 19, 2), et en simple détenteur comme le dépositaire (D., 10, 3, 7, 11). Le bailleur doit, pour ce faire, le garantir contre les troubles des tiers ; le locataire expulsé a droit à un logement équivalent si le bailleur est de bonne foi (D., 19, 2, 9, pr.), à une indemnisation complète s'il est de mauvaise foi (D., 19, 2, 24, 4). Ce sera le cas notamment s'il vend la chose louée, le droit du locataire étant inopposable à l'acheteur, il y aura lieu à paiement de dommages-intérêts (D., 19, 2, 25, 1 ; *contra* C. C., art. 1743). Responsable de sa *culpa levis in abstracto* le bailleur est tenu à raison des vices cachés même s'il les ignore et il doit effectuer les grosses réparations. A l'inverse, le locataire peut être poursuivi par l'*actio locati* : 1) S'il ne transfère pas la propriété de la *merces* (v. *infra*, garantie de paiement de la *merces*) ; 2) S'il se rend coupable d'une *culpa levis in abstracto* et détériore ou n'entretient pas le bien loué (D., 19, 2, 30, 2 ; *Sent. Paul.*, 2, 18, 2) ; 3) S'il ne restitue pas ce dernier en fin de bail (D., 19, 2, 48) et sa responsabilité sera aggravée au Bas-Empire (C., 4, 65, 33, de 484, qui le condamne, en plus de la restitution, au paiement de la valeur de la chose).

[266] EXTINCTION. — L'expiration du délai du bail est le mode normal d'extinction de la *locatio rei*. Dans la pratique, les baux ruraux, conclus pour cinq ans, se renouvellent chaque année par consentement tacite (D., 19, 2, 13, 11 ; pour les fonds urbains il n'y a renouvellement tacite que pour autant que le locataire reste dans les lieux). Bien que cela soit encore discuté sous le Haut-Empire, le louage ne s'éteint pas à la mort de l'une des parties (v. MAYER-MALY, p. 222 ss.). A la fin du Haut-Empire, l'insécurité économique et les préoccupations sociales poussent le législateur à édicter des mesures de circonstance : 1) Le bailleur peut exercer le droit de reprise pour son usage personnel (C., 4, 65, 3 de 214) ; 2) Le bailleur doit attendre deux ans avant de résilier le contrat d'un locataire qui ne paie pas (D., 19, 2, 56 *itp.*) ; 3) Sauf clause contraire, les parties peuvent résilier librement le contrat durant la première année de bail (*Jus poenitendi* : C., 4, 65, 34).

§ 2. LOUAGE DE SERVICES

[267] A la différence du *contrat de travail* moderne, qui se présente de plus en plus comme un rapport réglementaire issu d'une entente entre organisations patronales et ouvrières sous le contrôle de l'Etat et qui est largement répandu, la *locatio operarum* résulte d'un accord de volontés entre deux personnes et son emploi est limité. La rareté de son utilisation s'explique à la fois par l'importance du travail servile et parce que les arts et les professions libérales, normalement exercés par des personnes libres (arpenteur, avocat, médecin, professeur), ne peuvent être l'objet d'un louage mais d'un mandat (v. n° 283). Font seuls l'objet d'une *locatio* : les travaux inférieurs (*quaestus illiberales* ou *sordidi*). Les risques sont à la charge de l'ouvrier s'il interrompt son travail par suite d'un cas fortuit qui vient de sa personne (maladie : par analogie de D., 38, 1, 15, pr. ; cf. MAYER-MALY, p. 182), mais à la charge de l'employeur si le cas fortuit est étranger à l'ouvrier (D., 19, 2, 19, 9-10 ; 19, 2, 38), sauf insertion de clauses contraires (assez fréquentes en pratique : v. en cas d'inondation : GIRARD, *Textes*, p. 860 ; C. I. L., 3, 948). Par faveur pour les classes populaires, il est fait ainsi échec à l'interdépendance des obligations. Néanmoins, la résolution du contrat est possible à la demande de l'employeur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de son travail par le salarié et à la demande de ce dernier pour non-paiement du salaire (v. BOYER, *ouvr. cit.*, p. 176).

§ 3. LOUAGE D'OUVRAGE (CONTRAT D'ENTREPRISE)

[268] A la différence du louage de services : 1) La *locatio operis faciendi* n'implique aucune sujétion personnelle (cf. le critère identique que l'on tend à adopter en droit moderne pour différencier contrat de travail et d'entreprise. V. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, p. 141). L'entrepreneur (*conductor*) se charge d'accomplir au profit d'une autre personne (*locator*) un ouvrage déterminé moyennant une rémunération (*merces*). Alors que dans les deux types précédents de louage, la *merces* est proportionnelle à la durée de la

locatio (créance successive), dans le contrat d'entreprise, elle est forfaitaire, sauf convention contraire (D., 19, 2, 51, 1); 2) Autre modalité du louage d'ouvrage : la *mutatio domini*. Il y a, en effet, changement de propriété quand les matériaux destinés à la construction de l'ouvrage appartiennent à l'entrepreneur. Plus encore que la *locatio rei*, le contrat d'entreprise se rapproche, s'identifie parfois à la vente. Quand les matériaux utilisés pour la construction de l'ouvrage sont la propriété de l'entrepreneur, à l'époque classique certains considèrent qu'il y a vente de la matière première et louage de services, mais la majorité des juristes romains admettra qu'il y a vente d'une chose future (anneau d'or, métal fourni par l'orfèvre : GAIUS, 3, 147 et I, 3, 24, 4 ; tuiles, la carrière appartenant au fournisseur : D., 18, 1, 65 ; cf. ROUAST, *Traité de droit civil*, t. XI, p. 146). Dans le cas de construction immobilière, toutefois, si les matériaux sont fournis par l'entrepreneur, il semble qu'il y ait vente accompagnée d'une *locatio operis faciendi* (D., 19, 2, 22, 1-2). Ces contrats mixtes préoccupent également la doctrine moderne et certains proposent même d'y voir des contrats innommés (M. DAVID, *Le marché à façon*, thèse, Paris, 1937). C'est là esquiver la difficulté : si en droit romain il est nécessaire de nommer le contrat pour agir en justice, cela est tout aussi utile de nos jours pour préciser les effets qu'il engendre.

La responsabilité de l'entrepreneur est particulièrement lourde en raison de son indépendance à l'égard de l'autre partie. Selon l'opinion qui l'emportera à l'époque classique, les risques sont à sa charge si la chose a péri par un vice de l'ouvrage (D., 19, 2, 62), ils sont à la charge de l'employeur si la destruction est imputable à une force naturelle (D., 19, 2, 33 ; 59). Conformément à l'interdépendance des obligations, le maître n'est pas tenu de payer la *merces* à l'entrepreneur libéré de son obligation par cas fortuit, il en va de même en cas de malfaçon ou de retard dans l'inexécution. Les préoccupations sociales des empereurs les incitent au Bas-Empire à décider la survie de l'obligation du maître (*merces*) à celle de l'ouvrier, en outre, il y a peut-être eu transposition de la règle *res perit emptori*, la *locatio*, et particulièrement le louage d'ouvrage, étant

très proche de la vente (v. G. BOYER, *ouvr. cit.*, p. 176), les contractants répondent tous deux de leur *culpa levis in abstracto*. La responsabilité de l'entrepreneur prend fin avec l'approbation de son travail par le maître (D., 19, 2, 62 ; cf. D., 19, 2, 37, où l'on concilie le risque qui est à la charge du maître, et le droit d'approbation de ce dernier).

[269] LOUAGE IRRÉGULIER ET AVARIES COMMUNES. — En dépit de la diversité des types de louage, ceux-ci ne peuvent rendre compte sans modifications de certaines pratiques maritimes à caractère international. Dans l'antiquité méditerranéenne, les besoins du commerce avaient imposé un droit coutumier général qui pénétra à Rome par l'intermédiaire du grand port de Rhodes. En dépit de l'originalité de ces règles, elles ne purent se transformer en techniques autonomes et furent incorporées dans le contrat de louage.

Le louage d'ouvrage est utilisé pour réaliser un contrat de transport maritime ou contrat d'affrètement. Les marchandises transportées sont fongibles et le transporteur s'engage à livrer au lieu convenu, non les marchandises qui ont été chargées, mais des choses analogues en quantité et en qualité.

Une technique plus originale permet de régler les avaries communes (*Lex Rhodia de jactu* ; cf. C. de Commerce, art. 400) : c'est-à-dire les dommages subis par le navire ou sa cargaison dans l'intérêt commun. Pour alléger le navire pris dans une tempête, on jette à la mer quelques marchandises et agrès, pour se libérer des pirates on paie rançon (D., 14, 2, 1 ; 2, 3), le sacrifice consenti doit être réparti entre tous. L'armateur contribue en proportion de la valeur du navire, les chargeurs en fonction de leurs marchandises, les passagers à raison de ceux qu'ils ont avec eux (bijoux, vêtements), ceux qui sont indemnisés supportent aussi leur part de perte.

II. — ANCIEN DROIT

[270] UTILITÉ DU CONTRAT. — L'époque barbare ne paraît pas avoir pratiqué le louage de choses ; mais les actes des XI^e et XII^e siècles en fournissent d'assez nombreux exemples. Dans les villes, on loue des maisons ou des boutiques, mais aussi des

fonds ruraux, des pâturages, des moulins. *Bailler*, c'est donner, remettre une chose ; le mot est assez vague pour recouvrir des situations fort différentes : le contrat, quand il apparaît, est presque vide de contenu juridique ; mais il se rapporte à deux situations qui font bien « sentir » sa nécessité :

1^o L'époque inclinait vers la perpétuité des rapports ; le censitaire ou l'emphytéote a un droit perpétuel, bientôt analysé comme conférant le domaine utile ; toutes les fois, au contraire, que l'on veut créer un droit qui ne soit pas perpétuel, qui ne crée pas une *tenure*, qui ne permette de tenir et surtout de retenir le bien concédé, on recourt à un louage. Dans le domaine des rapports personnels, la même idée oppose les rapports perpétuels, créés par le servage et les rapports temporaires créés entre le maître et le « loué » ou le « valet », ou, dans le Midi, « baylet ». Le louage implique des liens que les parties veulent être temporaires : on loue au XII^e siècle un banc de boucher comme on conclut aujourd'hui une gérance de fonds de commerce ; on loue un pâturage comme on fait aujourd'hui (pour éviter l'application du statut du fermage) une vente de récoltes ; ici et là les mêmes besoins conduisent aux mêmes pratiques ;

2^o Le cens, le canon, sont perpétuels, mais à cause de cela le plus souvent de minime valeur ; le loyer, au contraire, représente la valeur de ce qui est loué. Le bailleur recherche non l'influence politique mais le profit. Cela est très net quand le bail ne porte plus sur un fonds mais sur des revenus : dîmes, redevances féodales, revenus d'un moulin ; un tel contrat est souvent désigné (au moins en Provence) par le terme d'*arrendamentum* et il est d'un usage très courant : la ferme des prévôtés royaux est une pratique bien connue.

[271] LIBERTÉ DES CONVENTIONS. — La liberté est la règle : la durée du contrat, les obligations des parties, notamment la fixation du loyer, sont laissées au libre jeu des volontés. La coutume paraît n'avoir joué qu'un rôle secondaire : pour fixer, par exemple, au cas de silence des parties, la date d'entrée en jouissance ou le délai-congé. Parfois cependant l'autorité intervient pour fixer le loyer des maisons, et pour le contrat de travail pour imposer le paiement d'un juste salaire ou même la durée de la journée de travail.

Cependant, deux traits peuvent être notés :

1^o *La prépondérance du bailleur.* — Celle-ci apparaît dans les clauses du contrat qui mettent couramment des travaux ou des services à la charge du preneur, fixent longuement ses obligations (notamment pour la culture des terres) ou lui imposent, pour les boutiques sous le nom d'acapte, d'entraiture ou de *jus entrandi*, le paiement d'un véritable pas de porte ; qui l'obligent à payer les dîmes ou (notamment pour les prévôts royaux) à donner caution. Cette prépondérance apparaît plus encore dans les clauses concernant le paiement des loyers : manifestement, la pratique tend ici à assimiler le loyer et le cens ; c'est l'état de droit que traduit BEAUMANOIR en le rapportant à une « obligation sans convenances » : le bailleur peut prendre les biens du locataire auquel il a loué sa maison « sans justice par coutume » (n^{os} 1018 et 1131) ; il peut, comme en matière de censive, rendre la maison inhabitable en ostant « les huis de la maison » (n^o 862). Si la tendance est certaine, on peut d'ailleurs se demander parfois si la décision prise concerne un loyer ou une rente (*Olim*, III, p. 1007, n^o 65).

2^o *Néanmoins, l'affirmation des droits du preneur.* — La remise du fonds au preneur ne paraît jamais nécessaire à la conclusion du contrat, ce qui montre bien que le contrat ne se forme pas *re* ; le caractère consensuel du contrat est accusé par la mention de la *fides* ou la prestation d'un serment. En Normandie, le droit du preneur paraît extrêmement précaire ; il est plus nettement affirmé dans le Midi, jusqu'à devenir, à Toulouse par exemple (*Coutume*, art. 107), opposable à l'acquéreur du fonds. Le bailleur doit garantir le preneur et à Avignon, les actes accordent même à celui-ci une indemnité pour les dommages qu'il a subis du fait d'une éviction.

[272] L'ANALYSE JURIDIQUE. — Les effets du contrat sont déterminés par les parties, ou pour les baux à loyers, par les coutumes urbaines. La part du droit savant est assez mince :

1^o En ce qui concerne le droit du locataire, il fut nettement opposé à celui d'un censitaire ; on le considéra comme un simple droit de créance ;

2^o Cela même impliquait que « Vendage passe louage » (LOYSEL) et qu'en cas de vente, le bail était résolu. Contre

cette règle réagirent et les Parlements du Nord et la pratique : on stipula dans le bail qu'il survivait à la vente, ce qui garantissait le droit du locataire. La disposition de l'article 1743 exprime que de telles clauses étaient devenues de style ;

3° L'équivalence des prestations imposa d'autres solutions. La décrétale *Propter sterilitatem* (X^e, 3, 18, 3) diminua le fermage au cas de perte des récoltes par un « vice de la chose » ; une exception visant le cas où la perte serait compensée par les autres récoltes est reprise par l'article 1771 du Code civil. Quant à la résolution du contrat, elle est admise à défaut de paiement d'un seul terme, au moins s'il ne s'agit pas d'un bail de « brève durée ».

[273] LE CONTRAT DE TRAVAIL. — Le contrat de travail, quand il est pratiqué (cf. n° 59) et, plus encore, le contrat d'apprentissage, sont généralement reçus par les notaires. Ils ressortissent au droit corporatif. Le louage de domestique aura jusqu'à la Révolution un caractère familial (LOYSEL, 473). Pour les ouvriers, les statuts urbains se préoccupent de leur condition et de leur salaire comme d'interdire leurs réunions. Pour les marins, leur enrôlement doit être transcrit sur le livre de bord. Le louage d'ouvrage a un caractère personnel très marqué ; ainsi en est-il des baux à besogne conclus par des artistes.

Il est manifeste que le droit savant se désintéresse de ces contrats : on discute souvent sur les services promis par un médecin, un notaire ou un professeur (ACCURSE, C. IV, 6, 10) et on se demande si le non-paiement du salaire met fin au contrat.

Après 1789, au contraire, les interventions législatives sont fréquentes. On va protéger « la liberté naturelle de l'homme contre ses téméraires engagements ». La Constitution de l'an III, suivant en cela la jurisprudence des XVII^e et XVIII^e siècles, ne permet de louer ses services qu'à temps (cf. art. 1780). La Constituante tente de limiter les hausses des salaires en interdisant les grèves et les associations. La Convention fixe un minimum des salaires qui est d'ailleurs fort mal respecté. Le Code civil ignore l'idée de « juste salaire » mais reprend dans l'article 1781 une jurisprudence du Châtelet de Paris et de certains Parlements suivant laquelle le maître est cru sur sa simple affirmation pour la fixation et le paiement du salaire.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

LOCATIO CONDUCTIO. — Comme tout problème relatif aux origines, celui de savoir s'il y a eu au point de départ unité de conception de la *locatio conductio* ou trichotomie n'est pas près d'être résolu. V. une mise au point de la question dans **MAYER-MALY**, *Locatio conductio, Eine Untersuchung zum Klassischen römischen Recht*, Vienne, Munich, 1956, p. 17 ss. Cf. les études de **L. AMIRANTE**, *BIDR*, 1959, p. 9 ss., et *Labeo*, 1962, p. 206 ss., et de **C. ALZON**, Réflexions sur l'histoire de la « locatio-conductio », *RHD*, 1963, p. 553 ss., ainsi qu'une étude exhaustive des textes les plus divers dans **H. KAUFMANN**, *Die altrömische Miete, Forschungen zum römischen Recht*, 1964.

En dépit de la variété des louages, il existe entre eux un trait commun terminologique. Le *locator* est celui qui place la chose (bailleur, dans le louage de choses), qui se place lui-même (ouvrier, dans le louage de services), qui place le bien entre les mains de l'entrepreneur. Le *conductor*, celui qui mène avec lui, sera respectivement le locataire, l'employeur, l'entrepreneur (v. **BIONDI**, p. 483). La procédure est également un facteur d'unité (*actio locati* et *actio conducti*), ainsi que l'objet : *res locata*.

LOCATIO REI. — Le droit du locataire est personnel, inopposable aux tiers, à l'acheteur notamment (sauf clause contraire insérée dans la vente : *D.*, 19, 2, 25, 1). Mais il y a eu transformation du droit personnel de certains locataires en droit réel (v. t. II, n° 213 ss.).

Selon **MAYER-MALY**, p. 42 ss., la vente, le legs, l'échange éteignent le bail, l'action du contrat n'en subsiste pas moins pour permettre au locataire d'obtenir une indemnisation intégrale de la part du bailleur.

LOCATIO OPERARUM. — Si le travail est peu estimé à l'époque classique, au Bas-Empire on tend à exalter sa valeur éthico-sociale, v. **DE ROBERTIS**, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milan, 1946, p. 7 ss. ; *Lavoro e lavoratori nel mondo antico*, 1963, et **J. MACQUERON**, *Le travail des hommes libres dans l'Antiquité romaine*, Aix-en-Provence, 1958 ; sur quelques formes spéciales d'engagement, v. **BISCARDI**, *Nozione classica ed origini dell'auctoramentum*, dans *Studi de Francisci*, t. IV, p. 109 ss.

Cette manière, plus que toute autre, est affaire de pratique plus que de doctrine ; on consultera avec profit le très intéressant recueil de documents papyrologiques de **MONTEVECCHI**, *I contratti di lavoro e di servizio nell'Egitto greco romano e bizantino*, Milan, 1950.

L'enseignement du droit est un *ars liberalis*, ce qui s'explique, en partie, par la condition sociale des enseignants, v. **K. VISKY**, *Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, *Iura*, 1964, p. 1 ss.

LOUAGE D'OUVRAGE. — *Locatio operis faciendi.* — Dès le Haut-Empire, des interférences s'opèrent entre les différents types de louage. V. par exemple *D.*, 19, 2, 51, 1, qui montre que l'on passe insensiblement du louage d'ouvrage à celui de services. Lorsque l'entrepreneur fournit la matière première, pour savoir s'il y a vente ou louage, on aurait pu se fonder sur l'importance res-

pective des matériaux et du travail, ou considérer que dans une construction d'immeubles le principal était le sol sur lequel il devait être construit (D., 18, 1, 20). POTHIER tranchera la difficulté en utilisant le principe *accessorium sequitur principale* (*Traité du louage*, n° 394). Sur toute cette question, v. MAYER-MALY, p. 74 ss.

Sur la distinction entre le contrat d'ouvrage et le mandat (D., 19, 2, 13, 3), v. BERNARD, *La rémunération des professions libérales*, Paris, 1935, p. 10 ss.

RESPONSABILITÉ. — Si le maître fournit les matériaux, le risque issu d'un vice de la matière est à sa charge (pierre que l'orfèvre brise par suite d'un défaut : D., 19, 2, 13, 5). Par *a contrario*, si la chose est fournie par l'entrepreneur, le risque est à sa charge (cf. POTHIER, *Traité du louage*, n° 394 à l'origine de C. C., art. 1788). Une clause contraire peut toujours modifier la responsabilité (D., 19, 2, 13, 5 : MAYER-MALY, p. 193, y voit sans raison une interpolation). V. M. KASER, *Periculum locatoris*, dans ZSS, 1957, p. 155 ss., et G. PROVERA, *Prospettive romanistiche del problema del rischio nel contratto di lavoro*, dans *Il diritto dell'economia*, 1959, p. 1099 ss.

LEX RHODIA DE JACTU. — Les règles de droit maritime international ont fait l'objet, à l'époque byzantine, d'une compilation particulière qui sert d'appendice à la plupart des collections juridiques utilisées par la pratique du VII^e au XIV^e siècle. Pour l'époque romaine, v. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, publiées par H. LÉVY-BRUHL, Paris, 1929. Sur les problèmes que pose son origine, v. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, dans *Rivista del diritto della navigazione*, 1937, p. 335 ss. ; 1938, p. 3 ss. ; OSUCHOWSKI, *Appunti sul problema del iactus in diritto romano*, dans *Iura*, 1950, p. 292 ss. ; DE ROBERTIS, *Lex Rhodia*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. III, 1952, p. 155 ss. V. également J. DAUVILLIER, *Le contrat d'affrètement dans le Droit de l'Antiquité*, *Mélanges Jacques Maury*, 1960, p. 97 ss.

ANCIEN DROIT

On peut trouver dans la terminologie quelques indications utiles : *Bailler* vient de *bajulare* qui ne paraît attesté qu'en gallo-romain ; *louer*, dans la *Chanson de Roland* a le sens de prendre loyer et le *locarium* est le prix d'un gîte. L'Ouest et le Sud-Ouest emploient plutôt *affermer* ; le Sud-Est *arreter* ; un peu partout — mais spécialement en franco-provençal — on trouve *amodier* (de *modius*, boisseau ; pour Paris vers 1080 *ad modiationem* d'un moulin pour un muid de blé). *Fazenda*, au sens du Code civil *métairie*, est attesté en 1157 (BRUNEL, *Chartes*, n° 78) comme *borda*, *bordaria*, *bovaria*. *Louer* s'emploie au moins dès le début du XII^e siècle pour un homme (*Coutumes de Saint-Antonin de Rouergue* de 1143 ; BRUNEL, n° 41).

Sur la question des TENURES, cf. l'article (sans prétention érudite) de Paul OURLIAC, *Tenures et contrats agraires dans Atti del primo convegno di diritto agrario*, II, 1955, p. 765-807. Sur les « contrats agraires » du Moyen Age la meilleure mise au point est de ASTUTI, *I contratti*, p. 301-344, et *Dopo il Primo Convegno int. di Diritto agrario*, Milan, 1958 ; on peut aussi retenir pour les vues d'ensemble LEICHT, *Studi s. proprietà fondiaria*, 2 vol., 1903-1907 ; F. CALASSO, *Settimane...*, IX, 1962 ; Paolo GROSSI, *Problematica*

strutturale dei contratti agrari nella esperienza giur. dell'alto medioevo italiano, *Settimane...*, XIII, 1965 et, DU MÊME, *Locatio ad longum tempus*, Naples, 1963.

La ferme des prévôtés royales est pratiquée au moins dès le XII^e siècle ; les ordonnances royales viennent fixer la durée du bail et interdire la cession ; cf. outre GRAVIER, dans *RHD*, 1903 et 1904, p. 112-119, l'ordonn. de 1320 et pour le Languedoc, BOUTARIC, *Saint Louis et Alph. de Poitiers*, p. 252.

Quand et comment le bail à ferme s'est-il introduit pour les fonds de terre ? On peut penser que la recherche du profit fut décisive et que les monastères, attentifs à augmenter leurs revenus, eurent souvent l'initiative : en Normandie, par exemple au XII^e siècle (YVER, p. 79) ; au XIII^e siècle les exemples deviennent bien plus fréquents : en Roussillon notamment.

Après la guerre de Cent ans les charges des paysans sont notablement allégées ; d'où un mouvement fort complexe qui conduit par exemple dans le Sud-Ouest du métayage au fermage et qui incline le fermage vers la perpétuité : en Bas-Quercy apparaissent des baux de longue durée et même des clauses de renouvellement : cf. la synthèse de Roger GRAND, *L'agriculture au Moyen Age*, 1950, p. 696 ; et sur l'« ascension de la bourgeoisie » en Bordelais, R. BOUTRUCHE, *La crise d'une société*, 1947, p. 312.

Le MÉTAYAGE a une antiquité certaine ; les auteurs italiens y ont vu une réaction de l'Occident contre l'Orient (I. IMBERCIADORI, Florence, 1951), tandis que DÉLÉAGE y trouve l'un des caractères propres à la civilisation méditerranéenne. Dans le Midi la fidélité au métayage ne s'est jamais démentie : cf. pour le Toulousain le bon travail de G. SICARD, *Mém. Acad. Législation*, 1957 (c. r. OURLIAC, *RHD*, 1958, p. 596).

Les glossateurs étudient le contrat (sur D., 19, 2, 25, 6) et BARTOLE y voit une « quasi-société ».

Le CHEPTEL apparaît comme un contrat capitaliste. Raymond de PEÑA-FORT condamne le cheptel de fer qui est trop désavantageux pour le fermier. Le contrat a été étudié pour Tournai par Léo VERRIEST, *Revue du Nord*, 1946, p. 267-297, pour la Bourgogne par P. MASSON, *MSDB*, 1935, p. 77-140 ; pour le Forez et le Beaujolais par E. FOURNIAL, *Bull. La Diana*, t. 30, p. 10, pour le Béarn dans la remarquable thèse de Pierre LUC, *Vie rurale et pratique juridique*, 1943, p. 106-121. Dans tout le Sud-Ouest la *gazailhe* (parfois *parceria*) est considérée comme une société ou une commandite : on concède souvent un cheptel, âne ou mulet, à un commerçant ; la moitié du profit sera pour le propriétaire de l'animal : G. SICARD, *L'usure en milieu rural* : notes sur le bail à cheptel, *Etudes... Le Bras*, p. 1395-1405.

Sur le COMPLANT, pour la France, Roger GRAND, *Le contrat de complant*, 1917 ; pour l'Italie, Silvio PIVANO, *I contratti agrari*, 1904, et, surtout, P. S. LEICHT, *Studi Luzzato*, t. I, 1950 ; *Studi P. de Francisci*, t. IV, 1956 ; *Studi sulla proprietà fondiaria*, Milan, 1964 ; pour l'Espagne, Cl. SANCHEZ-ALBORNOZ, dans *Cuadernos de Hist. de España*, Buenos-Aires, 1948, p. 142-179 ; R. GIBERT, *La complantatio en el derecho med. esp.*, dans *AHDE*, 1953, p. 737-767 ; le contrat peut être mis en rapport avec les pratiques provinciales du Bas-Empire, mais il paraît aussi — au moins en Espagne — être lié au repeuplement et à la reconquête.

Sur le CONTRAT DE TRAVAIL, la bibl. est immense : cf. ELLUL, II, p. 556 ; outre BOISSONADE (vieilli), E. COORNAERT, *Les corporations*, 1941 ; GATTI, *Il diritto penale del lavoro negli statuti*, 1937 (fort intéressant ; les statuts français mériteraient la même étude ; cf. M. CASTAING-SICARD, *Contrat de travail et louage d'ouvrage dans la vie toulousaine*, MSDE, 1958, p. 83-89) ; R. ZENO, *L'arruolamento (des marins)*, 1940 ; A. FANFANI, *Storia del lavoro*, 1943 ; LEICHT, *Operai, artigiani e agricoltori (VI^e-XVI^e siècle ; vues très générales)*, 1946. Très intéressantes notes de Marcel DAVID, *Etudes... Le Bras*, p. 1113-1130. Pour l'époque révolutionnaire, bonnes indications et bibl. dans GODECHOT, *Les institutions de la F. sous la Rév. et l'Empire*, 1951, p. 179 et 571.

SECTION III. — La société

I. — DROIT ROMAIN

[274] TYPOLOGIE. — La société est un contrat consensuel, synallagmatique parfait et de bonne foi, par lequel deux ou plusieurs personnes (*socii*) mettent en commun des biens ou tout ou partie de leur activité pour obtenir un avantage économique (cf. C. C., art. 1832). Impliquant la coopération plus que l'échange entre les contractants, la société tend à se confondre avec l'association (*collegium*). Comme dans notre droit actuel, le but lucratif de la première permet de la distinguer de la seconde, groupement désintéressé, même s'il existe une caisse commune. La différenciation n'a pas seulement une importance technique, le législateur romain ou moderne se méfie de l'association à laquelle il attribue des visées politiques ou sociales. La société doit être enfin distinguée de la copropriété, qu'elle soit volontaire ou non (indivision entre cohéritiers), cette dernière n'a pas le même but économique. Comme on l'a vu cependant, la société romaine a une origine à la fois familiale : maintien de l'indivision entre certains héritiers (*heredes sui : consortium*), et étrangère, tributaire qu'elle est de l'influence hellénique. Cette dualité explique la nature complexe du contrat de société et son importance très relative à Rome, alors qu'il occupe une place prépondérante dans notre droit commercial. Tant dans : 1) Ses caractères que dans : 2) Ses effets et dans : 3) Son extinction, la société est dominée par l'importance de l'*intuitus personae*.

[275] 1^o CARACTÈRES. — a) *Jus fraternitatis*. L'expression ne se trouve que dans un seul texte (D., 17, 2, 63, pr. : souvenir du *consortium*), mais le consentement qui est à l'origine du contrat a un caractère spécial. Les juristes romains parlent d'*animus societatis* (D., 17, 2, 44), d'*affectio societatis* (D., 17, 2, 31), et l'on peut rapprocher cette volonté de l'*affectio maritalis* exigée de façon continue dans le mariage.

b) *Apports communs*. Bien que consensuel, le contrat de société implique une réalisation d'apports (cf. C. C., art. 1843), et certains pensent qu'il a eu à l'origine un caractère réel (SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome*, Paris, 1947, p. 237 ; cf. D., 17, 2, 4, pr.). L'importance des apports est attestée par le fait qu'ils servent le plus souvent de critère aux différents types de société : 1) *Societas quaestus* (société de tous gains) qui est de droit commun : les gains qui résultent de l'activité professionnelle, à la différence des legs, donations, successions, profitent à tous (D., 17, 2, 7-9) ; 2) *Societas omnium bonorum* (société universelle) : tous les biens présents et à venir sont communs (D., 17, 2, 3) ; 3) *Societas alicujus negotiationis* (en vue d'une série d'opérations déterminées, bancaires par exemple : GAIUS, 3, 148) ; *Societas unius rei* (en vue d'une opération : achat ou mise en commun d'un terrain par exemple D., 17, 2, 52, 13). La mise en commun d'apports est sanctionnée par une action *pro socio* (en qualité d'associé), action unique, ce qui est en contradiction avec le caractère synallagmatique parfait du contrat, mais qui s'explique par sa nature spéciale : la société est à base de collaboration et non d'obligations réciproques. Les associés œuvrent dans l'intérêt commun.

c) *Intérêt commun*. En principe les bénéfices se partagent également, la clause contraire est admise et se justifie normalement par un apport différent des associés (D., 17, 2, 29, pr. ; cf. C. C., art. 1853, al. 1). La société léonine, dans laquelle un des associés, imitant le lion de la fable d'Esopé, prend pour lui seul la totalité des bénéfices, est prohibée (D., 17, 2, 29, 2 ; C. C., art. 1855, al. 1). Pour les autres associés, le contrat est en effet dépourvu de cause.

Les parts de bénéfice peuvent cependant être différentes, voire sans proportion avec les apports. Elles peuvent être fixées

par les associés ou ceux-ci peuvent s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers. Il est alors possible d'attaquer la décision de l'arbitre en cas d'injustice manifeste (D., 17, 2, 79). L'intérêt commun doit être enfin conforme à la loi et à la morale (D., 17, 2, 57).

[276] PERSONNALITÉ MORALE. — Les caractères du contrat de société, qui montrent à des degrés divers l'importance de l'*intuitus personae*, expliquent la répugnance dont les Romains font preuve pour reconnaître la personnalité juridique des sociétés. Celle-ci n'est admise qu'à titre exceptionnel, à raison de l'importance du capital et du nombre des associés, comme c'est le cas pour les sociétés de publicains qui afferment les impôts et soumissionnent à des adjudications de fournitures et de travaux publics. La personnalité morale de nos sociétés civiles modernes a commencé à être admise par la jurisprudence dès le XIX^e siècle. En droit commercial, les *associations en participation* gardent un caractère personnel exclusif de toute personnalité morale (C. com. art. 19 et 47 ss.).

[277] 2^o EFFETS. — Du caractère personnel du contrat de société découle la participation normale des *socii* à la gestion de l'affaire (D., 17, 2, 52, 12 et 15), ils en ont non seulement le droit mais l'obligation (cf. C. C., art. 1859 et son renouveau avec l'extension prise par l'utilisation collective de matériel agricole, LEPARGNEUR, *Traité de droit civil de Planiol et Ripert*, t. XI, p. 306 ss.). Normalement, les associés préciseront le rôle de chacun d'entre eux, mais ces clauses sont inopposables aux tiers. A la différence de notre droit moderne, l'associé propriétaire de sa part des biens communs, peut aliéner librement les biens sociaux jusqu'à concurrence de cette part (D., 12, 1, 16 ; 17, 2, 68, pr. ; *contra* C. C., art. 1860). Lorsque l'associé traite avec un tiers, il devient seul créancier ou débiteur, mais des exceptions (banquiers, armateurs, marchands d'esclaves : *jus gentium*) et certains procédés (utilisation d'un esclave de la société, *institor*, action *de in rem verso*) permettent de pallier les inconvénients qui résultent de l'absence de personnalité morale. Entre eux, les *socii* doivent mettre en commun gains et pertes conformément aux clauses du contrat (*communio lucri et damni* : D., 17, 2, 67, pr., 1 et 2). A l'époque classique, l'associé n'encourt qu'une responsabilité pour dol, antithèse de

la bonne foi toute particulière que l'on exige de lui. A la différence de ce qui est admis dans la vente et le louage, l'habileté n'est pas de mise dans les rapports entre *socii*, l'*affectio societatis* s'y oppose, comme elle s'oppose à ce que l'on reproche à un associé une simple faute non intentionnelle. Corrélativement, l'associé qui est condamné encourt l'infamie (GAIUS, 4, 182), mais jouit du bénéfice de compétence (D., 17, 2, 63, pr.). Il est contraire à la bonne foi exigée entre associés de ne pas reconnaître ses obligations sans l'intervention de la justice, en revanche le créancier doit faire preuve de mansuétude et n'obliger ses *socii* à s'exécuter que dans les limites de leurs ressources (*in quantum facere passunt*).

Dès l'époque classique, cependant, certains associés encourrent une responsabilité plus lourde à raison d'une habileté technique que les autres associés sont en droit d'escompter. Justinien posera en principe la responsabilité pour *culpa levis in concreto* (faute que l'on ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires), ce qui laisse à penser que le contrat de société tend à se voir reconnaître à l'époque byzantine un certain caractère commercial.

[278] 3^o EXTINCTION. — Association de personnes plus qu'entreprise commerciale, la société est dissoute par la mort ou la déconfiture de l'un des associés (GAIUS, 3, 152-154 ; C. C., art. 1865), par l'arrivée du terme fixé, par la réalisation du but prévu ou par l'impossibilité de le faire (disparition du fonds social : D., 17, 2, 63, 10). L'*affectio societatis* continu étant aussi nécessaire au maintien de la société que l'*affectio maritalis* l'est à celui du mariage, la société, comme ce dernier, peut se dissoudre par volonté unilatérale et la clause contraire est sans valeur (D., 17, 2, 14). Si l'adhésion permanente est de la nature du contrat personnel de société, la bonne foi exige que soit sanctionnée toute demande de dissolution inopportune ou frauduleuse (D., 17, 2, 65, 3 et 5 : C. C., art. 1870).

II. — ANCIEN DROIT.

[279] LES COMMUNAUTÉS FAMILIALES. — L'évolution peut être facilement comparée à celle du droit romain. A l'antique

consortium romain correspond la communauté franque. Il s'agit plus d'une indivision que d'une société et l'institution étroitement liée à la structure de la famille et de la propriété est étudiée avec celles-ci (cf. t. II et III).

Dès le Haut Moyen Age, la tendance à l'association est certaine ; et même quand l'association est volontaire, elle est constituée sur le type d'une société familiale ; les associés sont des frères ; le contrat sera appelé (en Provence notamment) un affrèment ; il s'agira d'une communauté universelle impliquant une solidarité des créances et des dettes.

L'esprit ne change guère quand on passe à des sociétés particulières concernant un fonds de terre (métayage), un troupeau (cheptel), ou même une boutique.

[280] LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES. — Le grand commerce allait poser d'autres problèmes. Le trafic terrestre et maritime suscite — dès le x^e siècle — de nouvelles créations.

a) La *commandite unilatérale* est considérée par BARTOLE comme un mandat ou un dépôt ; mais dans la *commandite bilatérale*, *collegantia*, « société de mer », les associés — commanditaire et commerçant ou capitaine — sont associés dans les profits et dans les pertes. Cette responsabilité est limitée à l'apport et au travail.

b) La société de terre ou *compagnie*, est parfois limitée à une affaire ; il est question d'une « bourse commune » qui est un embryon de personnalité, de *nomen* ou raison sociale ; enfin l'*affectio societatis* est fortement affirmée comme un « droit de fraternité » (AZON et ACCURSE sur D., 17, 2, 29). L'analyse correspond bien à la vérité : les sociétés ont toujours un caractère familial très marqué. Les nécessités de la gestion imposent de donner mandat à un gérant, mais les associés paraissent collectivement responsables.

Les sociétés italiennes ont été particulièrement étudiées ; la France marque un certain retard : à Toulouse, à Montpellier, à Perpignan, les formes paraissent plus rudimentaires. Les associés sont peu nombreux et les apports assez minimes. Pourtant, dès le XIII^e siècle, un Toulousain est à la tête d'une société de marchands approvisionnant l'Angleterre en vins (PIRENNE, *Ann. hist. éc. et soc.*, 1933, p. 240). En Saintonge, dès le XII^e siècle,

on trouve associés des moines et des armateurs de navires.

c) En Italie existent dès le XII^e siècle d'autres formes où l'on a voulu voir l'origine des *sociétés anonymes* : les « maones » génoises qui sont déjà des compagnies coloniales, les « compères » dont les associés perçoivent des revenus publics. En France, de très bonne heure, les mines, les salines, les moulins sont couramment exploités en indivis. Les seigneuries mêmes sont mises en pariage (cf. le pariage d'Andorre qui existe encore).

L'un des exemples les plus nets qui aient été fournis est celui des moulins du Bazacle à Toulouse : les *socii* sont mentionnés dès 1138 ; bientôt appelés pariers, ils agissent en justice les uns pour les autres ; ces pariers possèdent des fractions du moulin qui seront qualifiées d'« uchaux », et qu'ils cèdent librement. Au milieu du XIV^e siècle l'évolution est très nette : la société en est venue à être une véritable personne juridique ; il existe une volonté sociale qui est celle de la majorité ; un patrimoine distinct de celui des associés, seul engagé par l'activité de la société ; les uchaux sont matérialisés dans des titres négociables et l'évolution de leurs cours peut être suivie.

BEAUMANOIR (n^{os} 625, 645) comprend, sous le terme commun de compagnie, les communautés taisibles, les sociétés entre marchands et la communauté conjugale. Mais l'analyse juridique va s'affirmer. Les canonistes et les théologiens réprouvent toute société léonine et répètent que le *jus fraternitatis* est caractéristique de la société. Romanistes et canonistes vont dégager l'idée que la société est une *universitas* ; c'est dire qu'elle est distincte de ceux qui la composent. Il s'agit encore pour les glossateurs d'un *corpus* qui persiste malgré les changements de personnes ; mais les canonistes vont parler nettement d'une personne, personne fictive, « car elle n'a pas d'âme ». BALDE parlera de « corps mystique » (ce qui n'est pas sans rappeler la scolastique) et il distinguera nettement le patrimoine social du patrimoine propre des associés.

[281] VERS LE DROIT MODERNE. — Au XVI^e siècle, en Angleterre et en Hollande notamment, les sociétés anonymes sont en plein développement (Compagnies des Indes). Avec Colbert, les sociétés françaises prennent un premier essor. Le grand commerce, mais aussi les canaux, les mines sont désormais

exploités par des sociétés privilégiées, dotées de chartes royales, ou par des sociétés privées. Toutes sont des personnes juridiques, des « corps », qui doivent pour se créer obtenir une autorisation du roi.

Elles suscitent peu l'intérêt des juristes et sont régies par leurs statuts et par la coutume commerciale. DAGUESSEAU écrira un mémoire sur le commerce des actions, œuvre de circonstance dirigée contre le système de Law. Les droits de l'actionnaire (créancier ou copropriétaire), la nature des actions (meubles ou immeubles) ne sont pas dégagés : incertitudes qui se retrouveront lors de la rédaction des codes napoléoniens.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

Sur les associations, v. ELLUL, I, p. 451, 511 et *passim*. Sur l'indivision, v. J. GAUDEMET, *Régime juridique de l'indivision*, thèse, Strasbourg, 1934. Outre le problème des origines, considérablement éclairci par la découverte du nouveau fragment de GAIUS (ARANGIO-RUIZ, *PSI*, n° 1182 ; H. LÉVY-BRUHL, Le consortium artificiel du nouveau Gaius, dans *Atti del IV congresso di Papirologia*, 1936, p. 293 ss. ; PRINGSHEIM, Das Basiliken Scholien zu *ercto non cito*, dans *BIDR*, 1937, p. 415 ss.), l'évolution de la responsabilité des associés soulève un certain nombre de difficultés. V. en dernier lieu SZLECHTER, *ouvr. cit.*, p. 281 ss. ; ARANGIO-RUIZ, *La societa in diritto romano*, Naples, 1950, p. 188 ss.

La permanence de l'*affectio societatis*, admise notamment par SALVADORE, *Affectio societatis*, dans *RDC*, 1911, p. 691 ss. ; MONIER, II, p. 181 ; KASER, p. 479 ; BIONDI, p. 493, est rejetée par ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 67 ss. Sur le bénéfice de compétence voir une mise au point de la controverse dans MONIER, II, p. 179, n. 4. L'extinction par arrivée du terme est niée par VAN OVEN, *Societas in tempus coita*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, II, p. 453 ss. Pour une optique comparative, v. P. STEIN, *The Mutual Agency of Partners in the Civil Law*, dans *Tulane Law Review*, 1959, p. 595 ss.

Les sociétés de publicains ressemblent à nos modernes sociétés par actions. Le capital social est divisé en parts cessibles dont la valeur est fonction des événements et des fluctuations financières comme nos actions cotées en Bourse. V. ARIAS BONET, *Societas publicanorum*, dans *AHDE*, 1948, p. 218 ss., 1949, p. 287 ss. ; ELGUERA, *Naturaleza jurídica de las societas vectigalium en la época clásica*, dans *RSADR*, 1954, p. 31 ss. Les sources papyrologiques fournissent sur la société d'importants renseignements. V. STEINWENTER, *Aus dem Gesellschaftsrechte der Papyri*, dans *Studi Riccobono*, t. I, p. 487 ss. ; TAUBENSCHLAG, *The Law of greco-roman Egypt*, p. 388 ss.

ANCIEN DROIT

Sur les sociétés commerciales, entre beaucoup d'autres, on peut consulter pour l'Italie, CESSI, dans *Riv. Ital. sci. Giur.*, 1917 ; ASTUTI, *Origine... della commenda*, A. SAPORI, *Il comm. int. nel M. E.*, 1938, A. LOMBARDO, *Nota sul diritto comm. Veneziano*, 1940. De SAPORI une étude très suggestive, *Una compagnia di Calimala*, 1932, et le précieux livre *Le marchand italien au M. A.* ; *Conférences et bibliographies*. Sur les institutions de la mer du Nord, cf. Eugenia W. HERBERT, *Alcune istituzioni comm. anseatiche*, dans *Riv. ital. storia diritto*, 1955, p. 169, et surtout Basilio CIALDEA, *La formazione dell'ordinamento marittimo*, 2 vol., 1959 (qui étudie la « systématisation » du droit de la mer).

D'Yves RENOARD, il faut retenir outre son ouvrage fondamental sur *Les relations des Papes d'Avignon et des compagnies commerciales et bancaires* (1941), les précieuses *Recherches sur les compagnies commerciales et bancaires* (1942) et *Les hommes d'affaire italiens au Moyen Age* (1949). SAYOUS a traité la matière en de très nombreux articles dont il faut retenir : Les valeurs nominatives et leur trafic à Gênes au XIII^e siècle, dans c. r. *Acad. Inscriptions*, 1933, p. 215 ; La compera salis de Gênes, dans *Ann. hist. écon.*, 1932, p. 70.

Pour le droit français il n'est pas de meilleur guide que H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés commerciales aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1938 ; et *Un projet de code de commerce... Le projet Miromesnil*, 1932. Sur les moulins du Bazacle, l'étude claire et fouillée de Germain SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes : les moulins de Toulouse au M. A.*, 1953 dont la partie historique s'accompagne d'une fine analyse juridique. Sur la péninsule Ibérique : J. MARTINEZ GIJÓN, *La comenda en el derecho español*, *AHDE*, 1964, p. 31-140.

Sur la « personnalité juridique », RUFFINI, *La classificazione delle persone giur.* in Sinibaldo dei Fieschi (Innocent IV), dans *Scritti giur. minori*, II, 1936, p. 9, et indications dans P. GILLET, *La personnalité juridique en droit canonique*, thèse, Louvain, 1927 ; J. LAMMEYER, *Die jur. Personen der Kath. Kirche*, Paderborn, 1929 ; A. ROTA, *Archivio giuridico*, 1956, p. 67, et, surtout, R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations*, *TR*, 1956, p. 381-448. Cf. également W. ULLMANN, *The delictal responsibility of medieval corporations*, *The Law Quart. Review*, 1948, p. 77.

SECTION IV. — Le mandat

I. — DROIT ROMAIN

Le mandat est un contrat par lequel un *mandator* (mandant) charge une autre personne (mandataire) d'accomplir, en son lieu et place, un acte déterminé.

[282] LE SERVICE D'AMI. — Comme la société, le mandat est conclu *intuitu personae*. Les obligations des parties sont sanc-

tionnées par une action (*mandati*) infamante (D., 3, 2, 1) : la bonne foi exigée est donc particulièrement stricte ; la stabilité du contrat est relativement précaire étant donnée la confiance mutuelle qui doit régner entre les parties. La mort, la volonté unilatérale sans fraude ni dol mettent fin au contrat (GAIUS, 3, 158 ss.), au même titre que l'exécution de la mission ou l'arrivée du terme. L'origine du mandat renforce encore l'*intuitus personae*, il existe traditionnellement des liens d'amitié entre les contractants, de ce fait la gratuité est de l'essence du contrat (D., 17, 1, 1, 4). Service d'ami, le mandat, sous l'empire des nécessités pratiques, va se trouver transformé dans certains cas en procédé technique.

[283] LE PROCÉDÉ TECHNIQUE. — En principe, le mandataire s'acquitte de sa mission grâce au procédé de la représentation imparfaite (v. n° 120). Sous le Haut-Empire, le juriste PAPINIEN fait parfois jouer la représentation parfaite en transposant les règles admises en matière commerciale (*actio quasi institoria* ou *utilis ad exemplum institoriae actionis* : D., 14, 3, 19, pr. ; 19, 1, 13, 25). La représentation, sans être de l'essence du mandat, lui permet de produire normalement ses effets. Notre Code civil, art. 1984, n'en confond pas moins le contrat de mandat et la technique qui permet de l'exécuter (cf. Jurisprudence, Req., 13 novembre 1934. *Contra* : la doctrine qui constate l'existence de mandats sans représentation parfaite : *prête-nom* en droit civil, *commission* en droit commercial. V. R. SAVATIER, *Traité pratique...*, t. XI, p. 851 ss.). Non seulement le procédé utilisé pour réaliser le mandat se perfectionne, mais les nécessités du crédit vont étendre le domaine d'application du contrat. Qu'il s'agisse du *mandatum pecuniae credendae* ou de la *procuratio in rem suam* (v. n° 214), l'altération du contrat type est la même : le mandat est donné dans l'intérêt d'un tiers et non pas du mandant (au contraire le mandat donné dans l'intérêt exclusif du mandataire n'est qu'un simple conseil : GAIUS, 3, 156).

Au cours de l'époque classique, les missions du mandataire deviennent d'une extrême variété. Habituellement, il accomplira un acte juridique (vente, défense à un procès) mais, contrairement à notre droit moderne, il pourra faire des actes quel-

conques, notamment ceux qui constituent l'administration d'un patrimoine. La distinction entre le mandat et le louage d'ouvrage ou de services n'en est que plus délicate. En droit romain, le critère doit être recherché non pas dans l'objet du contrat mais dans sa gratuité (GAIUS, 3, 162), mais c'est là un principe qui va recevoir des exceptions ; de plus en plus le mandat revêt un caractère complexe.

[284] DUALITÉ DE CONCEPTIONS. — 1) Sous le Haut-Empire, tout en conservant le principe de la gratuité, les Romains reconnaissent l'existence d'un mandat salarié (C., 4, 35, 1, de CARACALLA ; cf. C. C., art. 1986). Les parties peuvent prévoir le versement d'honoraires (*merces* dans le louage) soumis aussi largement que de nos jours à un contrôle de la justice (R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 925 et 928). Pour des raisons d'équité, pour éviter une lésion, le magistrat peut réduire le montant des honoraires ou même en décider le versement si les parties ne l'ont pas prévu (D., 50, 13, 1). Le magistrat n'a aucun scrupule à s'inspirer librement des principes de justice commutative car le mandat, à la différence du louage, n'a aucun caractère économique, le mandataire n'entend pas réaliser un gain ou faire une bonne affaire.

2) En corrélation avec l'indemnité qui peut être accordée au mandataire, la responsabilité de ce dernier est accrue : à son dol (*Coll. leg.*, 10, 2, 3), on proposait, déjà à l'époque classique, de substituer sa faute (D., 17, 1, 8, 10), et cette solution sera généralisée au Bas-Empire (C., 4, 35, 11, de 293).

3) En revanche, alors que le mandataire devait à l'origine remplir scrupuleusement sa mission, on se montre plus libéral sous le Haut-Empire. A cette époque, certains estiment encore qu'un mandataire qui a traité avec un tiers pour un prix supérieur à celui fixé par le mandant ne peut obliger ce dernier à verser la somme prévue à charge pour le mandataire de la compléter. Le mandant reste libre de ratifier ou non l'opération (Opinion des Sabiniens : GAIUS, 3, 161). Les considérations d'équité l'emporteront sur des scrupules surannés et la solution inverse sera généralisée au Bas-Empire (I, 3, 26, 8).

II. — ANCIEN DROIT

[285] EVOLUTION DU MANDAT. — La technique du mandat est inséparable de celle de la représentation (n° 122). Quant à l'histoire du contrat, elle révèle, pour l'ancien droit, la même évolution qu'en droit romain :

1° Le formalisme du droit franc ne permet pas au mandataire de prendre la place du mandant tandis que la structure de la société répugne à l'institution. Dans la famille, l'institution du *mundium* donne aux personnes en puissance un protecteur qui agit d'ailleurs en son propre nom. Pour les actes de la vie courante, on recourt, à l'époque féodale, à des expédients divers : exécuteur testamentaire, pratique des communautés familiales, intervention d'un membre de la famille (BEAUMANOIR, n° 1004) ou d'un moine au nom du monastère (X, 3, 35, 6), d'un tiers qui promet de céder le marché conclu, en droit anglais d'un *trustee* qui agit *ad opus* (*use*).

Hors de ce domaine, on peut trouver, dès l'époque franque quelques exemples de mandat. Les formules (*Form. Andec.*, 48, 51) donnent le modèle d'une *rogatio* permettant à un mandataire, sans doute un « puissant », de poursuivre au nom d'autrui le remboursement d'un prêt ou la restitution d'un esclave fugitif. On confie à un intendant ou régisseur le « gouvernement » d'un domaine (*Lex Curiensis*, IV, 35) et de là on en vient normalement à l'institution d'un prévôt, bayle ou sergent royal ou seigneurial. On peut noter que le mandat n'a plus rien du contrat ; il est un commandement, un ordre, *rogatio*, *preceptum* ; il se rapproche parfois du louage (n° 270).

2° La renaissance romaine va marquer l'extension du mandat, mais aussi faire perdre souvent au contrat ses caractères propres.

Pendant tout le Moyen Age les individus comme les collectivités agissent par procureur. On se marie par procureur ; on envoie un procureur siéger à sa place aux États, ou, pour un évêque, au Concile provincial ; un bénéficiaire prend possession par procureur. Il y a des procurateurs ou mandataires de tout degré, depuis le *procurator ad unam causam*, jusqu'au procureur général investi d'un mandat général.

[286] TECHNIQUE ROMAINE ET PRATIQUES NOUVELLES. — A toutes ces situations, les romanistes et les décrétalistes vont appliquer les solutions romaines ; sur quelques points cependant on doit noter des hésitations qui paraissent bien avoir été accentuées par la pratique des derniers siècles :

1^o On admet difficilement la responsabilité du mandataire pour les pertes fortuites ; en fin de compte on distingue du mandataire ordinaire celui qui s'est fait en quelque sorte assureur de l'opération et a pris sur lui la responsabilité de l'opération, qui est le *du croire* (*del credere* ; cf. CUJAS, lib. 32 sur l. 22 *Mandati*).

2^o On regarde la gratuité comme de l'essence du mandat ; toute convention concernant le salaire du représentant transforme l'opération en louage de services (POTHIER, n^o 22) ; ainsi en est-il des médecins ou des avocats qui peuvent réclamer des honoraires par une action *in factum*. Pour les professeurs, ils reçoivent une « conduite » (*conducta*) qui fixe leur salaire (cf. n^o 273).

3^o On remarque une tendance à limiter les pouvoirs du mandataire : le mandat *cum libera*, pouvoir d'administrer qui comportait celui d'aliéner est rejeté par DUAREN et DONEAU ; le pouvoir de transiger est refusé au mandataire ; le mandant doit être consulté toutes les fois que la chose est possible (POTHIER, n^o 155) ; enfin les rédacteurs du Code civil (comme ses premiers commentateurs) marqueront une hostilité très nette au mandat tacite.

Le droit commercial fera un fréquent usage du mandat dont il admettra plus largement l'interprétation et la preuve (CASAREGIS, disc. 175, 198). Mentionnons :

a) La *commission*, proche de l'*aestimatum* romain et du contrat estimatoire moderne, qui est analysée comme un mandat *ad vendendum* et déjà connue de la *Lex Curiensis* (24, 3) ;

b) Le *courtage* accompli par un *mediator*, *curatorius*, *sprochanus* officiel (courtier) ou officieux (hôte), soumis le plus souvent à un contrôle corporatif rigide ;

c) La *commandite simple* dans laquelle le commanditaire avance à un marchand itinérant le capital nécessaire à un voyage ou à une affaire et qui est tour à tour analysée comme une société, un louage ou un mandat.

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Rome, 1949. Contrat *consensuel*, le mandat peut être tacite ou même en droit byzantin présumé. Sur la différence entre les deux origines, v. DONATUTI, *Mandatum praesumptum*, dans *Studi Albertoni*, t. I, 1933, p. 369 ss. La ratification des actes passés par un tiers équivaut à un mandat : *ratihabitio mandato comparatur* (D., 46, 3, 12, 4 ; 50, 17, 60). V. COSENTINI, *Ratihabitio mandato comparatur*, dans *AUCT*, 1947, p. 240 ss.

En faveur du principe de la gratuité fondamentale du mandat, v. A. WATSON, *Contract of mandate in Roman Law*, Oxford, 1961. Mais la gratuité du mandat a dû être assez mal observée dans la pratique et le droit entérine un état de fait en le sanctionnant grâce à la procédure extraordinaire. Admis d'abord sous le couvert de remboursement de dépenses, les honoraires deviendront des indemnités accordées pour le travail accompli (D., 17, 1, 7). La différence entre un entrepreneur et un mandataire peut être affaire d'espèce ou de profession. V. BERNARD, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris, 1935 ; cf. pour le droit moderne, J. SAVATIER, *Les professions libérales*, thèse, Poitiers, 1947 ; DUMONT, La gratuité du mandat en droit romain, dans *Studi Arangio-Ruiz*, II, 1952, p. 307 ss., qui relève le caractère irrationnel d'un principe conservé par notre Code civil, à la différence notamment du C. C. italien, art. 1709. La responsabilité du mandataire à raison de sa faute, préconisée déjà par ULPYEN (D., 17, 1, 8, 10 ; 50, 17, 23), est généralement considérée comme interpolée, v. SACHERS, *Zur Lehre der Haftung des Mandatars*, dans *ZSS*, 1939, p. 432 ss.

Sur les obligations du mandataire, v. KADEN, Des pertes fortuites du mandataire, dans *Mélanges Sauser-Hall*, Neuchâtel, 1954, p. 19 ss. ; PRINGSHEIM, *Noch einmal Gai. 3, 161*, dans *ZSS*, 1955, p. 54 ss.

Les obligations des contractants sont sanctionnées par une *actio mandati*, action sans doute unique à l'origine, comme l'*actio pro socio*, subdivisée ensuite en une action directe et contraire (v. MONIER, II, p. 183).

On trouvera une très pertinente application de la méthode sociologique aux recherches de papyrologie juridique dans J. MODRZEJEWSKI, Le mandat dans la pratique provinciale à la lumière des lettres privées grecques d'Égypte, *RHD*, 1959, p. 465.

ANCIEN DROIT

La théorie du mandat a été utilisée par le droit canonique : P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique*, 1964, en donne un excellent exemple (cf. LE BRAS, *RHD*, 1963, p. 110). La pénétration du droit romain dans la doctrine coutumière (et la pauvreté de celle-ci) sont étudiées par Françoise CAGNINACCI, Nancy, 1962. Sur *Les origines du vicaire général*, assimilé à un *procurator*, Ed. FOURNIER, 1922. Sur *Les pertes fortuites du mandataire*, quelques indications sur l'ancien droit dans KADEN, *Mélanges Sauser-Hall*, p. 22.

Sur les mandats commerciaux, outre les ouvrages généraux cités p. 308 : BESTA, I mediatores, dans *Riv. legisl. comp.*, 1906 ; LEICHT, *Mediatores e arbitri*, 1912 ; VAN HOUTTE, Les courtiers, *RHD*, 1936, p. 126 ; M. MOLLAT, Les hôtes et les courtiers dans les ports normands, dans *RHD*, 1946-47, p. 49 ; G. SAUTEL, *L'histoire du contrat de commission*, 1949. Parmi les nombreux travaux sur la commandite on peut retenir, ASTUTI, *Origine et svolg. della commenda*, 1934 ; P. VACCARI, *Accomendacio e societas*, dans *Riv. storia del diritto*, 1953-54, p. 85.

SECTION V. — Les contrats innomés

[287] FONDAMENT. — « Et cependant il existe une prestation », observe le jurisconsulte ARISTON en examinant une convention non sanctionnée par le droit civil et cependant exécutée par l'une des parties (D., 2, 14, 7, 2). Cette constatation de bon sens est à la base de tous les contrats innomés. Toute convention synallagmatique qui a été exécutée par l'une des parties donne naissance à un contrat. Ce dernier engendre des obligations réciproques : 1) Exécution de la contre-prestation, par l'autre partie ; 2) Obligation de garantie (vices, éviction) à la charge de celui qui a déjà exécuté.

Si le fondement de la nouvelle catégorie de contrats apparaît essentiellement pragmatique (v. n° 27), et par là même peu suspect d'interpolation, il n'en va pas de même de sa classification dont le caractère est nettement doctrinal et qui est vraisemblablement l'œuvre des professeurs de l'École de Droit de Beyrouth. Partant des cas d'espèce dégagés par les classiques, les Byzantins ont construit une théorie générale unitaire du contrat innomé et mis au point les moyens de procédure pour le sanctionner. Quatre types sont distingués par la doctrine en fonction du double objet des contrats : *dare* ou *facere* (D., 19, 5, 5, 1).

[288] 1^o THÉORIE GÉNÉRALE. — 1) *Do ut des* ; 2) *Do ut facias* ; 3) *Facio ut des* ; 4) *Facio ut facias*.

1) *Do ut des* : transfert de la propriété d'une chose en vue d'obtenir le transfert de la propriété d'une autre chose.

L'échange (permutatio), principal contrat innomé, fait partie de cette catégorie. Logiquement à l'origine de la vente, juridiquement confondu avec elle pendant une partie de l'époque

classique, l'échange suit les mêmes règles que la vente en matière de vices cachés (D., 19, 4, 2). Mais il existe entre les deux contrats d'importantes divergences qui tiennent : 1) Tant à leur mode de formation ; 2) Qu'à leur économie.

1) Alors que la vente se forme par simple accord de volontés, l'échange requiert en plus la remise d'une chose (D., 19, 4, 1, 2 ; *contra* C. C., art. 1703, conformément à la transformation de notre ancien droit : POTHIER, *Vente*, n° 621). Seul dans la vente, l'acheteur est tenu de transférer la *propriété* du prix, une telle obligation existe à la charge des deux parties dans l'échange. Si l'on transfère la chose d'autrui le contrat est nul (D., 19, 4, 1, 3 ; cf. C. C., art. 1704). Le caractère synallagmatique du contrat est dès lors plus marqué dans l'échange que dans la vente. En cas d'éviction, le coéchangiste a le choix entre l'action en résolution ou une demande en dommages-intérêts (C., 4, 34, 1 ; cf. C. C., art. 1705, qui suit POTHIER, *Vente*, n° 624). Si l'autre partie refuse d'exécuter, le cocontractant a le choix entre une action en résolution du contrat qu'il a exécuté et une action en exécution de la contre-prestation, qui aboutira le plus souvent à une condamnation à des dommages-intérêts (D., 19, 5, 5, 1).

2) L'échange, enfin, ne peut s'identifier à la vente car il est impossible de savoir qui des coéchangistes est le vendeur ou l'acheteur (D., 21, 1, 19, 5). La lésion ne peut, dès lors, s'appliquer et la théorie des risques doit être transposée. Dans le dernier état du droit romain, on décide que les risques sont à la charge du créancier, c'est-à-dire de celui qui a exécuté le premier, dans la vente la réciprocité ne joue pas en matière de risques, l'acheteur est seul à les supporter.

Rentrent également dans la catégorie des contrats innomés *do ut des* : a) Le partage, qui, à la différence du droit moderne, a un effet non pas déclaratif mais translatif de propriété ; b) Certains contrats unilatéraux, les Byzantins ne limitant pas la classification aux seules conventions synallagmatiques : pacte adjoint à une donation ou à une constitution de dot et prévoyant une obligation éventuelle de restituer au donateur ou au constituant.

2) *Do ut facias* : Je transfère la propriété d'une chose afin que tu exécutes une prestation.

L'exemple le plus typique est celui de la donation avec charge (*sub modo* ou *ea lege* : C., 8, 53, 9, de 293).

3) *Facio ut des* : J'accomplis une prestation pour que tu me transfères la propriété d'une chose. Ce sera, notamment, le cas avec le contrat d'*aestimatum* : un fabricant ou marchand en gros remet des marchandises estimées à un revendeur ou colporteur pour qu'il les vende. Si les marchandises ont été vendues, le marchand en gros recevra le prix auquel elles ont été estimées. La différence entre l'estimation et le prix de vente constitue le bénéfice du revendeur mais l'estimation met les risques à sa charge (D., 19, 3, 1, 1). Si les marchandises n'ont pas été vendues en tout ou en partie, il y a pour le tout ou pour partie contrat du type : *facio ut facias*.

4) *Facio ut facias*. — J'exécute une prestation pour que tu en accomplisses une autre. Dans le cas de l'*aestimatum* le marchand en gros a le droit de reprendre les objets invendus.

La transaction fait habituellement partie de cette catégorie : c'est le contrat par lequel chaque partie renonce à un droit contesté contre la promesse d'un équivalent (D., 2, 15, 1 ; cf. C. C., art. 2044). En droit byzantin il semble qu'une notion plus large soit admise : la transaction peut avoir pour objet non pas seulement une incertitude résultant d'un litige au moins éventuel, mais une quelconque incertitude (*Basil.*, 11, 2, 1, 1, et les scholies ; cf. B. G. B., art. 779).

Le *précaire* fait partie des contrats unilatéraux assimilés par les Byzantins aux contrats innomés. A son origine, qui est très ancienne, il s'agit d'une concession de terres à titre gratuit, révocable, simple rapport de fait extérieur au domaine contractuel (v. BIONDI, p. 502 ss.). Au Bas-Empire, c'est un contrat qui fait naître à la charge de celui qui reçoit la chose (*précariste*) l'obligation de la restituer.

[289] 2^o SANCTIONS. — Elles sont de deux sortes : 1) Action en exécution ; 2) Action en résolution. Pour les contrats unilatéraux l'action en résolution joue comme action en exécution.

1) L'action en exécution, *actio praescriptis verbis*, qui est de bonne foi, permet d'obtenir une indemnité qui représente l'intérêt qu'avait le demandeur à obtenir la contre-prestation (D., 19, 5, 5, 1, *itp.*). Action générale, elle englobe toutes les

procédures particulières que les juristes classiques avaient pu utiliser. Cette synthèse est l'aboutissement de l'effort doctrinal entrepris par le droit byzantin.

2) Il existe deux actions en résolution : a) Une *condictio ob rem dati* (de ce qui a été donné pour une chose) encore appelée *causa data causa non secuta* (une prestation ayant été effectuée une prestation n'ayant pas suivi). On peut, grâce à cette procédure, obtenir restitution de ce qui a été livré ou versement d'une indemnité qui représente l'intérêt qu'avait le demandeur à ne pas exécuter la prestation (D., 19, 5, 5, 5). Dans le dernier état du droit romain, si la chose vient à périr par cas fortuit, les risques étant à la charge du créancier, c'est-à-dire de celui qui a exécuté le premier, il ne peut y avoir pas plus d'action en résolution que d'action en exécution (v. *infra*) ; b) Une *condictio propter poenitentiam* (en raison du regret) qui reflète l'insécurité économique et sociale du Bas-Empire (v. n° 49). Elle permet la résolution unilatérale du contrat, régulièrement formé par l'exécution d'une prestation, à condition que la contre-prestation n'ait pas été accomplie (D., 12, 4, 3, 2 ; 12, 4, 5, pr. et 1).

[290] L'ANCIEN DROIT. — Avec la renaissance romaine, on retrouve la catégorie des contrats innomés (*Brachylogus*, III, 3) de même que la *condictio*. Mais la distinction n'avait plus son sens ancien à raison de la portée reconnue au pacte : tout au plus reconnaissait-on au contrat innomé une « débilité » particulière au moins tant qu'il n'avait pas été exécuté de part et d'autre (BARTOLE) ; d'où la possibilité de la *poenitentia* qui est en somme l'« anéantissement du contrat par la volonté d'une seule partie » et qui demeure possible tant que le contrat n'a pas reçu son entière exécution (G. BOYER, p. 311). On ajoute, il est vrai, que les contrats innomés sont la règle et les contrats nommés l'exception.

Les glossateurs vont surtout user de l'analyse romaine pour approfondir la notion de contrat commutatif (ou synallagmatique) et les effets spéciaux à ces contrats : les théories de la cause, de la condition, comme celle de la résolution.

On continuera à parler de contrats innomés jusqu'au XVIII^e siècle mais simplement pour marquer le rôle désormais

dévolu à la volonté des parties. L'article 1107 en disant que les contrats sont soumis aux mêmes règles « soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas » reprend la même idée.

ÉTAT DES QUESTIONS

CONTRATS INNOMÉS. TERMINOLOGIE. — L'expression en grec de contrat innomé n'apparaît que très tard, fin v^e ou début vi^e siècle, et de façon occasionnelle, elle sera généralisée au Moyen Age. Les Romains utilisent déjà le terme *nova negotia* et les Byzantins en vulgarisent l'emploi. En revanche la sanction du contrat est déjà désignée en droit byzantin par l'expression *actio praescriptis verbis* (action qui comporte des paroles en tête de la formule délivrée par le magistrat pour sanctionner le contrat innomé; cette formule nous est connue par une scholie des *Basiliques*, I, 560), mais on trouve encore dans les compilations de JUSTINIEN des termes vagues (*actio in factum*), contradictoires (*actio civilis in factum*) ou étranges (*actio civilis incerti*). La bibliographie est en la matière particulièrement abondante, v. KASER, I, p. 484, n. 2, et II, p. 303. L'étude fondamentale reste toujours celle de DE FRANCISCI, *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavie, 1913-1916. Le caractère de bonne foi de l'*actio praescriptis verbis* est discuté, v. MONIER, II, p. 193, qui le rejette quand il sanctionne un contrat unilatéral et s'identifie avec la *condictio certi* ou *incerti*. Sur les précédents de l'*actio praescriptis verbis*, v. A. E. GIFFARD, L'*actio civilis incerti* et le Synallagma (D. 2, 14, 7), dans *RHD*, 1957, p. 337 ss.

TRANSACTION. — La doctrine française et italienne adoptent la solution traditionnelle : la transaction a pour objet une *res dubia et litigiosa*. V. MONIER, LEPOINTE, p. 291 ; ARANGIO-RUIZ, p. 400 ; BIONDI, p. 503 ; *Contra* : KASER, p. 537, pour qui l'objet est une *Streit oder eine Ungewisheit* comme en droit allemand ; v. en droit comparé moderne L. BOYER, *La notion de transaction*, thèse, Toulouse, 1947, p. 16 ss. La transaction, jusqu'à la fin du Haut-Empire, n'était exécutoire que grâce à l'emploi de la stipulation. V. SOLLAZZI, *Transazione e stipulatio Aquiliana*, dans *SDHI*, 1939, p. 474 ; v. également PETERLONCO, *La trasazione nel diritto romano*, Milan, 1936 ; KASER, *PWRE*, v^o *transactio* ; RICCOBONO, *Le mie colpe*, dans *BIDR*, 1947, p. 38 ss.

PRÉCAIRE. — V. en dernier lieu E. LÉVY, *Vom röm. Precarium zur germ. Landleihe*, dans *ZSS*, 1948, p. 1 ss. Outre les exemples signalés, il existe de nombreuses opérations juridiques qui rentrent dans la catégorie des contrats innomés mais sont d'un emploi peu courant. V. VILLERS, *Remarques sur la promesse de récompense*, dans *RHD*, 1941, p. 28 ss. ; DÜLL, *Auslobung und Fund im antiken Recht*, dans *ZSS*, 1941, p. 19 ss.

Pour l'ANCIEN DROIT. — On peut trouver dans d'AMIA, *Arch. stor. ital.*, 1919, une étude sur la distinction des actions utiles et directes. La meilleure analyse des thèses des glossateurs est dans Georges BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, 1924. Au xvi^e siècle, FORCADEL, l'heureux rival de CUJAS, donne comme meilleur exemple du contrat innomé dans son *Cupido jurisconsultus* l'« amour vénal ».

CHAPITRE III

LES QUASI-CONTRATS

I. — DROIT ROMAIN

[291] Les obligations quasi contractuelles, à l'inverse des obligations contractuelles, ne naissent pas d'une convention. Elles leur ressemblent cependant, car elles ont le plus souvent à leur origine des actes volontaires et licites accompagnés d'un déplacement de valeur. Mais celui-ci n'est pas justifié par un rapport juridique préexistant, il manque à l'acte, pour devenir un contrat, une cause efficiente. Aussi, qu'il s'agisse de : 1) *Gestion d'affaires* ; ou 2) *D'enrichissement injuste*, c'est l'équité et non la volonté des parties qui engendre l'obligation.

§ 1. LA GESTION D'AFFAIRES (*negotiorum gestio*)

[292] Elle consiste dans l'activité de celui qui, sans mandat et normalement à l'insu de l'intéressé (*dominus negotii*), accomplit spontanément un acte dans l'intérêt d'autrui. Issue de la *procuratio* (v. n° 23), très voisine du mandat (I, 3, 27, 1 ; cf. POTHIER, *Appendice au traité du contrat de mandat* ; C. C., art. 1372, al. 2), la gestion d'affaires n'est devenue une technique autonome qu'au cours de l'époque classique. Sous l'Empire, elle constitue une catégorie juridique précise, tant : 1) Par ses conditions d'existence ; que 2) Par ses effets.

1) *Conditions*. — Technique exorbitante du droit commun, la *negotiorum gestio* se justifie par l'utilité qu'elle procure au géré (D., 3, 5, 9, 1 ; 3, 5, 26, pr. ; 44, pr.), elle s'explique par

l'intention d'obliger l'intéressé à rembourser les frais de gestion (D., 10, 3, 14, 1), ainsi que par la *contemplatio domini*, la prise en considération du propriétaire des biens que l'on gère. Toutefois l'erreur sur la personne ne fait pas obstacle à la gestion (je gère pour S. alors que je crois gérer pour T., seul S. est tenu envers moi : D., 3, 5, 5, 1), pas plus que la croyance en un mandat inexistant (D., 3, 5, 5, pr.). Il suffit, pour que l'intention du gérant soit efficace, que le géré ne s'oppose pas expressément à la gestion (D., 3, 5, 7, 3 ; 17, 1, 40). Pour mieux différencier la *negotiorum gestio* du mandat tacite, les juristes romains finirent par admettre que la gestion joue normalement à l'insu du *dominus negotii* (D., 44, 7, 5, pr. ; I., 3, 27, 1 ; contra C. C., art. 1372). Ce dernier, par son attitude en fin de gestion, peut atténuer le caractère extra-contractuel de l'opération, ce qui en modifie les effets.

[293] 2) *Effets*. La *negotiorum gestio* se rapproche plus ou moins du mandat selon que l'intéressé : a) Ratifie, ou b) Non, les actes du gérant.

a) *Rati enim habitio mandato comparatur* (D., 46, 3, 12, 4). Ulpien, par cette formule célèbre, montre qu'il y a analogie particulière, mais non identité, entre mandat et gestion. La ratification fait du gérant un mandataire dans la mesure où cela peut lui profiter mais le géré ne peut unilatéralement améliorer sa situation par rapport à celle du gérant. L'action de mandat, qui est infamante, ne pourra donc être intentée par le géré (D., 3, 5, 5, 8 et 11 à 13). En revanche, comme dans le mandat, toutes les dépenses engagées par le gérant sont remboursées ; par son intervention le géré s'interdit d'arguer de leur inutilité et l'action de mandat peut être utilisée contre lui (D., 50, 17, 60). En droit moderne, la ratification fait jouer la représentation conventionnelle, ce qui rapproche encore la gestion du mandat. En droit romain, la représentation joue dans la mesure où elle est admise pour le mandat (le débiteur qui a payé au gérant est libéré comme s'il avait payé au géré : D., 46, 3, 58, pr. ; Cf. 46, 3, 34, 3).

b) La non-ratification du géré oblige le gérant à justifier de l'utilité de son intervention et fait peser sur lui une responsabilité plus lourde, du moins à l'époque classique, que celle

du mandataire. Tenu de son dol (D., 3, 5, 3, 9 : *interdum*) et de sa *culpa levis in abstracto* (Paul. Sent., 1, 4, 1 ; I, 3, 27, 1 ; cf. C. C., art. 1374 : gestion en *bon père de famille*), le gérant doit s'interdire tout éclectisme : il ne peut s'occuper de certaines affaires en laissant périliter les autres (D., 3, 5, 5, 14 ; cf. C. C., art. 1372), une fois la gestion commencée il doit la mener à terme et, à la différence du mandat, alors même que le géré viendrait à décéder (D., 3, 5, 20, 2 ; cf. C. C., art. 1372). Lors de la reddition de comptes, le gérant se fera rembourser les dépenses utiles, il devra transmettre au géré tous les droits qu'il a acquis. Comme le mandat, la gestion d'affaires est sanctionnée dans le dernier état du droit romain, par deux actions de bonne foi réciproques : *actio negotiorum gestorum directa* accordée au géré et *contraria* pour le gérant.

En dépit de sa très grande souplesse, la théorie de la gestion d'affaires ne peut s'appliquer dans tous les cas où une personne s'appauvrit au profit d'une autre en l'absence de tout lien contractuel. Les juristes romains, par le jeu des actions utiles, peuvent bien étendre le domaine d'application de la gestion (v. par exemple les cas de l'intervention sur mandat d'un tiers : D., 3, 5, 45), il leur est impossible de faire abstraction de la *contemplatio domini*. Le gérant doit avoir l'intention de sauvegarder les intérêts d'autrui. S'il n'est poussé que par son propre intérêt, ou par son intérêt et celui d'autrui (copropriété), il ne peut ensuite agir contre le géré en vertu de la *negotiorum gestio*, il n'a d'action qu'à raison de l'enrichissement procuré et ne peut se faire rembourser la totalité de ses dépenses (D., 3, 5, 5, 5). L'élément intentionnel est un critère décisif de distinction entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause.

§ 2. L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

[294] « Selon l'équité naturelle, nul ne doit s'enrichir injustement au détriment d'autrui » (POMPONIUS, D., 50, 17, 206 ; cf. du même juriste, 12, 6, 14 ; 23, 3, 6, 2). Simple pis-aller pour notre droit moderne, qui se méfie de l'ampleur que pourrait prendre un devoir moral transformé en règle juridique générale abstraite (v. RIPERT, *La règle morale*, p. 260 ss.), ce

principe n'a en droit romain que la valeur d'un précepte moral auquel les juristes byzantins sont cependant plus sensibles que leurs prédécesseurs.

I. — A l'époque classique, où l'habileté des parties est de mise, même dans les contrats de bonne foi, l'enrichissement sans cause n'a été sanctionné qu'occasionnellement et par une action de droit strict.

II. — Au Bas-Empire, pour des raisons d'équité et de doctrine, on s'efforce de construire une théorie générale en multipliant les cas d'espèce et en modifiant la classification ancienne.

I. — *Le droit classique.* — Les préoccupations de POMONIUS rejoignent celles d'ULPIEN (*suum cuique tribuere* : D., 1, 1, 10, 1) et de la plupart des jurisconsultes classiques, elles font partie d'un ensemble d'idées morales communes aux peuples de l'Antiquité, partie intégrante du *jus gentium*. Il y a loin de la théorie à la pratique. Il est significatif de constater que l'*in rem versum* (enrichissement) n'est sanctionné en tant que tel que dans un cas assez spécial. L'action de *in rem verso*, ressuscitée par notre droit moderne, était une procédure archaïque, qui n'existait même pas à l'état autonome, dépendante qu'elle était de l'action de *peculio* (I, 4, 7, 4). Le chef de famille, qui avait confié à une personne en sa puissance l'administration d'un pécule, était responsable : soit à concurrence de l'actif de ce pécule, soit en fonction de l'enrichissement qu'il avait retiré de l'acte accompli par son représentant. A l'époque classique, l'enrichissement sans cause est pris en considération dans une série de cas particuliers. Les plus importants sont sanctionnés par : 1° La *condictio indebiti*, la *condictio furtiva* (v. n° 363), la *condictio ob turpem vel injustam causam* (v. n° 133) ; et 2° La *condictio ob rem dati*.

[295] 1° LE PAIEMENT DE L'INDU. — Tout paiement suppose une obligation, il serait contraire à l'équité de ne pas pouvoir répéter ce qui a été payé indûment. La *condictio indebiti* permet de le faire (D., 12, 6, 6, pr. ; 12, 6, 47 et 57 ; cf. C. C., art. 1376). En droit romain, comme en droit moderne, pour qu'il y ait répétition il faut : a) Qu'il y ait paiement sous forme de transfert (*datio*, l'obligation naît *re*, et l'on ne peut répéter un fait) ; b) *Indu* (D., 12, 6, 65, 1 ss.), soit que l'obligation fût nulle *ab initio* ou déjà éteinte, soit que le paiement soit fait à un autre

qu'au créancier ou par un autre que le débiteur ou qu'il porte sur un objet autre que celui de l'obligation ; c) Il faut enfin qu'il y ait erreur, l'erreur de droit n'étant pas retenue. Celui qui paie en connaissance de cause est censé faire une donation (D., 50, 17, 53), à moins qu'il n'agisse comme gérant d'affaires.

A la différence de notre droit actuel, en droit romain : 1) Certaines actions croissent au double contre ceux qui nient (*actio ex testamento, actio iudicati...*, GAIUS, 3, 9) ; si la dette payée à tort est sanctionnée par l'une de ces actions la rigueur de la loi se manifeste sous une autre forme : la répétition est impossible ; 2) L'*accipiens* doit être de bonne foi sinon il commet un vol (D., 13, 1, 18 ; cf. C. C., art. 1370, qui en mettant le risque à la charge de l'*accipiens* de mauvaise foi le traite, au point de vue civil tout au moins, comme un voleur).

Celui qui a reçu l'indu est obligé de restituer tout le montant de son enrichissement même s'il dépasse l'appauvrissement du *solvens*. En revanche, si la chose a été aliénée ou a disparu, l'*accipiens*, qui en droit romain est par hypothèse toujours de bonne foi, doit restituer le prix ou ce qui reste de la chose (D., 12, 6, 65, 8 ; cf. C. C., art. 1379 et 1380).

[296] 2^o La *condictio ob rem dati* ou *causa data non secuta* est utilisée si la contre-prestation espérée fait défaut (action en résolution des contrats innomés, v. n^o 289), ou encore si l'obligation est annulée par suite de la défaillance d'une condition. La prestation que l'on se propose de répéter doit être une *datio*.

Dès l'époque classique, il existe, outre les quatre *condictiones* signalées, d'autres cas d'application de l'enrichissement injuste (v. notamment, D., 12, 1, 13 et 14 ; 44, 7, 24). Dès la fin de cette époque, également, les juristes romains s'efforcent de grouper les cas d'espèce sanctionnés. L'objet de la *condictio* (*condictiones* fondées sur une *datio* : *datio ob rem, datio ob causam*) permet souvent un rapprochement qu'interdit la source de l'obligation (V. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im Klass. röm. Recht*, p. 190 ss., qui cite : D., 12, 6, 65, pr. ; cf. D., 12, 5, 1, pr. ; 12, 6, 52).

[297] II. — LE DROIT BYZANTIN : SYNTHÈSE ET CLASSIFICATION.
— En dépit des tentatives et des réalisations de l'époque classi-

que, la théorie générale des *condictiones* date du Bas-Empire. Elle porte la marque de l'esprit byzantin et déborde de beaucoup le domaine des quasi-contrats. Comme pour les contrats innomés, les Byzantins s'efforcent de dégager une procédure générale. Des deux critères utilisés par leurs prédécesseurs pour différencier les *condictiones* : source de l'obligation, nature de l'objet de la demande, les Byzantins optent pour le second qui facilite la synthèse. L'opposition entre *condictio certi* et *condictio incerti*, selon que la restitution est réalisée par un transfert de propriété ou non, satisfait leur esprit méthodique. Sous le vocable de *condictio certi* on groupe : 1) La *condictio certae creditae pecuniae* (action en réclamation d'une somme d'argent précise) qui permet la répétition d'une somme d'argent certaine ou le paiement de la valeur de l'objet dû ; 2) La *condictio certae rei* (d'une chose précise), ou *condictio triticaria* (relative au blé) au Bas-Empire, utilisée pour réclamer la restitution d'une chose certaine.

La *condictio incerti* englobe les autres cas de répétition : notamment : 1) La *condictio furtiva* (ce qui est contraire à la solution classique : GAIUS, 4, 4), car celui qui détient la chose volée peut se libérer en restituant la possession ; 2) La *condictio incerti possessionis* (D., 12, 6, 15, 1, *itp.*) ; 3) La *condictio liberationis* en restitution de l'acte écrit (*cautio*) qui constate une dette (D., 44, 4, 5, 5, *itp.*). Le regroupement des *condictiones* en fonction de leur objet, s'accompagne d'une discrimination plus poussée de leurs sources. Les anciennes catégories sont conservées, mais la *condictio ob turpem causam* se sépare, dans le Code de Justinien, de la *condictio ob injustam causam*. Une *condictio sine causa* comble encore quelques lacunes dans l'application du principe d'enrichissement injuste (répétition d'un objet donné à titre d'arrhes par exemple).

En dépit des extensions il subsiste quelques cas où, précisément faute de rapport juridique entre les parties, l'enrichissement n'est pas sanctionné (D., 12, 6, 33).

Les remaniements des Byzantins ne sont donc pas purement formels, il y a eu au Bas-Empire un courant favorable au principe d'enrichissement injuste. Certains ont voulu voir une influence chrétienne dans ce mouvement qui nous paraît

surtout d'inspiration doctrinale (v. RICCOBONO, dans *RHD*, 1929, p. 57). Synthèse d'une part, analyse qui aboutit à la multiplication des actions de l'autre, le travail de la doctrine byzantine peut sembler contradictoire. Il traduit en réalité deux préoccupations différentes. La recherche d'actions générales répond à un besoin de méthode, à l'inverse, les nécessités pratiques exigent que les sources d'obligations nouvelles soient précisées et pour cela que les actions soient nommées.

II. — ANCIEN DROIT

[298] LA NOTION DE QUASI-CONTRAT. — La notion va réapparaître avec le droit justinien. Fugitive chez les prébolonais, elle est fondée par le *Brachylogus* sur l'équité ; et ce fondement même conduit à classer sous le nom de quasi-contrats des actions fort disparates (la pétition d'hérédité, par exemple, sous le prétexte qu'elle ne procède pas d'une convention).

Les glossateurs rattachent le quasi-contrat à la fois à la loi et à l'équité mais sans parvenir à donner une liste précise des actions quasi-contractuelles. Les Bartolistes font de même : ils en viennent à y faire entrer toutes les actions qui ne sont nées ni d'un contrat ni d'un délit (serment, action *judicati*, obligation aux legs de l'héritier) : le quasi-contrat existe quand le consentement n'est ni exprès, ni tacite, mais fictif. Au *xvi^e* siècle, l'idée sera reprise par les humanistes : la force du quasi-contrat vient de la loi qui présume le consentement à l'égard d'une des parties ou même des deux. DONEAU en vient à ramener le quasi-contrat à deux idées : l'administration des affaires d'autrui ou l'exécution des dernières volontés d'un défunt.

Quant aux auteurs coutumiers, il font écho aux théories savantes. POTHIER reste dans la même ligne en fondant sur « la loi seule ou l'équité naturelle » les faits qui « sans être des contrats et encore moins des délits, produisent des obligations comme en produisent les contrats » (n^o 114) : la liste qu'il donne montre bien qu'il met sur le même pied les cas où existe un consentement fictif (comme la gestion d'affaires), les simples faits créateurs d'obligation (comme l'indivision et le bornage)

et la restitution de l'indu fondée sur l'équité naturelle : rien ne fait mieux apparaître le caractère artificiel de la notion. La même ambiguïté se retrouvera en 1804 : l'article 1371 C. civ. traitera des faits « purement volontaires » tandis que l'exposé des motifs vise « les obligations qui résultent d'un fait que la loi rend obligatoire ».

[299] LA RÉCEPTION ET LA RÉPÉTITION DE L'INDU. — La gestion d'affaires est considérée comme un « quasi-mandat » (POTHIER dira un mandat fictif et présomptif) et on en revient, pour elle, avec quelques nuances, aux solutions romaines.

Le paiement d'une chose qui n'est pas due posait un problème plus difficile : un tel paiement suppose une erreur (c'est au sujet de celle-ci qu'il en est souvent traité, cf. n° 112) ; il ne peut concerner une obligation naturelle (n° 183), il doit être sans cause et de ce fait, il peut être répété par une *condictio*. Pour CUJAS, l'opération constitue une sorte de prêt, qualifié déjà par les Romains de *quasi mutuum* ou *promutuum* : la chose payée est considérée comme prêtée. L'analyse se comprend si le paiement a porté sur de l'argent ; s'il ne porte pas sur des choses qui se pèsent ou se comptent, seules susceptibles de *mutuum*, il n'est plus possible de parler de *mutuum* et on donne au *tradens*, une *condictio ex aequo et bono* fondée sur l'enrichissement.

Malgré tout, les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles (POTHIER notamment) rattachent l'obligation de restituer à une volonté présumée : les parties doivent être capables (sinon on parle d'*in rem versio*) ; l'*accipiens* de mauvaise foi devra restituer les fruits et il demeure tenu des risques (cf. art. 1379).

Il est remarquable que l'ancien droit ne fournisse aucune théorie d'ensemble de l'enrichissement sans cause : le principe ressortit à l'équité naturelle et celle-ci apparaît suffisamment protégée par le jeu des *condictiones* comme par le droit canonique.

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur les obligations alimentaires résultant de la parenté et du patronat, v. BRONDI, p. 530. L'auteur constate très justement que l'obligation aux aliments est reconnue indirectement en faveur des personnes qui peuvent invoquer le bénéfice de compétence (v. n° 277). Sur une influence probable

du christianisme sur l'extension de l'obligation alimentaire, v. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, t. III, Milan, 1954, p. 290 ss. Le classement (BIONDI, p. 529) parmi les quasi-contrats d'une obligation spéciale de payer les intérêts, nous paraît fort discutable.

GESTION D'AFFAIRES. — La gestion se rattache historiquement à l'administration du *procurator* qui gérait l'ensemble du patrimoine d'un *dominus* absent. Un souvenir de cette origine persiste dans certains textes de l'époque classique. V. notamment : D., 3, 5, 5, 14, qui de ce fait semble plus restrictif que notre C. C., art. 1372. Selon la majorité des auteurs, dès l'époque classique cependant, la gestion peut consister en un acte isolé (D., 3, 5, 3, 3 ; 3, 5, 39 ; 42 ; 44, 2 : 45) juridique ou non (D., 3, 5, 9, 1). V. au contraire FRESE, *Procurator und negotiorum gestio*, dans *Mélanges Cornil*, t. I, p. 327 ss. La responsabilité du gérant est, selon certains auteurs, limitée au dol durant l'époque classique, la prise en considération de la *culpa* serait due à une série d'interpolations byzantines. V. la bibliographie dans KASER, I, p. 492, n. 20, et II, p. 301.

Les sanctions de la *negotiorum gestio* ont d'abord consisté en une action *in factum* délivrée par le prêteur aux deux parties. V. MONIER, p. 209. Il existe quelques hypothèses voisines de la gestion d'affaires ; v. notamment DONATUTI, *Actio funeraria*, dans *SDHI*, 1942, p. 48 ss.

ENRICHISSEMENT SANS CAUSE. CONDUCTIO. — La thèse de PERNICE (*Labeo*, III, 1, p. 211 ss.) et de GIRARD (*Manuel*, p. 648 ss.), selon laquelle le principe, après avoir eu une large portée à la fin de l'ancien droit, aurait vu son application se restreindre, n'a plus guère de partisans. DE VISSCHER, *La condictio et la procédure formulaire*, Gand, 1923, p. 30 ss. ; MACQUERON, *Histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations*, thèse, Paris, 1924, p. 60 ss., ont démontré que la *legis actio per conditionem* avait été créée « 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 ». On fait également observer que la *condictio* ne pouvait pas sanctionner à l'origine une obligation ayant pour objet un *facere*, ce qui réduit considérablement la portée du principe de l'enrichissement injuste (exclusion d'un enrichissement portant sur un démembrement de propriété, sur une action, un service rendu...). La jurisprudence classique comblera cette lacune en partie, les compilateurs de Justinien parachèveront son œuvre. La reconstitution de l'évolution est singulièrement conjecturale. La *condictio* est la terre d'élection des interpolations sinon de ceux qui les découvrent. Les modifications terminologiques des Byzantins sont manifestes (v. par exemple pour la *condictio certi generalis*, *Basil.*, XXIII, 1, 4, sch. 4 ; XXVIII, 11, 17, sch. 2). En dépit des remaniements démontrés ou vraisemblables, on tend actuellement à adopter une solution moyenne. V. MONIER, p. 216 ss. ; BIONDI, p. 525 et surtout KASER, I, qui donne une bibliographie importante : p. 495, n. 1, et montre que, dès l'époque classique, il existait déjà une certaine unité dans le concept d'enrichissement sans cause : p. 496. V. également les études de TALAMANCA : c. r. de l'ouvrage d'U. LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von des Condictio nach*

römischen und geltendem Recht, Berlin, 1952, et c. r. de celui de SCHWARZ, Die Grundlage der *Condictio* im Klassischen römischen Recht, Münster-Cologne, 1952, dans *AG*, t. 145, 1953, p. 164 ; In tema di azioni di arricchimento, dans *AG*, t. 146, 1954, p. 33 ; KADEN, Das Schrifttum der Jahre 1950-1953 zur römischen Bereicherungslehre, dans *ZSS*, 1954, p. 555 ; VAN OVEN, La « forêt sauvage » de la *condictio* classique, dans *TR*, 1954, p. 267 ; NIEDERLÄNGER, Die Bereicherungshaftung im Klassischen römischen Recht, Weimar-Böhlau, 1953 ; c. r. très détaillé d'U. LÜBTOW, dans *Iura*, 1954, p. 262 ss. Sur la *condictio* à l'époque classique, v. SCHWARZ, *ouvr. cit.* ; d'ORS, Observaciones sobre el edictum de rebus creditis, dans *SDHI*, 1953, p. 134 ss.

Sur les différences entre la *condictio* en répétition et les *repetundae*, v. en dernier lieu PONTENAY DE FONTETTE, *Les leges repetundarum*, thèse, Paris, 1954, p. 27 ss.

LE PAIEMENT DE L'INDU. — Le caractère classique de l'erreur, en tant que condition de l'action en répétition, est fort contesté. V. SANFILIPPO, *Condictio indebiti*, t. I, Milan, 1943, p. 97 ss. ; ARCHI, *Variazioni in tema di indebiti solutio*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. III, p. 335 ss. ; SCHWARZ, Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder teilweise nicht geschuldeter Fideicommisses, dans *ZSS*, 1951, p. 226 ss.

Pour l'ANCIEN DROIT le meilleur guide demeure Henry VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat*, 1912.

QUATRIÈME PARTIE

LES SÛRETÉS

[300] La sûreté est un avantage particulier reconnu au créancier pour le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur. Assuré d'être payé, le créancier est plus enclin à accorder des délais pour le remboursement : les sûretés sont un important facteur de développement du crédit.

Pragmatisme et empirisme dominent cette matière plus que toute autre, au point que l'on a pu soutenir que les Romains avaient « ignoré le concept et la catégorie même des garanties de l'obligation ». (BIONDI, p. 417.) Comme dans notre Ancien Droit, comme en droit moderne, les procédés de garantie sont nombreux, ils ont été dégagés progressivement par la pratique ; doctrine et législateur les ont consacrés, sans faire de refonte d'ensemble, sans rejeter les techniques tombées en désuétude. Il est banal de dénoncer la complexité du régime des sûretés, qu'il soit antique ou moderne. (V. RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 3547.)

L'ingéniosité des praticiens s'est donné libre cours et les techniques les plus variées ont été utilisées pour assurer indirectement une garantie de l'obligation : compensation, résolution du contrat, solidarité, rétention. Mais le facteur économique a toujours été prépondérant, il est à l'origine de la distinction

entre sûretés personnelles et réelles. Les premières consistent à multiplier les débiteurs pour une même dette, ce qui ne fait que diminuer le risque de non-paiement. Ce risque disparaît pratiquement avec la constitution d'un droit réel au profit du créancier. Ce dernier est alors à l'abri du principal danger qui résulte de l'insolvabilité du débiteur : le concours avec les autres créanciers. *Le droit de préférence* par rapport aux autres créanciers est un facteur déterminant de l'efficacité des sûretés, aussi peuvent-elles être classées, en fonction de ce critère, en deux catégories. 1) Le créancier peut être autorisé à agir contre des personnes autres que le débiteur principal. Ces personnes suppléent à l'insuffisance du patrimoine du débiteur et sont par là même exposées à subir une perte, le recours qu'elles ont contre l'insolvable étant illusoire. En revanche, les autres créanciers ne voient pas leurs chances de paiement diminuées. 2) Le créancier peut à l'inverse bénéficier, sur les biens de son débiteur, d'un *droit de préférence* par rapport aux autres créanciers, ce qui lui permettra d'échapper à la loi du *dividende* en cas d'insolvabilité.

CHAPITRE PREMIER

LES SURETÉS SANS DROIT DE PRÉFÉRENCE

[301] VARIÉTÉS. — 1) Ces sûretés résultent en partie de techniques qui n'ont nullement pour but de protéger les créanciers. Le droit romain connaît l'existence d'obligations avec *pluralité de sujets*. Elles servent éventuellement à conférer un supplément de garantie au créancier.

2) A côté de ces transpositions possibles de techniques étrangères aux sûretés, il existe une forme juridique destinée à garantir l'obligation : le cautionnement.

SECTION I. — La pluralité des sujets

Normalement, une obligation ne crée de lien juridique qu'entre un seul créancier et un seul débiteur, de même qu'elle ne comporte qu'un seul *objet*. Lorsqu'une obligation se trouve incluse dans une succession, dès la *loi des XII Tables*, elle se fractionne en autant de rapports juridiques qu'il y a d'héritiers (D., 10, 2, 25, 9).

[302] INDIVISIBILITÉ : LE DROIT ROMAIN. — L'objet de certaines obligations (construction de maison, constitution de servitude : D., 45, 1, 72) peut les rendre *indivisibles*. Au cas de pluralité de créanciers, chacun d'eux a qualité pour demander au débiteur l'exécution intégrale de l'obligation. Ce dernier est alors en droit d'exiger du demandeur la garantie que les autres créanciers n'agiront pas également contre lui (D., 16, 3, 1, 36; 16, 3, 14 pr.). C'est en cas de pluralité de débiteurs que le créancier va bénéficier d'un avantage; il a une option, il agira donc pour le tout contre celui qu'il estime le plus solvable. Ce dernier

peut exiger du créancier : 1) Un *délai* pour mettre en cause ses codébiteurs et, s'ils refusent : 2) La *cession des actions* que le créancier avait contre eux (D., 32, 11, 23 ; cf. le commentaire de DU MOULIN, *Extrictio*... Pars 3, nos 90 et 104, repris par Pothier, *Obligations*, n° 330 et C. C., art. 1225 ; v. également DU MOULIN, *Ibid.*, 2, n° 197 ss., qui est à l'origine de la distinction moderne entre *contribution* et *obligation* à la dette).

[303] ANCIEN DROIT. — *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, tel est le titre d'un traité consacré par DU MOULIN à la matière. En réalité, les difficultés avaient moins pour origine l'indivisibilité elle-même que la façon dont l'avaient expliquée les glossateurs (*Extrictio*, Pars 2, nos 202, 245 ; Pars 3, n° 35 ss.). Les successeurs de DU MOULIN l'ont cru cependant sur parole ; impressionnés sans doute par les dix clefs et les trois fils de Thésée que l'auteur propose au lecteur, ils ont fait à la matière, sinon à l'ouvrage, une réputation imméritée d'inextricabilité.

Comme notre droit moderne, nos anciens auteurs admettent, à côté d'une indivisibilité naturelle, l'existence d'une indivisibilité *conventionnelle*. Cette dernière, simple exception aux effets de la division des obligations (DU MOULIN, 2, nos 31, 201 ; POTHIER, n° 313 ; C. C., art. 1221, al. 4 et 5), est qualifiée par DU MOULIN (2, n° 241) d'*individuitas solutionis*, c'est l'indivisibilité de paiement actuelle. L'indivisibilité conventionnelle n'offre d'intérêt que pour les dettes, les cocontractants s'obligent *conjointement* (POTHIER, n° 313 ; cf. C. C., art. 1222) et dans la pratique moderne on ajoute *solidairement* : l'indivisibilité sert de complément à la solidarité. L'indivisibilité conventionnelle annonce *les formes spéciales de sûretés personnelles* : obligations corréales (*solidarité parfaite*) et obligations *in solidum* (pour le tout) : *solidarité imparfaite*, qui sont elles-mêmes à l'origine de la forme normale de sûreté personnelle : le cautionnement.

[304] LA SOLIDARITÉ : LE DROIT ROMAIN. — La solidarité est une technique qui n'a pas pour seul but, ni pour seule utilité, de conférer des garanties à un créancier. Cependant du droit romain à notre droit moderne, en passant par l'ancien droit, on constate une tendance à augmenter les droits du créancier, à rapprocher cette forme juridique des sûretés personnelles.

Techniquement, la solidarité n'est qu'une forme des obligations à pluralité de sujets, elle est très voisine de l'indivisibilité. Conventionnelle (stipulation, pacte adjoint) ou non (sociétés de banquiers et de marchands d'esclaves), elle peut être *active* ou *passive*. Dans la solidarité *active*, chaque créancier a qualité pour recevoir paiement, agir en exécution ou faire remise de dette pour le montant total de la créance. Palliatif à l'absence de représentation parfaite, cette forme de solidarité fait place, au cours de l'époque classique, au mandat et à la représentation en justice (même rareté dans notre ancien droit : v. POTHIER, n° 259 ; et notre droit moderne, à l'exception du droit commercial).

[305] CORRÉALITÉ ET SOLIDARITÉ IMPARFAITE. — La solidarité *passive*, quoique très proche de la sûreté personnelle, s'en distingue par l'égalité qui règne entre les codébiteurs, nulle différence entre une obligation principale et une obligation accessoire, chaque codébiteur peut être actionné en paiement de la totalité de la dette. Tous les codébiteurs sont obligés à la même chose, l'*unité d'objet* caractérise l'obligation solidaire. En revanche, une discrimination doit être faite entre les obligations corréales (solidarité parfaite) et les obligations *in solidum* (solidarité imparfaite). Selon l'opinion traditionnelle, la corréalité se caractérise par l'existence d'un seul lien obligatoire ; dans les obligations *in solidum*, il y aurait, au contraire, autant de liens juridiques que de codébiteurs.

[306] RAPPORTS DU CRÉANCIER AVEC LES DÉBITEURS. — 1) *Conséquences de l'unité d'objet*. — A raison de l'*unité d'objet* (I, 3, 16, 1), l'extinction de la dette profite à tous les codébiteurs. Telle est la conséquence du *paiement* (D., 45, 2, 3, 1). En pareil cas, pour reprendre la terminologie moderne, l'obligation éteinte, il reste à régler le problème de la contribution, c'est-à-dire de la répartition de la charge entre tous. Ce règlement de compte s'effectuera par l'action de société, si les codébiteurs étaient liés par un contrat de société préexistant, par une action *mandati*, s'il y avait mandat, etc. En l'absence de rapports préexistants entre codébiteurs, celui qui a payé peut être considéré comme ayant géré les affaires des autres. Par mesure de précaution, il peut se faire céder les actions du créancier contre les autres

débiteurs, avant d'exécuter l'obligation (C., 8, 39, 1, de 287 ; v. n° 216).

2) *Représentation entre les débiteurs.* — A la différence de notre droit moderne, les juristes romains ignorent le principe de la représentation réciproque des codébiteurs. A défaut de règle générale, les nécessités pratiques vont faire admettre cependant des solutions toujours plus nombreuses que l'on rattachera dans notre ancien droit à l'idée de représentation.

a) Si la perte de la chose due, après la *mise en demeure* de l'un des débiteurs, les libère tous à l'exception de celui qui a été mis en demeure (D., 22, 1, 32, 4), en revanche les codébiteurs sont responsables du fait de l'un d'entre eux (D., 45, 2, 18 ; cf. C. C., art. 1205) ; b) Sous JUSTINIEN, l'interruption de la prescription extinctive de trente ans par un codébiteur vaut pour tous les autres, l'empereur en dispose ainsi pour des raisons d'équité (C., 8, 39, 4, de 531 ; cf. C. C., art. 1206).

3) *Progrès de l'idée de garantie.* — Une constitution de 531 prévoit la possibilité pour le créancier de renouveler les poursuites contre les débiteurs solidaires, tant que la dette n'aurait pas été payée intégralement (C., 8, 40, 28 : suppression générale de l'effet extinctif de la *litis contestatio*). Enfin, JUSTINIEN étend « à certains codébiteurs le bénéfice de division qui existait dès l'époque classique, au profit des fidéjusseurs, en matière de cautionnement » (v. MONIER, p. 302). A l'égard des autres codébiteurs, le créancier a une *faculté de division*, il peut ne réclamer à chacun que la part de sa dette (cf. C. C., art. 1210, le bénéfice de division ne peut être invoqué par aucun codébiteur : art. 1203).

[307] ANCIEN DROIT. GARANTIE. — Négligeant toute différence entre obligation corréale et *in solidum*, les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles consacrent l'unité de la théorie de la « solidité » (l'expression solidarité ne sera utilisée dans la langue juridique qu'au XIX^e siècle. V. RIPERT et BOULANGER, II, n° 1842). Ils mettent en relief les deux principaux caractères de la solidarité : unité de l'objet et pluralité des liens obligatoires. Ils s'attachent surtout à bien préciser les rapports du créancier avec les débiteurs et posent en principe que les codébiteurs ont réciproquement pouvoir « de conserver ou de perpétuer l'obligation

mais non de l'augmenter » (DU MOULIN, *Extrictio*, 3, n° 126). Désormais la demeure, comme la faute de l'un des codébiteurs, perpétue l'obligation des autres (v. POTHIER, n° 2737 ; cf. C. C., art. 1205 ; *contra* : D., 22, 1, 32, 4).

Cette modification des dispositions du droit romain rejoint les préoccupations des juristes byzantins désireux de renforcer les garanties du créancier, soucieux de faire de la solidarité une véritable sûreté personnelle (cf. POTHIER, n° 270, qui rejette le bénéfice de division ; au siècle précédent, au contraire, DOMAT, *Lois civiles*, 3, 3, 1, 3, admet le bénéfice de division, tout en reconnaissant dans la pratique la fréquence des clauses de renonciation à ce bénéfice). Elle peut cependant s'expliquer, comme on le fait actuellement, par le principe de représentation mutuelle des débiteurs.

[308] REPRÉSENTATION. — La représentation permet d'expliquer de nos jours la différence d'effets qui existe entre indivisibilité et solidarité. Nos anciens auteurs n'ont pas éprouvé le besoin de poser un tel principe. L'idée de mandat tacite est cependant utilisée par RENUSSON (*Traité de la subrogation*, 7, 27, 28, 29, 31, etc.), et par quelques commentateurs des coutumes. L'idée de représentation entre codébiteurs solidaires est largement développée par la doctrine moderne, mais la jurisprudence qui tend à admettre la représentation en matière d'indivisibilité conventionnelle ne peut qu'accroître les dangers de confusion entre solidarité et indivisibilité (v. RIPERT et BOULANGER, t. II, n° 1909. V. au contraire B. G. B., art. 422, qui est hostile à l'idée de représentation et à un accroissement des garanties du créancier).

SECTION II. — Les sûretés personnelles

I. — DROIT ROMAIN

[309] La diversité et l'ancienneté des sûretés personnelles suffiraient à prouver, s'il était besoin, l'importance de ce type de garantie. Le droit romain connaît divers procédés qui sont un raccourci des différentes sources d'obligations contractuelles. Outre la solidarité, à côté de trois modes solen-

nels *verbis*, on utilise en effet, une transposition du contrat consensuel de mandat (*mandatum pecuniae credendae*) et deux pactes prétoriens (*constitut, receptum argentarii*). La très large audience de cette garantie s'explique par l'étroite solidarité tant sociale que familiale qui régnait à Rome, tout particulièrement dans l'ancien droit. Par suite de la régression constante des rapports de personne, il semblerait que la technique n'ait plus de nos jours qu'un intérêt historique. Cela n'est même plus vrai en droit civil avec l'intérêt que présente le cautionnement pour le crédit rural, et l'on voit reparaître en droit commercial « pour les personnes morales, les rapports d'alliance qui existaient autrefois entre les individus » (RIPERT et BOULANGER, II, n° 1017). Ce « phénomène de circuit » est d'autant plus remarquable que, pour des raisons de développement de crédit étrangères à l'Antiquité, « la pratique moderne a, en somme, ressuscité sous nos yeux les caractères rigoureux du très ancien cautionnement romain » (COLIN et CAPITANT, n° 977).

[310] 1° LES ORIGINES. — Les origines du cautionnement à Rome semblent se confondre avec celles de la procédure et du contrat, elles sont vraisemblablement antérieures à la *loi des XII Tables*.

Origines procédurales. — Les formes les plus anciennes du cautionnement paraissent être le *praes* et le *vas*. Le premier garantit certaines obligations conditionnelles dans la procédure des actions de la loi (*sacramentum*) et surtout les obligations contractées envers l'Etat. Le second est une caution procédurale, il garantit la comparution du défendeur au procès (cf. le *vindex*). L'engagement contracté par ces cautions primitives est aussi rigoureux que peu conforme à l'idée moderne de garantie. Le caractère essentiel de la caution est, en effet, d'être accessoire, or certains indices laissent supposer « que l'engagement du *praes* ou du *vas* libérait le débiteur principal contre lequel le créancier n'aurait plus eu d'action directe en exécution » (G. BOYER, *Cours*, II, p. 60). Il est également possible « que ces garanties archaïques remontent à l'époque où existait encore la distinction entre le devoir (*Schuld*) et l'engagement (*Haftung*), le garant, seul, contractant un engagement susceptible d'exécution forcée » (*Ibid.*). Si le *vas* semble avoir disparu dès le

début de l'époque classique, le *praes* subsistera en droit public, il se présente à cette époque comme « une sorte de caution réelle dans laquelle le créancier jouit d'une clause de *voie parée* lui permettant de passer à l'exécution forcée sur l'immeuble reçu en garantie, sans avoir à faire au préalable condamner le débiteur à payer » (*Ibid.*). Mal renseignés sur ces formes primitives, nous ne pouvons que supposer qu'elles se réalisaient par l'emploi d'un rituel oral analogue à celui utilisé pour la *sponsio-stipulatio* qui se trouve elle aussi à l'origine des formes de cautionnement.

Origines contractuelles. — *L'adpromissio*, procédé normal de cautionnement à l'époque classique, existe dès l'ancien droit. Elle se réalise par contrat verbal : *sponsio* ou *fidepromissio*, le verbe *spondeo* étant réservé aux citoyens romains, les pérégrins utilisent le verbe *promitto*.

Les problèmes que posent les effets du cautionnement sont parfaitement illustrés par l'évolution de cette technique. A l'intérêt du créancier, qui est d'avoir plusieurs débiteurs également responsables, s'oppose celui de la caution qui se considère comme débiteur subsidiaire. La conciliation de ces deux optiques se fera en fonction de l'intérêt bien compris du débiteur, c'est-à-dire du développement du crédit.

[311] 2^o L'ÉVOLUTION DE LA TECHNIQUE. — *Cautionnement et solidarité.* — A l'origine, l'engagement de la caution a un caractère accessoire très atténué, cautionnement et solidarité sont mal distingués. Les règles admises pour les cautions procédurales expliquent une telle attitude. La contexture de la société romaine la justifie. En principe, le cautionnement est indépendant de l'obligation principale garantie, il lui survit si elle se révèle nulle, à l'inverse il s'éteint par la mort de la caution. Absence de bénéfice de discussion et de division : la poursuite contre la caution n'est pas limitée au cas d'insolvabilité du débiteur principal, s'il y a pluralité de cautions chacune d'elle est tenue pour le tout. En fait, le fonctionnement des garanties est étroitement lié aux usages et aux convenances sociales. Pour se conformer aux règles de solidarité, on se portera caution d'un parent ou d'un ami, pour ne pas être couvert d'opprobre, on ne poursuivra pas la caution si le débiteur est solvable. L'évolution

des mœurs va faire apparaître à l'époque classique l'anachronisme du système et nécessiter l'intervention du législateur.

Protection des cautions et exigences du crédit. — Au début de l'époque classique, l'exécution sur la personne se raréfie et s'adoucit, dès lors les personnes peu scrupuleuses hésitent d'autant moins à s'endetter que les honnêtes gens se considèrent toujours comme tenus moralement de les cautionner pour peu qu'elles soient leurs parents ou leurs amis. Pour protéger ceux qui pâtissent du respect des usages, c'est-à-dire les citoyens romains et plus particulièrement ceux qui habitent l'Italie, le législateur promulgue une série de lois. L'une donne à la caution les moyens de poursuivre efficacement et rapidement les débiteurs pour lesquels ils ont payé, ce qui est de nature à diminuer leur désinvolture (*Loi Publilia* limitée aux seuls citoyens romains qui utilisent la *sponsio*). Une autre (*Loi Appuleia*, qui a une portée territoriale générale), permet au garant qui a payé de se retourner éventuellement contre les autres cautions pour exiger de chacune sa contribution. D'autres, enfin, vont à l'encontre des exigences du crédit, elles protègent la caution mais au détriment du créancier. Une loi *Furia*, applicable à tous ceux qui, citoyens ou non, se sont engagés en Italie (*sponsio* ou *fidepromissio*), prévoit la péremption du cautionnement au bout d'un délai de deux ans, à compter du jour où il a été contracté ou du jour de l'échéance de la dette.

Obligés par l'usage de garantir clients, partisans politiques et toutes personnes avec lesquelles ils étaient en relations, les romains courraient le risque de se voir opposer des engagements oubliés. Les inconvénients de cette mesure sont encore aggravés pour le créancier par l'introduction d'un bénéfice de division qui lui est particulièrement défavorable. Alors qu'en droit moderne, le bénéfice a pour effet de partager la dette entre toutes les cautions *solvables au jour des poursuites* (C. C., art. 2026), le créancier à l'époque classique devra diviser ses poursuites entre toutes les cautions *vivantes à l'échéance de la dette*. Le cautionnement étant passivement intransmissible, le créancier courra le risque de voir sa sûreté diminuée : soit par la mort d'une caution, entre l'échéance et la poursuite, soit par son insolvabilité.

La rigueur de ces mesures est encore renforcée par l'obli-

gation pour le créancier de signaler à chaque garant le nom des autres cautions, pour qu'il puisse invoquer le bénéfice de division, faute de quoi la garantie est nulle de plein droit (*Loi Cicereia*). Le but recherché par le législateur ne fut pas atteint mais dépassé. Les cautions, trop bien protégées, ne trouvèrent plus de créanciers qui voulurent se contenter de leur engagement. La création de nouvelles techniques devenait dès lors indispensable pour permettre aux débiteurs d'obtenir qu'on leur fasse crédit.

[312] A LA RECHERCHE D'UNE TECHNIQUE. — a) *Fidejussio*. — Tirant les enseignements du discrédit dans lequel était tombée l'*adpromissio*, les Romains créèrent, à la fin de la République, un nouveau cautionnement par contrat formaliste verbal : la *fidejussio*. Etymologiquement, ce procédé met l'accent sur la responsabilité de la caution : elle garantit l'exécution par le débiteur principal. Techniquement, le caractère accessoire du cautionnement se développe. Sa valeur est fonction de celle de la dette principale ; comme elle, elle est transmissible passivement ; le cautionnement d'une obligation naturelle est néanmoins valable (GAIUS, 3, 119 a : le cautionnement vaut alors engagement principal). Le caractère accessoire permet de cautionner une dette qu'on ne pourrait contracter comme débiteur principal, mais interdit, comme en droit moderne, de garantir une somme supérieure ou exigée plus rigoureusement que celle promise au principal (GAIUS, 3, 12 ; D., 46, 1, 8, 7). Ni péremption, ni bénéfice de division, les lois précédentes ne s'appliquent pas à la *fidejussio*.

Le but purement économique du cautionnement paraît donc enfin dégagé. Les préoccupations de convenances sociales ne paraissent cependant pas complètement oubliées. Une *loi Cornelia*, du 1^{er} siècle avant J.-C., interdit tout cautionnement de dette pécuniaire pour une somme supérieure à 20 000 sesterces. Il semble bien que cette mesure soit dictée par le désir de freiner les cautionnements inconsidérés que faisaient les hommes politiques pour satisfaire leur clientèle populaire (LEPOINTE et MONIER, p. 110). La limitation légale ne joue d'ailleurs pas pour les cautions judiciaires ou pour celles justifiées par des nécessités pratiques.

[313] « FIDEJUSSIO INDEMNITATIS » : DISCUSSION. — Il y a bénéfice de discussion, lorsque la caution *peut* demander au créancier de s'adresser d'abord au débiteur principal pour saisir et vendre ses biens, c'est-à-dire pour le *discuter* (cf. C. C., art. 2021). La pratique romaine est arrivée à un résultat similaire en faisant promettre à la caution une indemnité égale à ce que le créancier n'a pu obtenir du débiteur principal (D., 45, 1, 116). Si le créancier, par dol, faute ou négligence a laissé passer l'occasion de se faire payer par le débiteur la caution est libérée (D., 46, 1, 41, pr.). Il n'y a pas là véritable *bénéfice* de discussion, la discussion est impliquée par l'objet même de l'obligation de la caution, cette dernière ne doit payer que sous la condition que le débiteur principal n'ait pu payer lui-même et à concurrence de ce qu'il n'a pu payer.

Bénéfice de division. — En cas de pluralité de cautions, l'empereur HADRIEN crée un bénéfice de division analogue cette fois à celui de notre droit moderne : division de la dette entre les cautions solvables lors des poursuites (I, 3, 20, 4).

[314] LE MANDAT ET LES EFFETS DE LA « FIDEJUSSIO ». — Les rapports entre la caution et le créancier d'une part, entre la caution et le débiteur principal de l'autre, n'ont été définis que de façon empirique. Pour les dégager, les praticiens ont fait appel à la technique du mandat. En principe, et sauf la réprobation qu'il encourt, le créancier peut agir contre la caution sans *discuter* le débiteur. Il n'existe ni bénéfice de discussion, ni discussion obligatoire. La pratique crée cependant une discussion conventionnelle. En théorie, le créancier n'a pas intérêt à poursuivre la caution plutôt que le débiteur principal : il a fait confiance à l'un comme à l'autre. En pratique, il n'agira pas contre un débiteur qui lui paraît insolvable ou moins solvable que la caution, non seulement parce qu'il perdra du temps et de l'argent mais parce que les règles de procédure lui interdisent de poursuivre successivement débiteur et caution (effet extinctif de la *litis contestatio*). Pour que le créancier puisse, sans risque, poursuivre d'abord le débiteur principal, la caution doit le garantir contre les aléas tant techniques qu'économiques de la poursuite, et pour cela lui donner *mandat* de discuter le débiteur. Grâce à l'action *mandati contraria*, intentée ensuite contre la

caution, le créancier se fera indemniser de toutes les pertes subies. De son côté le fidéjusseur, après avoir payé, se retournera contre le débiteur principal ; il intentera l'action *mandati contraria* ou celle de la gestion d'affaires, selon que le cautionnement a été conclu ou non à la demande du débiteur. Un tel recours est évidemment aléatoire, l'insolvabilité de l'adversaire était pour le moins probable. Pour diminuer ses chances d'insuccès, la caution peut demander au créancier, lorsqu'il le paie, de lui céder ses actions et ses garanties contre le débiteur. Il n'y a pas comme en droit moderne *subrogation ipso jure* aux droits du créancier.

b) *Le mandat, procédé de cautionnement.* — Cette transposition est une nouvelle preuve de l'empirisme classique et une illustration du principe de l'économie des formes. Le très large emploi fait du mandat pour réaliser les effets du cautionnement devait inciter les praticiens à utiliser plus largement cette technique. La typicité du mandat rendait cependant son adaptation difficile. Pour être valable, l'opération doit présenter un intérêt pour le mandant, un tel caractère s'accorde mal avec la conception du cautionnement pour convenances sociales profondément enracinée à Rome. Les nécessités pratiques l'emporteront sur les principes. Dès le début de l'Empire, *fidejussio* et *mandatum pecuniae credendae* (mandat de prêter de l'argent) coexistent. Dans ce dernier cas, la caution donne mandat au créancier de faire crédit au débiteur. Ordinairement, on cautionne ainsi des obligations futures, la promesse de la caution ressemble alors aux *ouvertures de crédit* faites par les banquiers (*receptum argentarii*. V. n° 32 ; v. également le *pacte de constitut* qui peut réaliser un cautionnement). Non seulement les effets du cautionnement, obtenus par référence au mandat, jouent ici normalement, mais le caractère consensuel et de bonne foi du contrat facilite l'opération. La *fidejussio* formaliste et de droit strict ne peut se conclure entre absents, elle soulève des difficultés de procédure pour la discussion du débiteur principal, elle laisse la caution sans recours si le créancier attend, sans agir, l'insolvabilité du débiteur ou laisse disparaître les sûretés attachées à sa créance. Le mandat de crédit remédie à tous ces inconvénients (cf. C. C., art. 2037).

c) *Synthèse et favor debitoris.* — Les compilateurs de JUSTINIEN allaient faire un choix parmi les différents procédés de cautionnement. Les derniers vestiges de l'*adpromissio* disparaissent, le *receptum argentarii* est fusionné avec le pacte de constitut, *fidejussio* et mandat de crédit sont pratiquement confondus. Outre les réformes qui entraînent la désuétude de certaines règles de procédure (effet extinctif de la *litis contestatio*), la législation de JUSTINIEN traduit à nouveau le désir de protéger la caution. Le *bénéfice de division* est étendu (C., 4, 18, 3, ; Nov., 99) et complété par un *bénéfice d'ordre* (Nov., 4, 1). Cette technique n'est plus conventionnelle, elle est légale et d'ordre public. Seules les cautions fournies aux banquiers seront autorisées à renoncer au bénéfice (Nov., 136). Enfin le délai de grâce de quatre mois, accordé au débiteur principal condamné à s'exécuter, est étendu aux cautions qui bénéficient de la *favor debitoris*. Les préoccupations morales et sociales des empereurs byzantins s'avèrent de plus en plus difficiles à concilier avec les exigences du crédit.

II. — ANCIEN DROIT

[315] LE FIDÉJUSSEUR FRANC. — A l'époque franque, comme dans le droit romain primitif, le débiteur récalcitrant est très durement traité ; l'esclavage pour dettes est fréquent ; d'autre part l'individu subit la contrainte du groupe. C'est dire la préférence de l'époque pour les sûretés personnelles. Les témoins qui assistent à l'acte, les cojureurs qui interviennent dans la procédure deviennent à l'occasion d'un engagement les fidéjusseurs du débiteur. Le fidéjusseur use pour s'obliger de la *fides*, il donne sa main, et on a même prétendu que la fidéjussion était inséparable de la *fides facta* ou de la *wadiatio* (*supra*, p. 65 et 81). En tout cas, le paiement est poursuivi normalement contre le fidéjusseur choisi pour sa solvabilité. Celui-ci a d'ailleurs un recours pour se saisir des biens du débiteur principal. Son obligation est personnelle et s'éteint par sa mort. S'il y a plusieurs fidéjusseurs, leur responsabilité est solidaire.

Débiteur et cautions sont normalement unis par des liens de famille, de parenté, de vasselage ; leur solidarité est morale

autant que pécuniaire ; et la caution est un otage et sera traitée comme tel.

[316] L'ÉPOQUE FÉODALE. — Le premier âge féodal ne pouvait qu'adopter ces idées (n° 64). La *plègerie* ou *plévine* du Nord, la *fermansa* du Midi, continuent directement la *fidejussio* franque.

1° Au XII^e siècle, en Normandie, le plège ne s'oblige pas à payer la dette, mais à la faire payer (YVER, p. 138). Il s'agit d'un grand personnage ou, au contraire, des propres vassaux du débiteur tenus au service de plègerie : ceux-ci s'engagent à tenir prison ; ils sont des otages jusqu'au paiement, tels les fils du roi donnés en otage jusqu'au paiement de la rançon.

2° Bientôt, à cette obligation de type féodal va se substituer la conception du type romain. L'aspect patrimonial de l'engagement va apparaître au premier plan : le plège est un débiteur qui s'oblige à payer la dette.

a) Le créancier peut à son choix s'attaquer au débiteur ou au plège : ce peut être dans le Midi un souvenir du droit théodosien — puisque le bénéfice de discussion n'a été introduit que par une novelle de JUSTINIEN. L'obligation du plège se transmet le plus souvent à ses héritiers.

b) Le plège est même plus durement traité que le débiteur puisqu'on peut — les coutumiers français du XIII^e siècle l'indiquent — faire une saisie privée de ses meubles. La contrainte par corps, qui fait du plège un otage est, en outre, admise dans certaines coutumes rigoureuses (Jérusalem) ou prévue dans l'engagement (il en est encore question au XV^e siècle). Pour les immeubles, ils doivent pour être saisis faire l'objet d'un engagement spécial (cf. n° 337).

c) Après avoir exécuté le plège, le créancier ne pouvait exécuter le débiteur principal, mais le plège pouvait recourir contre lui : le Midi garde nettement le souvenir de la saisie privée de l'époque franque. Dans le Nord, le plège doit agir en justice, mais il peut fixer par serment l'indemnité qu'il demande.

d) Enfin au cas où il y a plusieurs plèges, il n'existe entre eux aucun bénéfice de division : les coutumes du Midi le mentionnent pour l'exclure (Montpellier, art. 72). BEAUMANOIR admet cependant qu'il existe une compagnie entre plèges et qu'un recours est permis après paiement fait.

[317] LE RETOUR AUX RÈGLES ROMAINES. — Vers le XIV^e siècle, le cautionnement est moins pratiqué : 1^o Il répond moins bien à l'état social ; 2^o Les immeubles, moins étroitement soumis à l'emprise féodale ou familiale, deviennent la garantie du créancier ; ils peuvent être plus facilement engagés et saisis, et l'efficacité des voies d'exécution suffit le plus souvent à la garantie de l'obligation ; 3^o Enfin la condition des fidéjusseurs — appelés désormais cautions — s'améliore et conséquemment la garantie du créancier devient moins sûre.

C'est cette évolution, liée à la réception du droit romain, qu'il nous faut spécialement étudier.

1^o La caution n'est qu'un débiteur accessoire (cf. art. 2011) ; elle ne peut être tenue plus que le débiteur principal : d'où la faculté pour elle d'opposer la nullité de droit et aussi certaines causes de rescision (la violence ou le dol mais non la minorité) ; d'où aussi la règle que l'engagement de la caution est réduit à la mesure de la dette principale (cf. art. 2012-14, 2036). En outre, le Sénatus-consulte Velléien, fort discuté et fort diversement appliqué, interdit aux femmes d'« intercéder » pour autrui (cf. t. III).

L'idée que le cautionnement est un contrat de bienfaisance se retrouve parfois : ainsi dans l'idée venue d'une décrétale d'Alexandre III (III, 22, 5) que la caution ne peut être réduite à la misère et qu'elle jouit d'une prescription abrégée (10 ans d'après ACCURSE).

2^o Le *bénéfice de discussion* avait son correspondant dans le droit coutumier : c'est l'exception de garantie, par laquelle le plége obtenait un délai pour appeler en cause le débiteur. La garantie subsistera à côté de la discussion. On l'admet en matière réelle (garantie formelle) comme en matière personnelle (garantie simple) ; mais la caution peut l'invoquer même si elle a renoncé au bénéfice de discussion ; elle n'est plus mise hors de cause, mais ne peut être poursuivie qu'en second.

Le bénéfice romain de discussion est connu dès le XIII^e siècle. (*Etabl. de Saint-Louis*, I, 122), mais la pratique marque ses réticences en faisant renoncer le débiteur à ce bénéfice. Cependant les tendances romaines l'emportent dans les Parlements. Un arrêt de 1261 (*Olim*, I, 250) impose au créancier de faire

vendre les terres du débiteur avant celles de la caution. Au xvi^e siècle la jurisprudence, sous l'influence de DU MOULIN (*De usuris*, 7), impose à tout le moins que la renonciation soit expresse et contenue dans la minute ; la caution devait indiquer les biens à « discuter » et avancer les frais de la procédure (POTHIER, n^o 412 et art. 2021, 2024).

3^o Le bénéfice de *cession d'actions* fut plus difficilement admis. On donna à la caution contre le débiteur l'action de mandat ou de gestion d'affaires ; mais les cautions prétendirent se faire céder les actions de créanciers qui pouvaient être plus avantageuses (la dette pouvait, par exemple, être garantie à la fois par la caution et par une hypothèque). Les coutumes du Midi (Toulouse, art. 81), les Bartolistes, la jurisprudence, étaient favorables à cette cession, mais encore fallait-il que la caution l'ait demandée et obtenue lors du paiement. C'est pour résoudre cette difficulté que DU MOULIN imagina la théorie de la subrogation qui transformait la cession volontaire en une transmission légale (n^o 221).

4^o Le *bénéfice de division* se substitua au droit du plège de mettre en cause ses « compagnons ». Les premiers glossateurs favorables aux débiteurs, recommandent de prévoir le bénéfice dans les actes ; mais la pratique française, au contraire, prit l'habitude ici encore de renoncer au bénéfice.

À partir du xvi^e siècle, la jurisprudence apprécie plus sévèrement ces renonciations ; mais elle admet que la division peut être demandée par voie d'exception en tout état de cause. On peut aussi recourir à la cession d'actions. On hésita un moment entre l'action de mandat ou l'action de société (*Diss. dom.*, p. 496) ; mais pour éviter un circuit d'actions, les Bartolistes admirent que la cession était faite seulement pour la part contributive (cf. art. 2026, 2033).

La situation des cautions se trouvait trop améliorée au gré des créanciers ; ceux-ci imposèrent les renonciations aux divers bénéfices : on parlera dans ce cas de *caution solidaire*.

Le Code civil reprendra ces règles en marquant une préférence particulière pour le cautionnement.

ÉTAT DES QUESTIONS

INDIVISIBILITÉ

DROIT ROMAIN. — L'ouvrage principal reste celui d'ARNO, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, Modène, 1901 ; v. également BESELER, dans ZSS, 1926, p. 89 ss., R. BONINI, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, AG, 1961, p. 108. L'indivisibilité cesse lorsque, à la suite d'une condamnation du débiteur, l'objet de l'obligation se transforme en dette pécuniaire essentiellement divisible (D., 10, 2, 25, 9 ; solution *itp.* pour BIONDI, p. 384).

ANCIEN DROIT. — L'indivisibilité naturelle peut être *nécessaire* (DU MOULIN, 3, n° 57 ; POTHIER dira absolue : *Obligations*, n° 291, cf. C. C., art. 1217) ou *relative* (cf. C. C., art. 1218, qui est une transposition de POTHIER, n° 293). L'indivisibilité conventionnelle peut être active ou passive, mais elle n'offre que peu d'intérêt dans le premier cas (DU MOULIN, 2, 33 ; POTHIER, n° 314) et elle est rejetée de nos jours en raison de ses dangers (RIPERT et BOULANGER, II, n° 1913) qui sont d'autant plus grands que notre conception de l'indivisibilité contractuelle est plus large que dans l'ancien droit.

INDIVISIBILITÉ IMPLICITE. — Les rédacteurs du C. C., art. 1221, 5°, ont copié textuellement le principe très contestable de POTHIER (*Obligations*, n° 315), ils ont négligé les explications de l'auteur d'où il appert que la seule justification est la fin que se proposent les contractants (cf. DU MOULIN, 2, 40 ; 3, 59).

SOLIDARITÉ

DROIT ROMAIN. — L'obligation de l'un des débiteurs solidaires peut être pure et simple, celle de l'autre étant à terme ou conditionnelle. Le terme ou la condition n'empêchera pas que l'on exige le paiement de celui qui est tenu purement (I, 3, 16, 2). La *capitis deminutio* n'éteint la dette qu'à l'égard de celui qui la subit (D., 45, 2, 19).

On tend actuellement à admettre que ce sont des remaniements incomplets des compilateurs de JUSTINIEN qui ont créé sinon accentué la différence entre les deux formes de solidarité. Il y aurait toujours eu unité d'objet de l'obligation et pluralité de liens obligatoires pour toutes les formes de solidarité (v. BIONDI, p. 382).

Le domaine d'élection des obligations *in solidum* est le droit pénal, le préjudice causé au créancier engendre une responsabilité collective des coauteurs du délit : si la victime peut parfois cumuler les actions pénales (D., 9, 4, 5, pr.), dans d'autres cas il n'y a qu'une obligation *in solidum*, c'est-à-dire : droit d'agir successivement contre les différents coauteurs jusqu'à réparation intégrale du préjudice (C., 4, 8, 1, de 294). Sous l'Empire et à l'époque byzantine, cette forme de solidarité est étendue à des créances non délictuelles, mais fondées sur un détournement dolosif de la chose d'autrui (cf. le cas de pluralité de dépositaires, mandataires, commodataires, coven- deurs obligés à garantie d'éviction, ou tuteurs).

Outre le paiement, comme en droit moderne, éteignent également la

dette à l'égard de tous : l'*acceptilatio* (D., 46, 4, 16, pr.) la perte par cas fortuit, la novation (D., 12, 2, 28, 3). Le pacte de *remise de dette* fait au profit d'un seul débiteur ne profite pas aux autres sauf s'ils sont associés. (V. au contraire pour le *pactum de non petendo in rem* : ALBERTARIO, *Le obbligazioni solidali*, Milan, 1948, p. 185 ; cf. C. C., art. 1284 et 1285 : différence entre la remise totale et partielle de la dette). On ne peut invoquer *en compensation* les créances de son codébiteur que si on est son associé (D., 45, 2, 10 ; C. C., art. 1294).

Sur l'éternelle discussion relative à la différence entre obligations coréales et *in solidum*, v. principalement : BONFANTE, Il concetto unitario della solidarietà, dans *Scritti giuridici varii*, t. III, 1921, p. 209 ss., 368 ss. ; t. IV, 1926, p. 568 ss. ; ALBERTARIO, *Corso di diritto romano : le obbligazioni solidali*, Milan, 1948 ; et récemment BRANCA, Unum debitum plures obligationes, dans *Rivista di diritto commerciale*, 1954, p. 350 ss.

ANCIEN DROIT. — V. ALBERTI, *Le obbligazioni solidali sorgenti de stipulazione correaale nella doctrina del diritto intermedio*, Turin, 1937 ; ROTA, *Note nella dottrina del regresso nelle obbligazioni solidali presso i glossatori*, 1936. Comme en droit romain, la solidarité ne se présume pas. Elle n'est cependant pas forcément conventionnelle. V. les exemples donnés par POTHIER, n° 226 ss. : associés de commerce, etc. Sur l'idée de représentation entre codébiteurs solidaires v. CHABROL, art. 218 de la *Coutume d'Auvergne* ; AUROUX DES POMMIERS, *Coutume de Bourbonnais*, 3, n° 10 ss. ; DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions*, p. 59. Sur la solidarité en matière fiscale, v. VILLAIN, L'abolition de la solidité, dans *RHD*, 1950, p. 236 ss.

Sur la *division du recours* que le débiteur, qui a payé, a contre les codébiteurs, v. POTHIER, n° 281, il faut éviter un « circuit d'actions ».

DU MOULIN a parfaitement saisi combien devient difficile la distinction entre solidarité et indivisibilité dès lors que l'on admet, à côté d'une indivisibilité naturelle à raison de l'objet de l'obligation, l'existence d'une indivisibilité conventionnelle (*Extricatio*, 3, 104 ss.). Rattachant celle-ci à celle-là, il recherche le critère de la distinction sinon dans l'objet de la dette du moins dans la manière dont il est dû. On doit, s'il y a indivisibilité : « *totum... sed non statim totaliter* », tandis que s'il y a solidarité on est redevable : « *non solum ad totum, sed etiam totaliter* », la question de la contribution étant réservée. Le débiteur solidaire est tenu à raison d'un lien personnel (*fides* : DU MOULIN, 3, 156), le débiteur indivisible, à raison de la nature de l'objet ou du but poursuivi par les parties. A la différence de notre droit moderne, pas plus POTHIER que DU MOULIN ne font, en effet, état d'une indivisibilité conventionnelle jouant *dès l'origine*. Il y aura donc, pour les héritiers, une indivisibilité qui sera la conséquence du contrat passé par leur auteur. Si un paiement partiel paraît contraire au but poursuivi par les parties, à la mort du débiteur il ne pourra y avoir division de sa dette (par exemple : paiement d'une rançon pour sortir de captivité). Dans notre ancien droit, l'indivisibilité conventionnelle, très proche de l'indivisibilité implicite, peut encore se différencier par sa nature de la solidarité. Le problème est plus délicat en droit moderne et c'est ce qui explique la place faite au critère tiré de la représentation.

LES SURETÉS PERSONNELLES

DROIT ROMAIN. — La bibliographie est surtout italienne. V. en dernier lieu : P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padoue, 1962, et une synthèse caractérisant l'esprit de la législation romaine sur le cautionnement dans J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *RHD*, 1961, p. 501 ss.

ORIGINES. — L'hypothèse selon laquelle les anciennes cautions auraient été des otages ne peut être retenue, si l'on entend par là que le garant se livrait immédiatement au créancier. En revanche, l'idée que le garant aurait été anciennement seul obligé, est renforcée par certains textes qui nous montrent que le débiteur principal pouvait garantir sa propre dette aux côtés de ses cautions. V. sur les origines procédurales du cautionnement : NEGRO, *La cauzione per le spese*, Padoue, 1954, p. 1 ss.; c. r. de KASER, dans *ZSS*, 1955, p. 406, et sur la pratique à l'époque de Cicéron : J. MACQUERON, *Le cautionnement moyen de pression* (dans la pratique contemporaine de Cicéron), dans *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1958, p. 5 ss.

FIDEJUSSIO. — Le formalisme de ce contrat verbal s'atténuera dans la même mesure que celui de la stipulation.

EXTINCTION. — Outre la disparition de la dette principale, la *fidejussio* s'éteint par confusion des qualités de fidéjusseur et de débiteur principal, sauf si l'obligation du fidéjusseur est plus avantageuse pour le créancier que celle du débiteur principal (*fidejussio* avec hypothèque). Sur un point particulier, v. en dernier lieu PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal paterfamilias e dal fideiussore*, dans *Studi U. E. Paoli*, p. 569 ss.

MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE. — L'opposabilité par la caution des exceptions du débiteur principal est plus difficilement admise que dans la *fidejussio*, le mandat est en effet le promoteur de toute l'opération (v. par exemple : D., 4, 4, 13, pr.).

SYNTHÈSE. — Sur la gêne que l'effet extinctif de la *litis contestatio* occasionne pour le créancier qui veut poursuivre successivement le débiteur principal et les différents fidéjusseurs, et sur les palliatifs de la pratique, v. de MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, t. I, Rome, 1940, *passim*. En dernier lieu et sur un point de détail, AMIRANTE, *Iusiurandum fideiussoris*, dans *Scritti giuridici per il centenario della casa ed. Iovene*, 1954, p. 787 ss.; CASAVOLA, D., 45, 2, 11, pr., dans *Iura*, 1955, p. 155 ss.

INTERCESSION. — Cet acte, par lequel une personne prend à sa charge l'obligation d'une autre, ne comporte en apparence aucun risque d'appauvrissement. Son caractère insidieux a obligé le législateur romain à en prémunir certaines personnes considérées comme peu averties (v. t. III : S.-c. Velléien).

ANCIEN DROIT. — La plupart des ouvrages généraux cités à propos des contrats traitent de la fidéjussion : exposé particulièrement net d'YVER, *Les contrats...*, p. 135, et de M. CASTAING-SICARD, *Les contrats...*, p. 379-403. La Société Jean-Bodin et la Société d'hist. du droit bourguignon ont spécialement étudié la question en 1964 : cf. pour le pays de Vaud, J.-J. LEU, Lausanne, 1958 [*Bull. hist. vaudoise*, fasc. 20] ; pour la Suisse romande, J.-F. POUURET, *MHDB*, 1964, p. 45 ; *RHD*, 1964, p. 719 ; pour la Lorraine,

J. COUDERT, *MHDB*, 1964, p. 107 ; pour la Franche-Comté, J. GAY, *ibid.*, p. 120 ; pour les Pays-Bas, Ph. GOUDING, *RHD*, 1963, p. 680. Cf. également l'article de G. PARTSCH, *ZSS, Germ.*, 1960, p. 87-153, qui établit un lien entre cautionnement et garantie d'éviction. Quelques indications utiles dans FRICAUDET, *Essai sur la fidéjussion en Bourgogne*, 1907, et COLLINET, *La saisie privée*, 1893, p. 154.

Sur les pratiques italiennes du *Mediator epistolarius*, R. TRIFONE, *Atti dell'Acc... di Napoli*, 1937 ; sur le *pactum obstagii* par lequel le débiteur s'engageait à demeurer à la discrétion du créancier (dans une auberge), X, II, 24, 9 ; BESTA, *Il pactum obstagii*, 1908 ; sur l'*instrumentum garanti-giatum*, G. MELONI, dans *Studi... di Cagliari*, 1915 et D. BIZZARRI, *Memorie... di Torino*, 1932. Indications fort utiles dans F. BEYERLE, *Der Ursprung der Bürgschaft*, *ZSS Germ.*, 1927, p. 567 et ASTUTI, *Pactum geminatum*, *Studi Besta*, I, 1939.

CHAPITRE II

LES SURETÉS PAR DROIT DE PRÉFÉRENCE EN DROIT ROMAIN

[318] SITUATIONS LÉGALES PRIVILÉGIÉES. — Certaines techniques permettent au créancier de bénéficier, sur les biens de son débiteur, d'un droit de préférence par rapport aux autres créanciers. Les unes ont été créées dans ce but (fiducie, gage, hypothèque), les autres produisent cet effet accessoirement, elles correspondent à la catégorie moderne des *situations légales privilégiées*. Ces dernières, en dépit de leur diversité, peuvent être rattachées à deux conceptions très voisines : celle du *negotium* et celle de l'*in rem versum*. 1) Par *negotium* il faut entendre un rapport économique complexe qui est la source d'obligations réciproques. Ainsi se justifie, sinon s'explique : a) La situation privilégiée dont jouit celui qui invoque la résolution du contrat ; b) Lorsqu'elle produira ses effets sur le transfert de droits réels, l'exception non *adimpleti contractus* ou encore ; c) La compensation, du moins à son origine (v. p. 215 ; v. également en matière de succession : la technique du rapport de dettes).

2) La conception de l'*in rem versum* (enrichissement) a un caractère moins technique, elle est plus difficile à justifier en équité. Elle a pour elle une apparence de logique : le créancier qui en faisant entrer une valeur dans le patrimoine du débiteur l'a enrichi, a un droit de préférence sur cette valeur (droit de rétention, privilèges). En réalité, les considérations pratiques l'emportent ici sur les préoccupations techniques. Les juristes sont obligés d'admettre, sous le couvert des principes de justice commutative, des formes à peine évoluées de justice privée.

[319] LE DROIT DE RÉTENTION. — Le rapport juridique, qui a mis le bien entre les mains d'une personne, explique l'exercice de la rétention. Le vendeur non payé retient la chose à titre de gage (*quasi pignus* : D., 19, 1, 13, 8 ; cf. C. C., art. 1612-1613). En cas de résolution de la vente pour vice caché, l'acheteur retiendra le bien jusqu'à ce que le vendeur : lui rende le prix, l'indemnise des dommages causés par la chose et le rembourse des impenses (D., 21, 1, 29, 3 ; 30, 1). Dépositaire (C., 4, 34, 11 ; C. C. art. 1948), commodataire (D., 47, 2, 60 ; C. C., art. 1890), ont un droit de rétention pour les créances nées du contrat. Le capitaine de navire a le même droit, sur les marchandises transportées, pour procéder au règlement des avaries communes (*Lex Rhodia de jactu*). Parfois, aucun rapport juridique n'existe entre les parties, et le droit de rétention s'explique par un simple rapport de fait ou par l'idée d'enrichissement injuste (impenses du possesseur de bonne foi : D., 13, 1, 13 ; 25, 1, 5, 3).

Le droit de rétention est sanctionné par l'exception de dol. Comme en droit moderne, la perte matérielle de la chose fait disparaître le droit de rétention. Droit essentiellement négatif dans ses effets, la rétention peut être opposée à une action réelle ; moyen de pression très efficace dans la pratique, elle aboutit parfois à une sorte de chantage, elle n'a jamais été étudiée systématiquement par la doctrine (v. n° 193, les rapports de cette technique avec la compensation).

[320] LES PRIVILÈGES. — Sûreté par droit de préférence, le privilège est accordé à raison de l'intérêt que mérite : 1) La personne du créancier ; ou 2) L'origine de la créance.

1) Un privilège est reconnu aux incapables, impubères, fous, prodigues, sur les biens de leur tuteur ou curateur, et à raison de sa gestion. La femme bénéficie du même avantage, sur les biens de son mari, pour la restitution de sa dot. Enfin le fisc et quelques cités ont un privilège sur le patrimoine de leurs débiteurs.

2) La notion de *in rem versum* justifie parfois l'octroi d'un privilège sur le bien qui a été réparé, reconstruit, ou sur le navire qui a été équipé. Droit du déposant sur les biens du dépositaire dans le cas de dépôt irrégulier. Privilège, enfin, de séparation des patrimoines reconnu aux créanciers héréditaires,

sur les biens d'une succession, à l'encontre des créanciers de l'héritier.

A la différence de notre droit moderne : 1) Le privilège romain n'est donc pas seulement fonction de l'origine de la créance ; 2) Surtout, le créancier privilégié passe avant les créanciers chirographaires, mais après les créanciers hypothécaires.

[321] SURETÉS RÉELLES. — Ce type de sûretés présente sur les précédents un double avantage d'ordre technique et économique. Sûretés obtenues par la constitution d'un droit réel, elles évitent la recherche d'un intermédiaire qui s'avérera de plus en plus difficile à trouver avec le relâchement de la solidarité. Le créancier qui s'est vu concéder le droit réel est efficacement protégé par un droit de préférence à l'égard des autres créanciers et d'un droit de suite à l'encontre de tous. L'empirisme de la technique se traduit à la fois par la diversité (1) *Fiducie* ; 2) *Gage* ; 3) *Hypothèque*) des sûretés accordées et par l'évolution de la nature du droit concédé au créancier. A la différence de ce qui s'était passé pour les sûretés personnelles, le législateur fera preuve de réserve, il se bornera à prohiber les abus des créanciers. Les intérêts des parties se concilieront en conformité avec les exigences du crédit, sans que l'emporte une *favor debitoris* systématique, néfaste en définitive à celui qu'elle prétend protéger.

[322]

I. — LA FIDUCIE

Cet acte générique de l'ancien droit romain est à l'origine de la plupart des contrats réels (v. nos 22 et 26). Passé avec un créancier (*fiducia cum creditore*) il lui donne une garantie extrêmement forte puisqu'il le rend propriétaire du bien donné en garantie. A l'échéance, si le créancier n'est pas payé, il gardera le bien, s'il l'est, la restitution de l'objet sera assurée par une action personnelle (*actio fiduciae*). Procédé incommode par suite du formalisme du transfert de propriété, désavantageux pour le débiteur qui se prive de l'usage du bien en même temps qu'il épuise d'un coup tout le crédit qu'il peut en tirer, la *fiducie* est également dangereuse pour celui qui, après avoir

remboursé son créancier, risque de se heurter à son insolvabilité sans pouvoir invoquer de droit de préférence (action personnelle). L'utilisation de la fiducie pendant toute l'époque classique s'explique par les avantages procurés au créancier bien souvent maître du contrat. Sa décadence est surtout fonction de la désuétude des modes formalistes de transfert de la propriété.

[323] II. — LE GAGE (*pignus*)

Contrat réel, synallagmatique imparfait et de bonne foi, le gage, à la différence de la fiducie, se réalise par la remise au créancier de la chose donnée en garantie. Alors que le créancier fiduciaire devient propriétaire, le créancier gagiste n'obtient que la possession *ad interdicta*, c'est-à-dire protégée par les interdits possessoires (v. t. II, n° 119 ss.). Il semble qu'à l'origine le gage ait eu un caractère plus mystique qu'économique. Considéré comme une émanation du corps du débiteur, le gage permettait d'agir sur lui par des procédés magiques. Largement utilisée, dès la fin de l'ancien droit, cette technique réalise une certaine conciliation entre les intérêts du débiteur et ceux du créancier. La supériorité économique de ce dernier se traduit cependant par un grand nombre de clauses qui favorisent l'usure.

[324] LES OBLIGATIONS DU CRÉANCIER ET L'USURE. — Tenu essentiellement de restituer le bien engagé à l'extinction de la dette, le créancier ne le considère pas seulement comme une garantie, il cherche avant comme après l'échéance à en profiter en faisant insérer différentes clauses dans le contrat. 1) Avant l'échéance, il peut, grâce à la convention d'*antichrèse*, d'origine grecque, garder les fruits perçus à titre d'intérêts (C., 4, 32, 17 ; cf. C. C., art. 2085 ss. et sa renaissance, occasion de fraudes, RIPERT et BOULANGER, II, n° 3616). Cet « échange de revenus » est un forfait non seulement commode (inutilité d'une stipulation d'intérêt) mais en général avantageuse pour le créancier, la valeur du bien engagé et donc des fruits étant bien supérieure à la dette et à ses intérêts. Largement utilisée à l'époque classique, la convention sera considérée au Bas-Empire comme

sous-entendue dans les prêts d'argent sans stipulation d'intérêt (D., 20, 2, 8, *itp.*, qui prohibe l'usure bien difficile à apprécier en pareil cas). Si l'antichrèse ne s'applique pas, les fruits perçus s'imputeront sur le capital de la dette ; 2) Après l'échéance, l'emploi du *pacte comissoire* permet au créancier non payé d'acquérir de plein droit la propriété du bien engagé. Cette clause, utilisée dès le II^e siècle avant J.-C. (CATON, *De agricultura*, 146), favorise l'usure compte tenu de la différence habituelle de valeur entre la créance et le bien, elle sera prohibée par Constantin (C., 8, 34, 2 : le pacte comissoire est nul, mais le contrat de gage subsiste, cf. POTHIER, *Traité de nantissement*, n^o 18, et C. C., art. 2078). Une clause, plus conforme à l'intérêt commun des parties, sera en revanche d'un emploi fréquent sous l'Empire, au point qu'elle deviendra clause de style, elle permet au créancier de faire vendre le bien (D., 20, 1, 35 ; cf. la clause permettant au créancier de garder la chose après estimation du juste prix : D., 20, 1, 16, 9 : v. n^o 332).

Outre l'obligation de restituer, s'il est payé à l'échéance, le créancier est tenu de veiller à la conservation de la chose comme un bon père de famille, il est responsable de sa *culpa levis in abstracto*.

[325] LES OBLIGATIONS DU DÉBITEUR. — 1) Obligation négative d'abord : le débiteur doit laisser le créancier en possession ; 2) Obligation enfin d'indemniser éventuellement le gagiste de ses impenses.

En dépit des améliorations apportées au système du crédit par le gage, cette technique n'en demeurerait pas moins très imparfaite. Certes le débiteur après avoir payé ne court plus le risque de se heurter à l'insolvabilité du créancier, il conserve son action réelle sur le bien engagé. Le gage reste cependant à peine moins incommode que la fiducie et tout aussi désavantageux pour le débiteur. Dépossédé, ce dernier épuise d'un coup tout le crédit qu'il pourrait tirer de la chose si sa valeur est supérieure à la créance, il perd enfin la jouissance du bien engagé. C'est en cherchant à éliminer ces inconvénients que la pratique dégagera une nouvelle forme de sûreté : l'hypothèque.

[326] III. — L'HYPOTHÈQUE

1^o *Origines.* — L'hypothèque romaine est en partie issue de la technique grecque, dont elle a pris le nom, en partie le résultat de l'évolution du contrat de gage. L'hypothèque grecque, à l'origine, est une sorte d'aliénation sous la condition suspensive de non-paiement à l'échéance, mais jusque-là le débiteur restera en possession du bien engagé. Le transfert du bien vaut dation en paiement forfaitaire : la nouveauté consiste donc dans l'absence de dépossession du débiteur, sans que les intérêts du créancier soient négligés pour autant. Mais le gage romain aboutit à des effets analogues grâce à l'adjonction de clauses.

Gage sans dépossession. — Tous les pactes adjoints à un gage ne sont pas, en effet, dans l'intérêt du créancier. Certains, utilisés indifféremment pour la fiducia et le gage, prévoient la restitution du bien au débiteur. Le créancier fiduciaire grâce à l'action réelle, le gagiste avec les interdits possessoires, mettront un terme, quand ils le voudront, à la détention précaire de l'autre partie. Cette pratique se généralise au II^e siècle avant J.-C., comme nous le montrent les formulaires de contrats agricoles de CATON (*De agricultura*, 146 ss.). D'une façon générale, on constate que les agriculteurs garantissent avec leur outillage l'exécution des obligations qu'ils ont contractées envers le propriétaire. Ce dernier n'entre pas en possession d'un matériel indispensable à ses débiteurs, il se contente d'exercer un droit de rétention sur « les choses amenées et apportées sur le fonds » (*invecta et illata*). Il y a gage sans dépossession du débiteur. Les pactes qui modifient ainsi le gage des fermiers finissent par devenir de style.

A la fin de la République, le prêteur consacre ces pratiques, il les sanctionne grâce à une procédure spéciale qui permet au créancier d'entrer en possession de l'outillage en cas de non paiement à l'échéance (*interdit Salvien*). Cette technique de gage sans dépossession ou de « gage différé » (VILLERS, p. 35) montre bien le passage de l'idée de gage à celle d'hypothèque. Pour en arriver à cette dernière, il fallait accorder au créancier un droit réel sur les *invecta et illata*, c'est ce qui sera admis

au début de l'Empire grâce à l'*action prétorienne Servienne*. Le domaine d'application de ces mesures est enfin étendu à toutes choses pouvant faire l'objet d'une vente (*action quasi Servienne*), l'hypothèque est créée.

« Il n'y a entre le gage et l'hypothèque qu'une différence de nom » (D., 20, 1, 5, 1). Cette affirmation, à première vue surprenante, s'explique par les effets de cette sûreté qui sont en majeure partie le résultat d'une transposition du gage. Le particularisme de l'hypothèque s'affirme au contraire par la diversité de ses sources et par ses causes d'extinction.

[327] 2^o VARIÉTÉS D'HYPOTHÈQUES. — Pacte prétorien, créé pour des raisons pratiques, l'hypothèque doit à son origine son extrême souplesse et l'étendue de son domaine d'application. En droit moderne, il existe trois sortes d'hypothèques : conventionnelle, judiciaire, légale. Les Romains utilisent le gage (*pignus ex causa iudicati captum*) à la place de l'hypothèque judiciaire, mais il existe une hypothèque testamentaire.

[328] a) *L'hypothèque conventionnelle* exige, en droit français, un acte notarié. Ce formalisme s'explique par le caractère insidieux de l'engagement : il y a en fait « aliénation partielle » du bien hypothéqué, sans que le débiteur s'en rende bien compte. Cette méfiance envers le constituant d'hypothèque n'existe pas en droit romain, bien que des préoccupations analogues se retrouvent en matière d'intercession (v. n^o 317). Spéciale et ne pouvant porter que sur des droits immobiliers, notre hypothèque se différencie encore de la sûreté romaine. Celle-ci porte aussi bien sur les meubles que sur les immeubles, sur une servitude ou un usufruit, une créance (D., 13, 7, 18, pr.) ou une hypothèque (D., 20, 1, 13, 2), enfin elle peut être générale. La forme générale est même la plus fréquente, ce qui tient à une très grave imperfection du système romain : l'absence de publicité.

Publicité. — Dans certaines cités grecques, ainsi qu'en Egypte, existaient des livres fonciers dans lesquels étaient désignés les fonds de terre, on y inscrivait les actes juridiques qui en modifiaient le statut. Selon les lieux et les époques, la publicité était efficacement assurée : soit par l'apposition sur l'immeuble hypothéqué d'une stèle avec mention de l'hypothèque

et du nom du créancier, soit par dépôt d'une copie de l'acte constitutif de l'hypothèque aux archives publiques. Ces usages persistent à l'époque romaine, mais ils ne sont pas admis en Occident. Pour atténuer le risque du caractère occulte des constitutions, on utilise normalement l'hypothèque générale qui, sous JUSTINIEN, s'applique aux biens présents et à venir (C., 8, 16, 9). Au Bas-Empire, le législateur s'efforce de faire admettre la publicité par des mesures indirectes. 1) On punit le stellionat, c'est-à-dire la fraude consistant à aliéner ou hypothéquer un bien sans déclarer les hypothèques qui le grèvent (D., 13, 7, 36, 1 ; 47, 20, 3, 1) ; 2) En 472, pour stimuler les créanciers, on décide que l'hypothèque constatée par acte public, ou par acte privé signé par trois témoins, primera les hypothèques occultes même antérieures en date (C., 8, 17, 11). Il n'y a là que des tentatives d'organisation de la publicité.

Cette grave lacune exceptée, l'hypothèque conventionnelle correspond aux exigences du crédit. Elle peut garantir une dette quelconque, civile ou naturelle, à terme ou conditionnelle, ou même future (ouverture de crédit : D., 20, 1, 5, pr.). Peut constituer hypothèque : le titulaire du droit donné en garantie, mais l'hypothèque de la chose d'autrui peut devenir valable après coup (ratification du propriétaire ou débiteur devenant propriétaire ; D., 13, 7, 20 ; 20, 1, 16, 1). La représentation parfaite, exceptionnelle en droit romain, est admise aussi bien au profit du créancier que du constituant (C., 4, 27, 3).

[329] b) *L'hypothèque légale* est qualifiée par les Romains de *tacite* (D., 20, 2), car en protégeant ainsi certaines créances, le législateur présume la volonté des parties. Le fisc figurant parmi les bénéficiaires de ces mesures (C., 8, 14, 1-2), on ne doit pas s'exagérer l'importance d'une telle présomption, c'est l'intérêt public qui justifie certaines hypothèques légales. Outre certaines hypothèques spéciales : celle du bailleur d'un fonds rural ou d'une maison, respectivement sur les récoltes (D., 20, 2, 7) ou sur les meubles (D., 20, 2, 4, pr.), il existe des hypothèques légales générales : celle des personnes en tutelle ou curatelle sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, et des hypothèques privilégiées. Ces dernières emportent droit de préférence absolu. Elles correspondent aux privilèges spéciaux

de notre Code civil qui priment les créances hypothécaires, alors qu'en droit romain le privilège passe avant la créance chirographaire mais après l'hypothèque. Le fisc, pour certaines de ses créances, la femme, pour la restitution de sa dot et sur les biens de son mari, bénéficient d'hypothèques générales privilégiées. [330] c) *L'hypothèque testamentaire* garantit l'exécution d'un legs (C., 6, 43, 1). Cette sûreté s'est dégagée lentement à la fin de l'époque classique. On la considère, à l'origine, comme un quasi-gage (*velut pignus* : C., 6, 54, 3), il est seulement opposable à ceux qui ont eu connaissance de la disposition qui le constituait.

[331] 3^o EXTINCTION. — a) Droit *accessoire*, par *voie de conséquence* l'hypothèque s'éteint avec la créance garantie. L'extinction de la créance doit être totale, en cas de paiement partiel, l'hypothèque, qui est indivisible, subsiste intégralement pour garantir le surplus de la créance. Mais l'hypothèque survit si la créance subsiste comme obligation naturelle.

Successio in locum. — Pour des raisons d'utilité, l'hypothèque peut survivre au paiement de la dette par un tiers pour permettre à ce dernier de se faire rembourser. Ce tiers sera souvent un créancier de second rang (D., 20, 4, 20). Il exerce un véritable droit (*jus offerendi* : *Paul. Sent.*, 2, 13, 8), et peut obliger le créancier à accepter le paiement (v. n^o 332). En remboursant sa créance à celui qui se trouve avant lui, il devient libre de choisir le moment le plus favorable pour vendre au plus haut prix le bien hypothéqué et être indemnisé moins imparfaitement. Le créancier prioritaire, au contraire, pouvait se contenter d'un prix bien moindre, sûr qu'il était d'être remboursé. La cession de rang hypothécaire joue dans d'autres cas, notamment en faveur de l'acquéreur du bien hypothéqué qui emploie le prix à désintéresser le créancier premier en rang (D., 20, 4, 17). Pour les autres créanciers qui n'ont pu être payés sur le prix, leur hypothèque s'éteint par voie principale, c'est-à-dire en dépit de la survivance de leur créance ; b) L'hypothèque s'éteint par voie principale, comme en droit moderne, notamment par renonciation expresse ou tacite du créancier hypothécaire (D., 2, 14, 17, 2), par confusion ou consolidation (réunion sur la même tête des qualités de créancier hypothécaire et de pro-

priétaire), par perte totale de la chose (D., 20, 6, 8, pr.), par prescription de la chose hypothéquée qu'il faut distinguer de la prescription de la créance : prescription acquisitive de dix à vingt ans si le tiers détenteur a juste titre et bonne foi, sinon de trente ans (D., 44, 3, 5, 1 ; 12).

[332] 4^o EFFETS. — Gage virtuel, l'hypothèque voit ses effets se réaliser après l'échéance en cas de non-paiement, ils se traduisent par : a) Un droit de suite (*jus possidendi*) et b) Un droit de vente (*jus distrahendi*), ainsi se trouvent sauvegardés les droits des créanciers qui bénéficient de tous les avantages attachés au droit de gage. Mais à la différence de ce dernier procédé, l'hypothèque permet au débiteur de tirer le maximum de crédit d'un bien. L'absence de dépossession ne lui laisse pas seulement la jouissance de la chose hypothéquée, elle lui permet de donner le même bien en garantie de plusieurs créances, ce qui aboutit à donner au c) *Droit de préférence* des créanciers une certaine relativité.

a) *Droit de suite*. — Le créancier, qui n'a pas reçu satisfaction en temps utile, a le droit de prendre possession de la chose hypothéquée. Si le constituant de l'hypothèque s'y oppose, il sera condamné au paiement de la créance garantie (GAIUS, 4, 51). Si le défendeur est un tiers détenteur, il peut arrêter les poursuites du créancier en le remboursant (D., 20, 4, 12, 1), sinon il sera condamné à payer la valeur de la chose, la somme excédant la créance étant versée au débiteur ou aux créanciers hypothécaires subséquents (D., 20, 1, 21, 3).

Conformément à l'évolution constatée en matière de sûretés personnelles, sous l'Empire, le législateur atténue la rigueur des poursuites contre le tiers détenteur par des mesures dilatoires. Un *bénéfice de discussion*, au III^e siècle, oblige le créancier qui a deux hypothèques, générale et spéciale, à utiliser d'abord celle-ci (C., 8, 13, 2 et 10 ; cf. C. C., art. 2170). Un autre bénéfice de discussion, créé sous JUSTINIEN, oblige le créancier à discuter d'abord le patrimoine de ceux qui sont personnellement tenus de la dette : débiteur et cautions (*Nov.*, 4, 2). Enfin le tiers détenteur a droit à la cession des actions que le créancier peut avoir contre le débiteur, ainsi qu'aux indemnités d'usage pour ses impenses (D., 20, 4, 19 ; 39, 2, 44, 1).

Par application des règles admises pour le gage : 1) Le créancier hypothécaire peut, pour se faire *rembourser ses créances chirographaires*, exercer un droit de rétention sur le bien hypothéqué même après paiement de sa créance garantie par hypothèque. Ce droit n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires de rang ultérieur, mais aux seuls créanciers chirographaires ; 2) Il doit, sauf convention d'antichrèse, imputer la valeur des fruits sur le capital de la dette ; 3) Il est responsable de *sa culpa levis in abstracto*.

b) *Droit de vente*. — La prohibition du pacte commissaire fut appliquée par CONSTANTIN à l'hypothèque comme au gage. Dans les deux formes de sûretés réelles, nous retrouvons deux clauses permettant de pallier la prohibition. L'une permet au créancier, qui par suite des crises économiques ne trouve pas à vendre le bien à un prix raisonnable, de le garder avec l'autorisation de l'empereur (*impetratio dominii* : v. n° 324). L'autre, qui deviendra une clause de style au III^e siècle (*Paul. sent.*, 2, 51) et aura même un caractère d'ordre public sous JUSTINIEN (*D.*, 13, 7, 4, *itp. in fine*), autorise la vente du bien aux enchères. Tout ce que peut faire le débiteur, c'est ici encore de bénéficier des mesures dilatoires accordées par JUSTINIEN : triple sommation de payer et délai de deux ans à compter de la dernière. En dépit de ces lenteurs, l'hypothèque est un instrument de crédit pratique, elle permet à la fois de satisfaire le créancier et d'assurer au débiteur une meilleure utilisation de son crédit. Mais la possibilité pour plusieurs créanciers de se payer sur le prix de la vente nécessite l'élaboration d'une technique complexe, le droit de préférence perd le caractère absolu qu'il avait en matière de gage.

c) *Droit de préférence*. — *Prior tempore potior jure* (C., 8, 17, 3), tel est le principe d'équité utilisé pour départager les créanciers qui ont une hypothèque sur le même bien. L'antériorité de la date du pacte d'hypothèque assure la priorité de rang. Des différents cas d'espèce tranchés par les juristes romains, il ressort que le premier créancier a des droits exorbitants ce qui montre que le système est mal adapté à la pluralité d'hypothèques. Le premier créancier est libre de choisir le moment de la vente, une fois remboursé, il n'est tenu de verser le solde

du prix aux créanciers de rang inférieur qu'en vertu d'une action personnelle. Négligence, dol, connivence avec le débiteur, autant d'abus contre lesquels les créanciers subséquents se trouvent désarmés. Le seul palliatif vraiment efficace consiste à succéder au rang du premier créancier en offrant de lui rembourser sa créance, ce qu'il est obligé d'accepter (D., 20, 4, 11, 4, v. n° 331). Un autre remède résulte du large emploi des hypothèques générales. Dans la pratique, on assigne les droits du premier créancier sur certains biens, le reste de son patrimoine est ainsi libéré et se trouve à la disposition des autres créanciers. Mais l'hypothèque générale est peu conforme aux exigences du crédit et à la sécurité des transactions. Ici encore le défaut de publicité explique l'état embryonnaire de la technique romaine.

ÉTAT DES QUESTIONS

LE DROIT DE RÉTENTION. — Indépendamment de tout rapport : soit de droit, soit de fait, et de toute idée d'enrichissement injuste, le créancier gagiste, payé de sa créance garantie, peut se refuser à restituer la chose s'il n'est pas payé de toutes les créances qu'il a contre son débiteur. Il ne semble pas, en dépit de toute logique, que les juristes classiques aient considéré qu'il y avait incompatibilité entre la rétention et l'idée de bonne foi ; *contra* : MARTONE, D., 14, 2, 2, pr. « *retentio* » e « *iudicia bonae fidei* », dans *Iura*, 1955, p. 170 ss. V. en dernier lieu NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano III : Dogmatica giustiniana*, Parme, 1957.

LES PRIVILÈGES. — En cas de concours entre créanciers privilégiés, l'ordre est indépendant de la date des créances. Si celles-ci ont la même origine, il y a concours au *pro rata* du montant de chacune, sinon une hiérarchie, qui nous est mal connue, existait en fonction des origines différentes des créances.

LA FIDUCIE. — Propriétaire du bien donné en garantie, le créancier non payé à l'échéance peut le vendre, mais il s'expose à l'*actio fiduciae* s'il est remboursé ultérieurement. Une clause spéciale (pacte de *distrahendo*) pouvait autoriser le créancier à vendre à l'échéance, en cas de prix supérieur à la dette il restitue le surplus, sinon il reste créancier de la différence. Sur tous ces détails techniques, v. BIONDI, *Judicia bonae fidei*, t. I, Milan, 1920, p. 132 ss.

LE GAGE. — Cette forme de sûreté peut être tacitement constituée. Droit du bailleur d'immeuble urbain sur les meubles du locataire pour le paiement de son loyer (D., 20, 2, 4 et 6). Pour un rapprochement possible avec le droit de rétention : D., 43, 32, 1, pr. Elle n'est pas nécessairement contractuelle.

Cf. l'antique action de la loi *per pignoris capionem* (GAIUS, 4, 26-29) et au Bas-Empire : le *pignus ex causa iudicati captum*. Son large domaine d'application tient à la fois à la variété de son objet (meuble ou immeuble, chose corporelle ou droit réel) et à la possibilité pour un non propriétaire d'engager le bien qu'il possède de bonne foi. Sur le problème du gage de la chose d'autrui, v. VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui*, Rome, 1930, p. 82 ss. Comme tous les contrats synallagmatiques imparfaits, le gage est sanctionné par une action *directa* accordée au débiteur, et une action *contraria* au créancier. Ce dernier a en outre des interdits possessoires et une action de vol contre le débiteur qui reprendrait indûment son bien (vol d'usage). Le débiteur conserve l'action réelle du propriétaire et dispose de l'action de vol contre le créancier qui s'est servi du bien engagé. V. sur toutes ces questions, outre la bibliographie citée par KASER, p. 388 ss. : S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, *Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo dell'Univ. di Roma*, 1959 ; F. B. J. WUBBE, *Res Aliena pignora data*, in *het Klassieke Romeinse Recht*, Leyden, 1960 ; A. GOURON, Gage confirmatoire et gage pénitentiel en droit romain, *RHD*, 1961, pp. 5 et 197 ss.

ANTICHRÈSE. — Au sujet d'une influence possible du droit public sur l'origine de l'antichrèse, v. MARQUARDT, *De l'organisation financière des romains*, Paris, p. 198. Si l'Etat a peut-être donné l'exemple, il s'efforce au contraire, dans l'Empire byzantin, de réagir contre les abus de l'antichrèse en limitant l'application de cette clause dans le temps. V. J. DE MALAFOSSE, Les lois agraires à l'époque byzantine, dans *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1949, p. 51 ss.

PACTE COMMISSOIRE. — L'apparition de la clause permettant au créancier gagiste de garder le bien, après estimation du juste prix, s'explique par la pénurie de numéraire qui sévit souvent pendant l'Empire. Pour les mêmes raisons lorsque le créancier ne trouvait pas acheteur à un prix raisonnable, il demandait au magistrat de lui attribuer le bien après l'avoir fait estimer (*impetratio dominii* : C., 8, 33, 1). Nulle idée de forfait dans cette attribution : le créancier a droit au surplus de sa créance, si la valeur du bien est inférieure à celle-ci ; le débiteur est copropriétaire d'une partie du bien, si sa valeur excède celle de la créance. Enfin pendant le délai d'un an, ou de deux ans sous Justinien, le débiteur peut, en remboursant la dette, reprendre le bien. Certains pensent que la même procédure était applicable à la fiducia. Sur ces questions, v. BURDESE, *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus*, Turin, 1949 ; A. BISCARDI, La « lex commissoria » nel sistema delle garanzie reali, *Studi Betti*, II, 1962, p. 575.

L'HYPOTHÈQUE. — Origines. — V. dans SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 410 ss. un bon exemple d'hypercritique interpolationiste : toutes les hypothèques légales seraient byzantines, seul le D., 27, 9, 3, pr., trouve grâce devant l'auteur. La confusion terminologique entre le gage et l'hypothèque (*pignus* désigne indifféremment l'une ou l'autre des deux institutions) s'explique par l'origine de l'hypothèque. Certains pensent que l'*interdit Salvien*, d'abord délivré par le prêteur pour permettre au créancier d'entrer en possession des *invecta et illata*, permettait de reprendre les biens entre

les mains d'un tiers acquéreur (v. MONIER, p. 319, n. 2 ; *contra* BIONDI, p. 421 ; DI MARZO, *Manuale*, p. 177).

Outre l'origine grecque et celle tirée de l'évolution du gage, on a, comme pour la vente et le louage, recherché une origine dans le droit public, mais la publicité des garanties constituées pour les créances de l'Etat se concilie difficilement avec cette thèse, v. bibliographie citée par KASER, I, p. 389 ss., l'étude de base reste toujours celle de HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, 1899, v. également KRELLER, *Pfand rechtliche Interdikte und formula Serviana*, dans ZSS, 1944, p. 306 ss., et J. MIQUEL, *El rango hipotecario en el Derecho romano clásico*, AHDE, 1959, p. 229.

VARIÉTÉS D'HYPOTHÈQUES. — L'absence de publicité de l'hypothèque romaine est d'autant plus dangereuse que, par exception au droit commun, l'accord de volontés suffit à la constitution d'un droit réel. Les tiers ne peuvent arguer de l'opposabilité de l'acte occulte. Sur les problèmes que pose l'hypothèque de la chose d'autrui, v. VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Rome, 1930, p. 52 ss. ; KOSCHAKER, *Fr.*, 9, D., 20, 4. Ein Beitrag zur Lehre vom Nachpfandrecht, dans *Scritti Beatificazione Ferrini*, t. III, p. 231 ss. ; v. également les remarques de MONIER, p. 324, n. 2.

Le domaine de l'hypothèque légale s'est considérablement élargi au Bas-Empire conformément au dirigisme de l'époque. On ne saurait admettre pour autant le caractère byzantin de la théorie des hypothèques tacites, le législateur n'a pas attendu aussi longtemps pour en faire bénéficier le fisc : v. cependant, BONFANTE, *Istituzioni*, 9^e éd., p. 437 ; GEORGESCO, *Leges privatae*, Paris, 1932, p. 199 ss. ; WIEACKER, *Protopraxie und ius pignoris im Klassischen Fiskalrecht*, dans *Festschrift Koschaker*, t. I, p. 218 ss., admet le caractère classique de l'hypothèque légale du fisc. La notion d'*in rem versum* peut servir de justifications à certaines hypothèques légales (D., 20, 2, 1, au II^e siècle après J.-C. : garantie de l'argent prêté pour la reconstruction d'une maison).

EXTINCTION. — V. un autre cas d'application de la *successio in locum* dans D., 20, 3, 3, pr. et C., 8, 18, 1, en faveur de celui qui prête au débiteur la somme nécessaire pour rembourser un créancier hypothécaire. Le prêteur ne prendra la place du créancier que s'il a pris la précaution de se faire constituer une hypothèque par le débiteur (MONIER, II, p. 329).

En cas de confusion des qualités de créancier et de propriétaire, l'hypothèque peut subsister pour permettre au propriétaire de l'invoquer contre les créanciers de rang subséquent (D., 44, 2, 30, 1).

La prescription de l'hypothèque soulève certaines difficultés, lorsque c'est le débiteur constituant de l'hypothèque qui possède le bien. V. C., 7, 39, 7, de 525, qui prévoit une prescription extinctive de quarante ans, alors que la créance, support de l'hypothèque, s'éteint par l'inaction du créancier durant trente ans. Pendant dix ans l'hypothèque ne serait plus que l'accessoire d'une obligation naturelle que laisserait subsister la prescription.

4^o Effets. — Sur la procédure, v. DE VISSCHER, *Etudes*, 1931, p. 419 ss. et KASER, I, p. 396, avec la bibliographie.

DROIT DE VENTE. — La garantie d'éviction est à la charge du constituant de l'hypothèque. Bien que le créancier hypothécaire vende en son nom propre et non comme mandataire de son débiteur, c'est contre ce dernier que devra se retourner l'acheteur. V. en dernier lieu sur cette question BARTOSEK, La responsabilità del creditore nelle vendite pignoraticia, dans *BIDR*, 1948, p. 238 ss. La vente de biens incorporels, qui peuvent être l'objet d'hypothèques : créances, hypothèques..., soulève de nombreuses difficultés techniques, la prise de possession par le créancier ne pouvant avoir lieu. V. ALBERTARIO, Il pegno della superficie, dans *Studi*, t. II, p. 464 ss.

DROIT DE PRÉFÉRENCE. — V. BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città di Castello, 1935, p. 47 ss.

CHAPITRE III

ANCIEN DROIT : GAGE ET HYPOTHÈQUE

SECTION I. — Le gage

Dès le Moyen Age, les sûretés réelles sont préférées par les créanciers. Comme le disait LOYSEL : « De pleige, plaid ; de gage, reconfort ; d'argent comptant, paix et accord » (n° 65).

[333] LE GAGE A L'ÉPOQUE FRANQUE. — L'évolution du droit français va être très semblable à celle du droit romain. L'hypothèque, trop raffinée, disparaît avec les invasions. Le gage sous ses diverses formes va être pendant huit siècles seul pratiqué.

Dès le v^e siècle, la doctrine romaine s'est altérée. Les Sentences de Paul (II, 5) accordent au créancier le droit d'opérer à l'échéance une « distraction » qui est une vente.

Le mot de *pignus* est employé dans les lois barbares ; puis il fait place à *wadium*, dans le Midi *poderagium*, et *nantum* (fr. *namps*, d'où nantissement). Le gage est d'un usage absolument général : on le prend pour exécuter une créance, on le donne pour payer une dette, pour garantir le paiement d'une amende. Le plus souvent, c'est un immeuble qui est donné en gage et, sur lui, le créancier possède la saisine, que l'on peut considérer, en gros, à la fois comme une possession et comme une propriété temporaire. Non seulement le créancier pouvait le retenir, mais il pouvait en user et en percevoir les fruits (MARCULF, I, n° 374). Si cependant le débiteur paie sa dette, le bien engagé lui fait retour. Autrement, le créancier en devient définitivement propriétaire.

De plus en plus, l'opération est conçue comme une vente à réméré ; l'idée de prêt et celle de garantie accessoire s'estompent ; il entre dans les prévisions des parties que la dette ne sera pas payée ; si elle l'est, on parle couramment de « rachat ». Cependant vers le x^e siècle, la stipulation d'un terme disparaît : le rachat est toujours possible et c'est en ce sens que des historiens modernes parlent d'un gage de jouissance pour l'opposer à l'ancien gage de propriété.

[334] L'ÉPOQUE FÉODALE. — La pratique de l'époque suivante va retenir ces idées tout en les modifiant quelque peu :

1^o L'immeuble supporte désormais les droits du seigneur et ceux de la famille. La mise en gage suppose souvent l'ensaisinement par le seigneur. Les textes en traitent, en même temps que de la vente, mais les lods et ventes sont généralement réduits de moitié. Le retrait lignager, quand il existe, peut être exercé au moins si l'engagement est perpétuel (BEAUMANOIR, n^o 1414). La femme devra être consultée si le bien fait partie de son douaire.

2^o La pratique du réméré est courante, mais l'engagiste n'est plus propriétaire ; il le devient par prescription. En Angleterre le créancier doit intenter une action contre le débiteur et il peut, faute de paiement, se faire attribuer le bien. En France on insère couramment dans l'acte un pacte commissaire ; mais plus souvent le créancier garde le bien et réalise ainsi un excellent placement (n^o 238).

3^o L'engagiste est en saisine ; l'objet doit lui être remis ; dans le mort gage, il perçoit les revenus, ce qui équivaut à la convention romaine d'antichrèse, et entraîne le soupçon d'usure : d'où la condamnation du contrat ; au contraire, dans le vif gage, les revenus servent à l'amortissement de la dette. Désormais sans profit pour le créancier, gênant pour le débiteur qui est privé de son bien, le gage immobilier tombe en décadence dès le xv^e siècle : il survécut cependant dans le Nord.

4^o Le gage mobilier qui était jadis une rareté, ne cesse au contraire de prendre de l'importance (d'autant plus que l'hypothèque des meubles suscita toujours des difficultés ; cf. n^o 338). Vers le xvi^e siècle on en vient même à dire que le gage est

toujours mobilier (DU MOULIN, LOYSEAU) et qu'il suppose la tradition du bien. On adapta cette formalité aux créances en admettant à la fin de l'ancien droit que la remise du titre suffisait.

• [335] RETOUR AUX SOLUTIONS ROMAINES. — Comme en toutes matières, les principes romains vont l'emporter entre le XIII^e et le XVI^e siècle : il n'y eut guère de difficultés en ce qui concerne les droits du créancier (qui ne peut plus se servir du gage), ou sa responsabilité (fondée sur la *custodia*). Au cas de remboursement, le débiteur récupérait le gage ; mais qu'advenait-il dans le cas contraire ?

1^o Anciennement le créancier gardait le gage et au XIV^e siècle, le Parlement de Paris admet encore qu'il lui soit adjugé par justice (BOUTARIC, II, p. 102). La valeur du gage étant normalement bien supérieure au montant de la créance, la solution était fort dangereuse pour le débiteur ; elle heurtait de plus la prohibition romaine du *pacte commissoire* mentionnée déjà par les *Exceptiones Petri* (II, 41) et reprise par le droit canonique (X^a III, 21, 7 ; cf. n^o 238). D'où l'idée qui avait persisté dans le Midi et qui s'impose dans le Nord que le gage doit être vendu « au marché ». De là on vient à exiger l'intervention du juge (ce que n'avait pas imposé le droit romain) : les formes d'une telle vente se précisent au XV^e siècle et on impose à la vente du gage les formes de la vente sur saisie. L'ordonnance de 1667 consacra cette évolution.

Les anciennes pratiques se maintinrent cependant au cas de *clause de voie parée* (permettant la vente amiable mais publique), ou d'attribution du gage à dire d'expert (cf. art. 2078). Le créancier était payé le premier sur le prix de la vente et son privilège passait même avant celui du vendeur ou du bailleur. Le surplus du prix revenait au débiteur.

2^o La remise de la chose est nécessaire à la formation du gage ; en outre, la rédaction d'un écrit, toujours usuelle (cf. BEAUMANOIR, n^o 1023) fut imposée à la suite de l'ordonnance de Moulins et précisée par les ordonnances de 1629 et 1667. Des fraudes demeureraient possibles (au cas de faillite, par exemple) ; aussi l'ordonnance du commerce de 1673 vint-elle imposer l'acte notarié au moins pour opposer le gage aux tiers.

3^o Enfin on développe l'idée de gage tacite : au bénéfice du bailleur sur les meubles apportés par le locataire, par exemple (BEAUMANOIR, n^{os} 1018, 1131) ; on garde l'idée de l'ancienne saisie privée pour aboutir vers le xv^e siècle à la saisie gagerie encore couramment pratiquée.

SECTION II. — L' « obligatio honorum » et l'hypothèque

[336] LE GAGE SANS DÉPOSSESSION. — Il est normal que l'emprunteur désire garder en sa main le bien qu'il engage à son créancier. Certains textes de l'époque carolingienne laissent supposer que la chose était possible à condition que soit rédigé un écrit appelé, en souvenir de la fiducie romaine, *scriptum fiduciationis* (BORETIUS, II, n^o 236). En Languedoc, une force particulière paraît de même attribuée, à la rédaction d'une *carta pignorationis*. Au xi^e siècle, d'assez nombreux témoignages mentionnent les mêmes pratiques.

De tels contrats peuvent garder le souvenir d'usages du Bas-Empire ; ils concernent toujours de grands personnages et marquent bien, dans ce « premier âge féodal » la force donnée à la promesse (n^o 66) ; on constitue par exemple des sûretés pour garantir l'exécution de promesses conditionnelles ou éventuelles.

[337] OBLIGATION GÉNÉRALE ET OBLIGATION SPÉCIALE. — Au moins jusqu'au xiii^e siècle, on considère que les immeubles ne pouvaient être saisis par un créancier : les immeubles appartiennent autant qu'au débiteur à sa famille, et ils sont souvent affectés de charges ou de services féodaux. Pour contraindre le débiteur à s'exécuter, on use de divers expédients. BEAUMANOIR rappelle l'institution des *gardes mangeant* installés comme gardiens dans la maison du débiteur (n^o 1063) et il se fait un mérite d'avoir introduit en Beauvaisis une procédure de vente obligatoire. Encore aux xiv^e et xv^e siècles les coutumes admettent que les meubles doivent toujours être saisis avant les immeubles. La procédure de saisie ne sera parfaitement organisée qu'au xvi^e siècle.

Les créanciers réagissent normalement contre de telles pratiques en exigeant que leurs débiteurs leur consentent des

garanties immobilières. Les cautions exigeaient fréquemment des garanties sur les immeubles. En Normandie (YVER, p. 178), comme à Paris (OLIVIER-MARTIN, II, p. 528) existe la pratique de la *contre-plège* par laquelle le débiteur et plus fréquemment la caution elle-même donnent des rentes ou des terres à titre d'« otage », de « plège », sans en abandonner la possession. BEAUMANOIR donne la formule de l'obligation générale par laquelle le débiteur oblige « moi et mes hoirs et tout le mien présent et à venir, meubles et héritages » (n^{os} 1094-96).

Une telle obligation autorise le créancier à entrer en possession de l'immeuble ou à le faire vendre ; elle lui donne même une garantie sur la personne et le patrimoine de l'héritier du promettant, mais les droits qu'elle confère peuvent être comparés à ceux qui naissent d'une hypothèque. Le débiteur conserve bien la libre disposition de ses biens (BEAUMANOIR (n^o 1977) ne réserve que le cas de fraude) mais le créancier n'a aucun droit de suite ; il n'a pas davantage un droit de préférence : le paiement a lieu au marc le franc entre les divers créanciers. Toujours, d'ailleurs, la préoccupation première est d'assurer l'exécution ; et c'est ce qui permet de distinguer l'*obligatio* du gage, pour lequel l'idée de « placement » apparaît essentielle.

L'obligation spéciale est plus avantageuse pour le créancier auquel un bien est spécialement affecté en garantie. Il s'agit le plus souvent à l'origine de garantir sur un immeuble le prix d'achat d'un cens ou d'une rente (*excambium* normand, par exemple) ; mais il peut s'agir aussi, vers le milieu du XIII^e siècle, de la garantie d'un prêt d'argent.

L'obligation spéciale comporte normalement le droit de suite, au moins pour les immeubles, et le créancier peut l'exercer sans discuter les biens existant dans le patrimoine du débiteur.

[338] OBLIGATION ET HYPOTHÈQUE. — Les ressemblances entre l'obligation coutumière et l'hypothèque romaine sont désormais fort nettes ; cependant il y a quelques points où les praticiens répugnent à admettre les règles romaines :

1^o Si l'hypothèque générale en vient (à Paris vers le milieu du XIV^e siècle) à comporter le droit de suite, le droit de préférence pose aux praticiens un difficile problème de « classement ». En Normandie et en Angleterre, l'obligation spéciale est primée

par une obligation générale première en date ; mais la plupart des coutumes marquent une nette préférence pour l'obligation spéciale. C'est pour les contrebattre que DU MOULIN pose le principe que *tantum operatur generalis hypotheca quantum specialis*.

Le cas des hypothèques légales, ou tacites, empruntées au droit romain, souvent privilégiées, fait de spéciales difficultés ; on distingue le privilège réel, qui est une hypothèque privilégiée et le privilège simplement personnel ; mais la distinction s'atténue (BASNAGE, *Hypothèques*, XIV) et on en vint à distinguer seulement les privilèges sur les meubles (fondés pour les privilèges spéciaux sur l'idée de gage tacite), et les privilèges sur les immeubles (du seigneur pour les droits féodaux, du vendeur non payé, des ouvriers qui ont bâti une maison : cf. art. 2102 et 2103 C. civ.). Pour eux, on suit la règle de D., 42, 5, 32 que le rang dérive non de la date mais de « la cause et de la forme » de la créance.

2^o L'hypothèque des meubles n'est pas généralement reçue en droit français ; c'est le sens que l'on donne généralement à la règle : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèques » (LOYSEL, n^o 473). Ailleurs, en Normandie, en Bretagne, en Anjou, par exemple, l'adage signifie seulement que l'hypothèque mobilière — qui est admise (J. YVER, *Etudes... J. Hamel*, 1961, n^o 477-488) — entraîne seulement le droit de préférence tant que les meubles sont en possession du débiteur. Même dans le ressort des Parlements de droit écrit, les règles romaines ne sont pas pleinement reçues. En Languedoc, l'hypothèque des meubles ne confère pas au créancier un droit de préférence mais un droit de suite.

3^o Un débiteur peut constituer à son créancier une rente (cf. n^o 239), qui est une charge réelle grevant le fonds (et qui est souvent dénommée hypothèque réelle) ; mais il peut aussi ne constituer qu'une hypothèque, droit réel accessoire (qu'on appelle parfois hypothèque pécunière).

En principe, s'il s'agit d'un fief ou d'une censive, le seigneur doit intervenir à la constitution de rente, comme il intervient pour toute aliénation ; au contraire, la constitution d'hypothèque n'exige pas normalement l'intervention du seigneur et la mise en saisine du créancier.

Cependant des scrupules se manifestent. BEUMANOIR (n° 1597) hésite ; BOUTILLIER exige l'intervention du seigneur ; les coutumes du Nord — Amiénois, Vermandois, Lille — exigent l'ensaisinement. Ce n'est que grâce à celui-ci que le créancier acquiert le droit de préférence ou de suite. Le système — qui avait l'avantage d'imposer la spécialité et la publicité de l'hypothèque — est lié au régime du transfert des immeubles et ne peut être étudié qu'avec celui-ci.

[339] DIVERSES SORTES D'HYPOTHÈQUES. — A Rome, l'hypothèque naissait de la simple volonté des parties. En France, l'apparition des premières obligations générales ou spéciales est liée à la pratique des lettres de juridiction : lettres d'officialités ou lettres scellées du sceau royal ; à Paris, lettres du Châtelet. Au xiv^e siècle, les lettres scellées d'un sceau authentique — qualifiées de lettres obligatoires — engendrent par elles-mêmes une hypothèque générale (cf. le *deed* anglais).

Aux xiv^e et xv^e siècles, l'hypothèque peut résulter d'une « cédula privée » ; aucune publicité n'étant exigée et les fraudes étaient fort à craindre. Mais les règles de preuve réagirent sur le fond du droit et on en vint à exiger que l'hypothèque soit constituée par un acte notarié. On admet, en revanche, que tout acte notarié emporte une hypothèque générale. On attache pareillement une hypothèque à tous les jugements de reconnaissance des actes sous seing privé puis, par une extension naturelle, à tous les jugements de condamnation : la solution est nettement consacrée par l'ordonnance de Moulins (n° 102).

On peut dire désormais que l'hypothèque ne procède pas de la convention des parties, mais de l'autorité du roi et de la loi. L'hypothèque dérivant d'un acte notarié est générale et spéciale tout à la fois ; la date (certaine) de l'acte fixe les droits du créancier : *prior tempore, potior jure*.

[340] LES EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE. — Tandis que l'ancien droit permettait au créancier d'entrer en possession des biens qui lui sont hypothéqués, et de se placer ainsi dans la situation d'un gagiste, l'*obligatio* primitive a pour but essentiel de conférer au créancier l'autorisation de faire vendre l'immeuble à une époque où la saisie des immeubles n'est pas admise.

Ensuite, on reconnaît au créancier le droit de faire procéder

à une saisie réelle suivie d'une vente judiciaire. S'il est contraint d'exercer son droit de suite contre un tiers, celui-ci peut lui opposer le *bénéfice de discussion* et l'obliger à saisir d'abord les biens restés dans les mains du débiteur (cf. pour le droit romain, n° 313).

Le règlement entre créanciers est souvent difficile à raison de la pratique de l'hypothèque générale et aussi du fait que l'on admet l'hypothèque de l'hypothèque : l'ordre peut être compliqué de *sous-ordres* (qui seront interdits par l'art. 775, C. proc.)

D'autre part, les fonds étant en général tous grevés d'hypothèques, les acquéreurs ne voulaient pas courir le risque d'être évincés : d'où la procédure de *purge* imaginée par les praticiens ; il s'agit dès le début du XIV^e siècle d'une saisie réelle simulée (*Olim*, III, n° 34, 67) dont l'effet est de « nettoyer », comme toute saisie, les hypothèques. On parlera — les parties étant d'accord pour y recourir — de « décret volontaire ». Un édit de 1771 — qui crée les conservateurs des hypothèques — imposa plus simplement à l'acquéreur d'obtenir des lettres de ratification qui consolident son acquisition.

[341] LA PUBLICITÉ. — Le système comportait une grave lacune : l'absence de publicité. L'intervention du notaire était insuffisante et les déclarations du débiteur souvent fausses (malgré les peines du stellionat dont il était menacé, cf. p. 140). Le pouvoir royal tenta quelques réformes mais sans se départir de préoccupations fiscales. Un édit de Colbert de 1673 échoua devant les plaintes de la noblesse. L'édit de 1771 ne donnait de sécurité qu'aux acquéreurs et non aux créanciers.

Ce fut la Révolution qui opéra la réforme du système. Déjà un décret de 1790 abrogea toutes les formalités qui tenaient au nantissement féodal. La Convention adopta une longue loi (du 9 messidor an III) qui formait un code complet de la matière, supprimait les hypothèques tacites ou légales et admettait les cédulas hypothécaires (ou hypothèques sur soi-même, permettant de mobiliser le sol et ressemblant fort aux assignats, ce qui les rendit suspectes).

On en vint enfin à la grande loi du 11 brumaire an VII qui exigeait la transcription de tout acte translatif de propriété, établissait une procédure de purge, décidait que les hypo-

thèques conventionnelles devaient être expressément stipulées et les biens grevés spécialement déterminés, mais admettait à nouveau les hypothèques légales (qui devaient être inscrites).

Le Code civil eut, en somme, à opter entre trois systèmes : PORTALIS voulait en revenir au pur droit romain ; le Conseil d'Etat et CAMBACÉRÈS préféraient le système de l'an VII ; le Tribunal restait fidèle aux idées de l'ancien droit (LOCRÉ, XVI, p. 107). Finalement le système adopté marqua un progrès sur l'édit de 1771 mais un recul très net sur l'an VII : vice capital, les transmissions de droit réel ne sont plus soumises à transcription ; d'où un défaut de sécurité pour les acquéreurs et pour les prêteurs.

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur le droit ancien on peut consulter outre les ouvrages classiques (et très systématiques) de FRANKEN (1879), BRUNNER (1882), LAMPRECHT (1889), KOHLER (1892), EGGER (1906), les thèses de PELTIER (1893), QUESNEL (1908), DECROIX (1914), le lucide exposé de GENESTAL, *Rôle des monastères...*, 1901, la critique des thèses allemandes de CAILLEMER, *Les formes et la nature de l'engagement immobilier dans la région lyonnaise*, *Festschr. H. Brunner*, 1910, p. 279-308.

Sur le droit lombard, R. SOHM, *Die Pfändung im lang. Recht*, *Festschr. R. Sohm*, 1914 ; sur le rôle de la fiducie dans les chartes de l'Italie méridionale (à mettre en rapport avec les pratiques du Midi de la France), TRIFONE, *Riv. crit. diritto e giur.*, 1909. Sur le droit espagnol, J. ORLANDIS, *La prenda como procedimiento coactivo*, *AHDE*, 1942-43, p. 81-183.

Des études précises ont été faites pour la Flandre et la Lotharingie par VAN WERVECKE, *Rev. belge philol. et hist.*, 1929, p. 79 et VERCAUTEREN, *Mélanges Van der Essen*, 1947, p. 219 ; pour le Languedoc et le Midi méditerranéen par J. DE MALAFOSSE, *Contribution à l'étude du crédit dans le Midi aux X^e et XI^e siècles*, dans *Annales du Midi*, 1951, p. 105, et *Etudes Petot*, p. 397-406. Belle synthèse de H. PLANITZ, *Das deutsche Grundpfandrecht dans Forschungen zum Deuts. Recht*, 1936.

Pour l'HYPOTHÈQUE, l'exposé présenté au texte ne marque aucune originalité ; pourtant la question mériterait d'être reprise :

1^o L'antériorité de l'obligation générale sur l'obligation spéciale est loin d'être certaine (malgré EGGER) ; YVER inclinerait vers une opinion inverse ; quant aux textes relatifs aux droits de suite et de préférence, ils sont fort équivoques.

2^o Les thèses jadis soutenues par les auteurs allemands (GIERKE) et liées à l'opposition du *debitum* et de l'*obligatio* ne paraissent plus défendables : l'*obligatio bonorum* n'est pas un procédé pour engager le patrimoine comme la *fides* engage la personne ; son mécanisme est bien lié à l'exécution sur les

immeubles (mais les rapports avec la fidéjussion demeurent fort complexes) ;

3° Il est souvent bien difficile de donner des actes de la pratique une analyse précise : certaines obligations spéciales équivalent à des morts-gages (il y a tradition du fonds suivie d'une rétrocession à titre de précaire : cf. pour le droit parisien, OLIVIER-MARTIN, II, p. 529) ;

4° La question de l'obligation ne peut être séparée de celle des rentes qui deviennent, au XIII^e siècle, beaucoup plus des obligations personnelles garanties sur un fonds que des obligations réelles : cf. l'*excambium* signalé par LE GRAS, *Le Bourgage de Caen*, 1911, p. 351 ; aussi la pratique du droit parisien d'imposer un moment l'investiture par le seigneur d'un droit hypothécaire ; au XIII^e siècle le droit namurois imagine le *contre-plan* grâce auquel le créancier acquiert un domaine direct sur le fonds engagé : J. BALON, *Le contre-plan lansage* et RHD, 1953, p. 567 ; et L. GENICOT, *L'économie rurale namuroise, 1199-1429*, 1943 (*Rec. trav. Louvain*, fasc. 17).

Faut-il parler en la matière d'une formation spontanée du droit coutumier ? D'une origine germanique ? Ou du maintien d'une tradition romaine. Toute la théorie de l'*obligatio* paraît imprégnée dans BEAUMANOIR comme dans BOUTILLIER de droit romain ; mais il faudrait reprendre à la fois les pratiques du Bas-Empire (par exemple au cas de *pignus ex causa iudicati*) et les théories des glossateurs. On ne peut qu'être frappé du fait que H. PLANITZ, *Das Deutsche Grundpfandrecht*, 1936, indique que le gage immobilier n'est pas d'origine germanique mais que l'idée de sûreté réelle est infléchie par le droit romain.

Les thèses de COURTOIS (1907), DESSOUDEIX (1909), POUSSART (1908) sont vieilles. Celle de Edg. BLUM, *Les essais de réforme hypothécaire sous l'ancien régime*, 1913, reste fort utile.

CINQUIÈME PARTIE

*LES OBLIGATIONS
DÉLICTUELLES*

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

[342] Le délit est essentiellement l'acte illicite. Les sociologues ont insisté, après DURKHEIM, sur le caractère « contraignant » de la vie sociale. Délit, péché ou tabou se rejoignent dans la notion d'impureté : tout contact impur, toute violation d'un interdit, suscite une réaction de la conscience collective. Le crime « crie vengeance », il appelle une sanction, il engendre des représailles ou la guerre ; ainsi en est-il entre les nations. La répression peut être affaire privée ou affaire familiale. La puissance publique, quand elle existe, s'interpose. L'Etat intervient non pour se substituer à la vengeance privée, mais pour la discipliner dans l'intérêt de la paix. L'acte illicite a engendré un déséquilibre qu'il convient de réparer, la victime et ses représentants sont seuls juges de l'importance et de la nature de la réparation.

[343] DÉLIT PRIVÉ ET DÉLIT PUBLIC. — Si le créancier est souvent le maître du contrat, l'accord de volontés est nécessaire à l'engagement contractuel, les obligations, quand elles sont réciproques, s'inspirent des principes de justice commutative. Il en va tout autrement des obligations délictuelles romaines, catégorie juridique difficile à comprendre pour un esprit moderne. Il existe de nos jours une distinction fondamentale entre *délit civil* et *délit pénal*. Le premier « n'est pris en considération que s'il a entraîné un préjudice pour une autre personne » (RIPERT et BOULANGER, II, n° 907). « Le dommage (ou préjudice) causé à autrui sous certaines conditions oblige celui qui l'a causé à le réparer » (CARBONNIER, I, n° 44). Préjudice-réparation, l'équilibre est rétabli. Le délit pénal, au contraire, « existe même s'il n'a pas causé de dommage... La peine

est la punition du coupable et l'amende n'est pas attribuée à la victime » (RIPERT et BOULANGER, *Ibid.*) Un délit pénal peut fort bien ne pas être délit civil ; si l'acte illicite « n'est pas dirigé contre la personne ou les biens » (tentative par exemple), il ne comportera pas de réparation. En revanche, les délits civils non réprimés par la loi pénale sont rares : *dol*, *recel* d'effets dépendants d'une succession et, autrefois, *stellionat*. Même dans ces cas exceptionnels, on ne recherchera pas en droit civil la punition du coupable, mais la réparation du dommage. La peine apparaît comme la manifestation la plus importante de la puissance publique (LONGO, *Diritto romano*, Rome, 1954, p. 4). Au contraire, à Rome certains actes illicites sont sanctionnés par une peine prononcée dans l'intérêt de la victime, ce sont les *délits privés* par opposition aux *délits publics* réprimés par l'Etat dans l'intérêt social.

La régression d'une telle conception, qui persistera cependant jusqu'en droit byzantin, traduit l'intervention croissante de l'Etat. Si à l'origine : 1) La *peine* prime la *réparation*, parallèlement, l'élément matériel du délit l'emporte sur l'élément intentionnel. La vengeance privée est peu sensible aux nuances qu'impliquent : 2) *Culpabilité* et *responsabilité*. Là encore l'Etat interviendra pour fixer les droits de chacun, pour préciser : 3) Le nombre et le caractère des délits privés. Les juristes romains arrivent à préciser et à comparer les catégories modernes : 4) *Actions reipersécutoires* et *pénales* traduisent la différence qui existe entre le châtimement appliqué dans l'intérêt de la société et la réparation accordée à la victime. Mais l'opposition n'est pas absolue, elle sera tempérée grâce aux *actions mixtes*.

SECTION I. — La peine et la réparation

[344] Dans le très ancien droit romain, le délit public, c'est-à-dire la notion moderne de délit pénal, n'est pas ignoré. Dès la fondation de Rome, il existe une puissance publique qui punit dans l'intérêt supérieur de la société : trahison, désertion, sacrilège... Les peines n'ont aucun caractère médicinal, elles sont répressives : mort, exil, interdiction de l'eau et du feu, confiscation générale, etc. Les plus anciennes de ces règles

impératives posées par l'Etat semblent d'origine religieuse, et leur sanction paraît dictée par le souci d'apaiser la colère divine en procédant à un sacrifice expiatoire.

Les délits publics n'en demeurent pas moins l'exception, la justice répressive est normalement exercée par les chefs de famille qui ont droit de vie et de mort sur les personnes en leur pouvoir. Les seules limites de ce droit sont marquées par la coutume sanctionnée par l'opinion publique. Mêmes directives, même contrôle, lorsque le coupable et la victime appartiennent à des familles différentes. Conformément à l'usage, le *pater familias* appliquera la loi du talion, si l'acte illicite est dirigé contre la personne, le coupable subira le traitement qu'il a infligé à la victime. En cas de dommages causés aux biens, la répression se confond avec la réparation du préjudice, celle-ci s'effectuant le plus souvent en nature, par le travail du coupable. Ce dernier est matériellement assujéti, à tel point que l'on a pu parler d'un droit réel de la victime sur la personne du coupable (G. BOYER, *Cours*, II, p. 36). Il est à peine besoin de souligner les dangers de ce régime de *vengeance privée*, le moindre n'était pas le risque de guerres privées entre les familles des deux antagonistes.

Un premier progrès est réalisé avec la généralisation des *compositions volontaires*, l'exercice de la vengeance peut être arrêté par un commun accord entre les chefs de famille des deux parties, par un pacte (*pax* et *pactum* ont une racine commune). L'accord de volontés ne vise nullement à réparer le dommage. Simple succédané de la vengeance privée, la composition n'est qu'une rançon, c'est-à-dire le rachat de la personne physique du coupable qui se trouve à la merci de sa victime.

Troisième phase de l'évolution : l'Etat est suffisamment fort pour imposer une *composition* pécuniaire légale dont il fixe lui-même le taux. « L'ancien droit réel sur la personne d'un coupable est ainsi remplacé par une obligation délictuelle indépendante de la convention des parties et susceptible d'exécution forcée, comme le serait une obligation contractuelle » (G. BOYER, *Ibid.*). Malgré la différence d'origine, la composition n'en conserve pas moins son caractère de peine.

A l'époque classique, la liste des délits publics s'allonge sans

cesse. L'Etat considère comme normal de poursuivre le délinquant dans l'intérêt public, même lorsque son acte ne porte directement atteinte qu'à des intérêts particuliers. On en arrive à distinguer, comme en droit moderne, la peine qui est à la charge de la puissance publique et la réparation du dommage que peut toujours exiger la victime. Peine et réparation se cumulent normalement.

La transformation n'est cependant ni générale, ni radicale, l'évolution n'a pas la rigueur d'un cycle. Dans la *loi des XII Tables* (8, 2), la peine du talion coexiste avec la composition volontaire. A l'époque classique, et même en droit byzantin, la vengeance privée est autorisée dans certains cas de *flagrant délit*, elle ne sera arrêtée que par le paiement d'une composition librement appréciée par la victime. A l'inverse, dès l'époque des *XII Tables*, l'Etat sanctionne directement certains crimes contre les particuliers, tels que l'homicide.

SECTION II. — La responsabilité

[345] « La notion de responsabilité se présente surtout, dans nos sociétés, sous une forme individualiste et subjective » (CUVILLIER, *Manuel de sociologie*, t. II, Paris, 1950, p. 486). En France, compte tenu du mouvement jurisprudentiel récent, les responsabilités contractuelle et délictuelle, que l'on avait exagérément opposées, se rapprochent. « Dans les deux domaines on peut relever une même tendance à alléger la responsabilité, et à la ramener à la *faute* » (HÉBRAUD, *Cours*, II, p. 216). Il faut donc nuancer l'affirmation d'HERING : « l'histoire de l'idée de faute se résume en une abolition constante ». Il y a actuellement tendance à une évolution régressive.

Responsabilité individuelle. — La texture de la société romaine, l'importance de la notion de solidarité dont témoigne, par exemple, les procédés de cautionnement, autant de facteurs favorables, semble-t-il, à l'admission d'une responsabilité collective. Celle-ci est considérée comme « la règle dans la vengeance privée » (CUVILLIER, p. 487). Or sources ou indices prouvent, au contraire, l'application du principe de l'*individualité de la peine*.

Ainsi se marque l'originalité de Rome par rapport à la plupart des autres civilisations antiques. Aussi loin que remontent nos connaissances, le droit romain est déjà individualiste, la cohésion familiale implique seulement une « solidarité active ». Cette particularité s'explique par la notion romaine de responsabilité qui n'a jamais eu un caractère diffus. La vengeance se traduit par l'assujettissement physique du coupable à sa victime, celle-ci ayant sur celle-là une sorte de droit réel. Un concept aussi clair correspondait à des aspirations profondes, il devait perpétuer jusqu'au Bas-Empire le système de la vengeance privée.

[346] RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI : NOXALITÉ. — Lorsque le coupable est un esclave ou un *alieni juris*, il ne peut réparer pécuniairement le tort causé, car il n'a pas de patrimoine (ELLUL, I, p. 346 ss.). Certes, les Romains ont admis très vite la possibilité pour de telles personnes d'agir au nom de celui dont il dépendait (v. n° 121). Plus qu'une représentation, on est en présence d'une prolongation de la personne du *pater familias*. Mais c'est en faveur de ce dernier qu'a été admis une telle extension de personnalité. Elle peut lui profiter, l'enrichir, mais non l'appauvrir. Sans l'assentiment du chef de famille, aucune dette ne peut être valablement contractée par ceux qui se trouvent sous sa puissance. Le *pater* n'est nullement engagé par les délits de ses subordonnés, il n'existe à son égard aucune présomption de faute analogue à celle qui pèse sur les parents en droit moderne (C. C., art. 1384). Conditions et effets de l'action noxale s'expliquent par deux concepts absolument étrangers au droit moderne : la vengeance privée et la puissance familiale.

[347] VENGEANCE ET « POTESTAS ». — La victime ne peut poursuivre le délinquant qu'à la condition de ne l'avoir jamais eu en puissance après le délit. Dans le cas contraire, la sanction d'un délit privé incombant au seul chef de famille, celui-ci reste libre de pardonner. C'est ce qu'il est présumé avoir fait, s'il n'a pas exercé lui-même sa vengeance quand il le pouvait. Vengeance, c'est-à-dire droit réel existant en faveur de la victime sur le coupable, c'est ce dont témoigne le principe *noxæ caput sequitur* : l'action noxale suit la personne du délinquant. L'action est

donnée non pas contre celui qui avait le coupable en puissance au jour de la perpétration du délit mais contre celui qui a la *potestas* quand on agit en justice. En contradiction formelle avec l'idée de présomption de faute, la théorie de la noxalité n'est qu'une conciliation entre vengeance et puissance, les effets de l'action noxale en sont une nouvelle preuve.

La victime doit laisser au chef de famille adverse une option. Avant comme après la condamnation, il est toujours possible : soit de payer la composition, soit de procéder à l'abandon noxal, c'est-à-dire de livrer le coupable. Survivance typique du système de vengeance privée, la mort du coupable laisse subsister la possibilité de l'abandon noxal du cadavre. La privation de sépulture est une peine, conformément aux croyances religieuses anciennes.

[348] VENGEANCE ET RÉPARATION. — L'abandon noxal fait sortir définitivement le coupable de l'autorité de son chef de famille, et le place dans celle de sa victime. Cette dernière peut alors exercer sa vengeance selon les formes prévues par la loi : fustigation, etc., la réparation pécuniaire s'opère en nature, par le travail. Il est vraisemblable qu'assez tôt à l'époque classique, le magistrat oblige la victime à libérer le coupable lorsqu'il a travaillé suffisamment pour compenser le préjudice. Les compilateurs de JUSTINIEN systématisent et étendent cette mesure aux esclaves ce qui permet à ceux qui se sont rendus coupables d'un délit privé d'espérer un affranchissement qu'ils n'auraient pas obtenu sans abandon noxal (I, 4, 8, 3). Sous l'influence des mœurs et surtout avec le développement du christianisme, l'abandon noxal des enfants tombe en désuétude, mais à la fin du Bas-Empire, il subsiste encore quelques vestiges des anciens usages (D., 9, 4, 32 ; 27, 6, 9, 1).

[349] RESPONSABILITÉ DU FAIT DES ANIMAUX. — Même sanction que pour celle du fait d'autrui : celui qui est propriétaire de l'animal au moment des poursuites peut se libérer en payant l'amende ou en transférant la propriété de l'animal, mais non pas son cadavre, la vengeance est ici plus prosaïque. À l'époque classique les juristes dégagent un critère approximatif de responsabilité du propriétaire : il faut que l'animal ait agi « contrairement à la nature de son espèce » (D., 9, 1, 1, 7). S'il a été excité

par un autre animal ou par son gardien, il y a responsabilité de l'autre propriétaire ou du gardien (*Ibid.*). Rien dans ces solutions de comparable à la présomption de faute de notre C. C., art. 1385. Le droit romain n'ignore pas cependant la responsabilité du fait d'autrui. En matière délictuelle comme en matière contractuelle, capitaines de navire, aubergistes, maîtres d'écurie sont responsables des actes de leurs subordonnés. On retient à leur charge une *culpa in eligendo* qui annonce la responsabilité objective.

[350] RESPONSABILITÉ OBJECTIVE. — Dans l'ancien droit, l'élément intentionnel ne semble pas complètement dégagé. Lorsque le délit « met en présence, au moment de sa perpétration, le coupable, la victime ou ceux qui défendent ses intérêts », le caractère impulsif de la vengeance demeure, il y aura répression chaque fois que le dommage sera causé sans droit (PERRIN, La répression pénale dans les XII Tables, dans *RHD*, 1951, p. 403). Il faut un certain recul pour apprécier le sang-froid, le comportement du délinquant. L'intervention de l'Etat, en cas de flagrant délit, risque à cette époque de troubler davantage l'ordre public. A l'époque classique, on trouve un certain nombre de solutions qui peuvent s'expliquer par l'idée moderne de *risque*. Déjà certaines applications de la loi *Aquilia* témoignent de la prise en considération d'une faute très légère, elles se rattachent à l'idée que l'on est responsable du danger que l'on provoque même sans mauvaise intention (D., 9, 2, 31 : bûcheron qui abat des branches au bord d'un chemin et blesse un passant ; D., 9, 2, 11, pr. : barbier qui officie dans la foule et s'expose à être bousculé pendant qu'il rase son client... ce dernier pouvant avoir accepté le risque, s'il est évident). On est ici à la limite de l'idée de faute.

A l'époque classique, l'édit prétorien *de effusis et dejectis* ne peut s'expliquer que par la théorie des risques, par la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde (C. C., art. 1384). Si un objet est jeté ou tombe d'une maison sur la voie publique et cause un accident, la victime a une action, au double du dommage subi, contre le propriétaire de la maison ou le locataire de l'appartement d'où l'objet a été lancé. Le défendeur ne peut s'exonérer en prouvant le cas fortuit, il

y a présomption irréfragable de faute (cf. d'autres exemples, n^o 372). Les considérations sociales l'emportent sur les préoccupations morales, on protège la victime plus qu'on ne cherche à punir un coupable. Même dans ce cas, les jurisconsultes romains ne rejettent pas toute idée de faute, le simple lien de causalité entre le dommage et l'acte matériel qui l'a provoqué leur semble insuffisant à justifier la responsabilité. Chaque fois qu'ils le peuvent, ils reviennent à la responsabilité subjective (D., 9, 3, 1, 4, *itp.*). En dépit des solutions d'opportunité, la *culpa* reste le fondement de la responsabilité pénale qui est essentiellement subjective.

[351] RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE. — De droit commun il faut, pour mettre en jeu la responsabilité, outre une infraction matérielle, un élément subjectif : la *culpa*. La faute délictuelle, parfois appelée faute aquilienne (v. n^o 366), est encore à la base de la responsabilité édictée par notre C. C., art. 1382. Le simple rapport de causalité, le simple lien matériel de cause à effet entre le coupable et le fait délictueux est insuffisant. C'est ce dont témoignent les trois délits privés du droit civil (*injuria, furtum, damnum injuria datum*), ainsi que les délits prétoriens.

SECTION III. — Délits privés

[352] Il n'existe pas plus de principe général pour la répression des délits qu'il n'y en a pour la sanction des obligations contractuelles. En droit romain, l'énumération des délits s'impose au même titre que celle des contrats. (Cf. le principe moderne : *nullum crimen, nulla poena sine lege.*) Comme en matière contractuelle, l'histoire de l'obligation délictuelle est celle de sa qualification. Là encore les catégories juridiques ne se dégagent que lentement et à partir de cas d'espèce.

I. — *Injuria*

[353] Conformément à l'étymologie, c'est le fait de causer *sans droit* et volontairement un dommage à une personne humaine. La *loi des XII Tables* réunit sous cette rubrique certains cas fort disparates. D'origine très ancienne, les sanc-

tions de ces délits respirent la vengeance : peine du talion pour les lésions corporelles graves, compositions légales fixes pour les autres. Deux autres délits, punis de mort, paraissent consister en pratiques de sorcellerie et en injures publiques (v. LÉPOINTE, L'occenatio de la loi des XII Tables d'après saint Augustin et Cicéron, dans *RIDA*, 1955, n. 287 ss.).

Dès l'ancien droit, les inconvénients de ce système primitif de répression apparaissent. Peines corporelles et difficiles à appliquer, amendes fixes impossibles à adapter à la gravité du délit. La seule modification prévue n'est fonction que du rang social de la victime (fracture d'un os : variation du simple au double pour un esclave ou une personne libre). Enfin, par leur rigidité même, les peines pécuniaires deviennent dérisoires avec les fluctuations monétaires. Selon la tradition, le chevalier Lucius VERATIUS, pour prouver à sa manière qu'il respecte cette loi anachronique, la tourne en souffletant les passants et en leur versant sur-le-champ les 25 as réglementaires (AULU-GELLE, *N. A.*, 20, 1, 13) !

[354] RÉFORMES DE L'ÉPOQUE CLASSIQUE. — C'est l'impossibilité pour la victime d'appliquer dans certains cas la peine du talion qui justifie l'intervention du prêteur. Ce dernier demande au juge de condamner le coupable récalcitrant à une somme d'argent proportionnée à la gravité du délit (AULU-GELLE, *N. A.*, 20, 1, 37 et 38). Cette sanction plus souple est ensuite étendue aux autres cas d'*injuria*. A la fin de la République, les guerres civiles obligent l'Etat à ériger l'*injuria* en délit public pour le réprimer plus efficacement. Désormais la victime pourra tenter au choix : une poursuite publique ou une poursuite civile. En dépit de ces transformations, le délit privé conserve ses caractéristiques essentielles que font encore mieux ressortir les précisions techniques qui lui sont apportées.

[355] LA TECHNIQUE. — Les juristes romains dégagent trois éléments constitutifs de l'*injuria* : 1) L'intention de nuire (D., 47, 10, 3, 1) : la responsabilité est essentiellement subjective, l'imprudence n'est pas retenue (D., 47, 10, 3, 3 ; 47, 10, 4 ; 47, 10, 15, 13 : affirmation téméraire d'un astrologue), à l'inverse, la simple tentative est sanctionnée même s'il n'en est résulté aucun dommage réel (D., 47, 10, 15, 1) ; 2) Le caractère

injuste du dommage : diffamer un coupable ne constitue pas une *injuria* (D., 47, 10, 18, pr.). En revanche, il existe ici un embryon de la théorie moderne de l'*abus de droit* (v. également, pour le droit de propriété : t. II, n° 50). Est considéré comme punissable, l'usage d'un droit en vue de nuire à autrui, tel est le cas de l'action en justice intentée en sachant la demande non fondée (D., 47, 10, 7, 1 ; 12, 15, 32 et 33 ; 17, 3 ; 19 ; 3). Il faut un dommage causé à la personne physique ou à la réputation de la victime. Cette troisième condition est entendue de façon très large. Dans le *Digeste*, 47, 10, une série d'exemples font état de paroles et écrits injurieux ou diffamatoires, de gestes inconvenants, de tentatives de séduction, sans que la plaisanterie sinon de bon goût, du moins non contraire aux bonnes mœurs, perde pour autant ses droits (D., 47, 10, 15, 23).

[356] LE CARACTÈRE PÉNAL. — L'action prétorienne d'injures (*a. injuriarum aestimatoria*) permet de satisfaire une vengeance ; son caractère pénal est très marqué. Si la victime ne réagit pas dans l'année qui suit le délit, on présume qu'elle a pardonné. En cas d'abandon noxal, le coupable ne répare pas en travaillant, il est châtié conformément aux directives du magistrat. Surtout, l'action d'injures est intransmissible passivement et activement. Elle s'éteint par la mort du coupable, elle est accordée exclusivement à la victime du délit. Si les héritiers ne peuvent l'intenter au nom de leur auteur, ils peuvent agir en leur nom personnel à raison de la déconsidération qui rejaillit sur eux. Le troisième élément constitutif du délit d'injures est, en effet, très général et la solidarité familiale élargit encore son domaine d'application. L'injure faite à une femme mariée rejaillit sur le mari (même solution pour des fiancés : D., 47, 10, 15, 24), pareillement le père sera solidaire de l'enfant insulté (D., 47, 10, 30, 1), le maître est atteint à travers la personne de son esclave (D., 47, 10, 25 et 26) et la gravité du délit sera fonction de l'importance du rang social du propriétaire.

Conformément à un principe déjà en germe dans la *loi des XII Tables*, le rang social de la victime et du coupable joue un rôle essentiel dans le calcul de la peine. C'est un critère important

dans la distinction faite par le prêteur entre l'injure simple et l'*injuria atrox* (sont également pris en considération : le lieu, les rapports existants entre les parties, etc.). L'*injuria* engendre un dommage qui, par hypothèse, n'est pas susceptible d'une réparation pécuniaire. La condamnation a un caractère infamant, et l'amende qui doit être versée à la victime sera calculée par les soins de cette dernière sous le contrôle du magistrat et du juge. Dans la pratique, le choix de la victime se porte de préférence sur la poursuite publique. Avec l'adoucissement de la procédure d'exécution sur la personne, il y a peu de chances d'obtenir quelque chose d'un insolvable. Si le coupable est solvable, la crainte des châtimens corporels, sanction habituelle de l'action publique, l'incite à conclure avec la victime un pacte avantageux pour celle-ci. En fait, les injures les plus graves sont sorties du domaine des délits privés, elles donnent lieu à une poursuite criminelle avec peines variables selon le rang du coupable (MONIER, II, p. 46).

II. — *Furtum* (VOL)

[357] LA GENÈSE. — Dans l'ancien droit, il n'existe pas de notion unitaire du *furtum*, il n'y a que des *genera furtorum* (GAIUS, 3, 183). Bien mieux, le terme *furtum* est surtout employé non pour qualifier l'acte illicite mais pour désigner l'objet qui a été dérobé. La dualité des modes de sanctions prévues dans la *loi des XII Tables* traduit l'état intermédiaire de l'évolution. La vengeance privée joue encore un très grand rôle, mais le système des compositions légales commence à se développer.

[358] VENGEANCE PRIVÉE. — Le flagrant délit (*furtum manifestum*) ne suffit plus à justifier l'emploi de la vengeance, sans contrôle du magistrat, il faut que s'y ajoutent des circonstances aggravantes : vol de nuit ou vol de jour à main armée. Dans l'un comme dans l'autre cas le voleur peut être tué (si c'est de jour, la victime poussera des clameurs pour attirer des témoins : CICÉRON, *Pro Tullio*, 21, 47 ss.). La vengeance privée n'en a pas moins un domaine d'application encore vaste, le flagrant délit (*fur manifestus*) existe aussi bien pour celui qui est pris, la chose volée en main (BIONDI, p. 510), que pour

celui qui a laissé des traces permettant à la victime de le suivre jusqu'à son domicile. Le « constat » se fera grâce à une perquisition aussi solennelle que pittoresque (*perquisitio lance licioque*). S'il y a flagrant délit, sans circonstances aggravantes, l'exercice de la vengeance privée est toujours possible mais sous le contrôle du magistrat. Ce dernier *attribuera* à la victime la personne du délinquant (*Addicere*, GAIUS, 3, 189).

[359] COMPOSITION LÉGALE. — En cas de vol non flagrant (*furtum nec manifestum*), on accorde à la victime une action au double (*actio furti*) calculée sur la valeur de l'objet volé. Dès l'époque de la *loi des XII Tables*, semble-t-il, l'action de vol est en outre accordée au triple dans deux cas (GAIUS, 3, 192 et 194) : 1) Lorsque la chose volée est trouvée chez le receleur (*furtum conceptum* : prise ou découverte de la *chose volée* : sens primitif de *furtum*) ; 2) Lorsque le receleur, à raison de sa bonne foi, poursuit le voleur qui lui a remis la chose (*furtum oblatum*, chose volée offerte).

[360] LA SYNTHÈSE PRÉTORIENNE ET DOCTRINALE. — Le dualisme des dispositions décenvirales devait disparaître avec le développement du régime des compositions obligatoires, avec surtout la progression de la notion de délit public. La synthèse n'exclut pas pour autant la variété, les juristes romains se font du vol une idée large et nuancée. Les sanctions sont adaptées aux mœurs et aux besoins de l'époque ; réalistes, les Romains n'hésitent pas à transgresser l'immutabilité des catégories juridiques.

[361] LA NOTION DE « FURTUM ». — Beaucoup plus large que notre conception moderne de vol, elle comprend, outre la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, l'abus de confiance, l'escroquerie et certains actes qui échappent actuellement à toute sanction pénale et qui consistent à user d'un bien contrairement aux dispositions d'un contrat. Tels sont : 1) Le vol d'usage (*furtum usus*) qui est le fait d'utiliser un bien contrairement aux clauses d'un contrat de dépôt ou de prêt à usage (GAIUS, 3, 196) ; 2) Le vol de la possession (*furtum possessionis*) : le propriétaire d'une chose l'enlevant à quelqu'un qui en a la possession, créancier gagiste par exemple (GAIUS, 3, 200) ; 3) L'acceptation d'un paiement indu (D., 47, 2, 43, pr.).

En dépit de ce large domaine d'application, une notion uni-

taire du vol se dégage. Deux éléments constitutifs sont requis, comme en droit moderne, l'un est matériel, l'autre intentionnel. 1) Le vol suppose l'intention de tirer injustement profit d'une chose contre la volonté de son propriétaire. Fraude et but lucratif sont nécessaires (GAIUS, 3, 197). La doctrine byzantine a vraisemblablement posé un principe à partir des solutions d'espèce dégagées par les classiques.

2) Le vol suppose également un acte matériel. A la différence de notre droit pénal (Code pénal, art. 379) et peut-être de l'ancien droit romain qui exige une soustraction, le droit romain classique se contente d'une *contractatio*, c'est-à-dire d'un manie-ment, d'un fait positif quelconque.

[362] LES SANCTIONS. — La vengeance privée s'estompe, on s'efforce de concilier les préoccupations répressives avec le souci d'obtenir une réparation appropriée. En cas de flagrant délit, s'il y a des circonstances aggravantes : vol de nuit ou à main armée, la victime peut toujours tuer le coupable, ce qui est une forme de légitime défense. Si de telles circonstances n'existent pas, le volé ne peut plus demander au magistrat l'attribution (*addictio*) de la personne du coupable, mais elle a droit à une action au quadruple qui est perpétuelle, contrairement au caractère annuel de la plupart des actions pénales. A l'époque classique, il existera jusqu'à cinq sortes d'actions prétoriennes ou civiles, toutes à un multiple avec pour base : soit la valeur de la chose, soit l'intérêt qu'avait le plaignant à ce que le vol ne fût pas commis (D., 47, 2, 27). JUSTINIEN ne conservera que deux actions fondées sur le critère du flagrant délit (*actio furti manifesti* ou *nec manifesti* : I, 4, 1, 3, 4 et 11). Actions à caractère strictement pénal, elles sont infamantes, intransmissibles passivement, elles peuvent être intentées pour le tout cumulativement contre chaque coauteur ou complice. Dès le Haut-Empire, le délit privé se double d'un délit public, la victime a le choix le plus souvent entre la procédure civile et criminelle.

[363] LA « *CONDUCTIO EX CAUSA FURTIVA* » (POUR CAUSE DE VOL). — Les juristes classiques n'ont pas seulement mené à terme l'évolution commencée par leurs prédécesseurs, ils n'hésitent pas à innover pour associer la réparation du préjudice à la sanction

du délit. L'action de vol, strictement pénale, ne permettait pas de régler le problème des réparations du préjudice. En théorie, le volé est solidement protégé. Il conserve son droit réel sur le bien volé, et peut donc toujours intenter l'action en revendication que laisse subsister une condamnation pénale du voleur. En outre, la prescription d'un bien volé est impossible. En fait, ces droits étaient illusoire : la chose était détruite, consommée, cachée. On donnera alors à la victime une action en indemnité, *transmissible passivement* (D., 13, 1, 2), qui aboutit à une condamnation en fonction de la valeur de la chose volée (D., 13, 1, 8, 1 : plus haute valeur atteinte par la chose entre le jour du vol et le jour des poursuites). Cette procédure fait du volé le créancier de son propre bien. Mais l'anomalie n'arrête pas la doctrine qui donne à la victime le choix entre l'action en revendication et cette action en indemnité (*condictio furtiva*). Complétant la comparaison avec les obligations contractuelles, les juristes de la fin de la République assimilent le voleur à un débiteur qui serait toujours en demeure de restituer le bien dérobé, il supporte donc les risques (D., 13, 1, 20). Action criminelle ou action pénale, action réelle ou action personnelle, les juristes, sans crainte de confondre les genres, donnent à la victime tout un éventail des moyens de procédure.

III. — *Damnum injuria datum* (DOMMAGE CAUSÉ SANS DROIT)

[364] LA « LOI AQUILIA ». — La loi des XII Tables sanctionnait un certain nombre de délits auxquels une population agricole était particulièrement sensible : abattage des arbres d'autrui, pacage chez les voisins, accident causé par un animal, incendie. Non seulement il n'y avait aucun principe général de responsabilité, mais on ne s'élevait pas au-dessus du cas d'espèce type. La *loi Aquilia*, à la fin de l'ancien droit, témoigne d'un certain effort sinon d'abstraction, du moins de généralisation. Elle groupe sous la même qualification trois chefs d'accusation : 1) Mise à mort de l'esclave ou de l'animal d'autrui (GAIUS, 3, 210) ; 2) Remise de dette par le créancier accessoire (*adstipulator*) au

détriment du créancier principal (GAIUS, 3, 215) ; 3) Un ensemble de cas d'espèce qui permettait pratiquement de sanctionner tout dommage causé à un bien quelconque. Parmi les conditions requises pour intenter l'action de la *loi Aquilia*, l'élément matériel apparaît prédominant. Outre l'illicéité de l'acte et la qualité de propriétaire du plaignant (D., 9, 2, 11, 6), il fallait un dommage causé *corpore corpori*, c'est-à-dire par un acte matériel du coupable avec pour conséquence un dommage également matériel. Provoquer la mort d'un animal en l'effrayant par des cris, détacher l'esclave d'autrui pour qu'il s'enfuit, ne sont donc pas des délits. En revanche, la sanction prévue par la *loi Aquilia* témoigne de l'évolution des idées. La notion de réparation tend à l'emporter sur celle de peine, la sanction se calcule à partir de la valeur d'échange de la chose. Il appartiendra aux juristes de l'époque classique d'accentuer cette tendance et de dégager la notion de faute. Parallèlement, le préteur traduira dans la procédure les progrès réalisés dans l'élaboration de la responsabilité délictuelle.

[365] VERS LES DOMMAGES-INTÉRÊTS MODERNES. — La doctrine de l'époque classique a dégagé la notion de l'*id quod interest*. Dans la *loi Aquilia*, le montant de la condamnation a pour base la valeur vénale de la chose (D., 9, 2, 21, pr. : sa plus haute valeur dans l'année qui précède le délit). Sous le Haut-Empire, ULPEN constate que l'on tenait habituellement compte, dans les demandes en réparation, de l'intérêt du demandeur à ce que l'acte délictueux n'ait pas eu lieu (D., 9, 2, 21, 2 ; sur la destruction d'un écrit constatant une dette, D., 9, 2, 40). Mais on ne tient pas compte du *pretium doloris* moderne (D., 9, 2, 33). Les jurisconsultes romains en arrivent à dégager la notion de préjudice par opposition au simple dommage (FLINIAUX, *RHD*, 1928, p. 326 ss.). Si l'on coupe, sans l'emporter, la moisson arrivée à maturité, il y a atteinte matérielle à la propriété d'autrui, mais il n'y a pas préjudice (D., 9, 2, 27, 25).

[366] LA FAUTE AQUILIENNE. — Les juristes classiques ajoutent à la notion d'illicéité (*injuria*) celle de culpabilité (v. PERRIN, Le caractère subjectif de l'*injuria* aquilienne, dans *Studi de Francisci*, t. 4, 1956, p. 265 ss.). On ne se contente plus, pour établir la responsabilité, d'un lien de causalité entre l'acte du

délinquant et le dommage, il faut une faute que l'on qualifie actuellement d'aquillienne ou de délictuelle, pour la différencier de la faute contractuelle. La *culpa*, qui n'est que négligence ou imprudence, s'oppose au dol qui implique la volonté de nuire. Elle est appréciée *in abstracto* en comparant l'activité de celui qui a causé un préjudice à l'attitude qu'aurait eue le bon père de famille. La détermination de la culpabilité est essentiellement une question d'espèce, les circonstances objectives de l'accident constituent souvent l'unique sinon le meilleur critère d'appréciation. L'exemple du bûcheron qui abat des branches est à cet égard typique, il sera coupable ou non, s'il blesse un passant, selon qu'il travaille ou non au bord d'un chemin (D., 9, 2, 31).

[367] LES ACTIONS UTILES PRÉTORIENNES. — Le préteur a parachevé l'œuvre de la doctrine en sanctionnant les dommages même non causés *corpore corpori*. Laisser l'esclave d'autrui mourir de faim, effrayer un cheval dont le cavalier se tue, autant de faits dont l'impunité se concilie difficilement avec l'esprit d'équité qui anime le magistrat de l'époque classique. Possesseurs de bonne foi ou usufruitiers bénéficient de la protection accordée au propriétaire, et les pérégrins sont assimilés aux citoyens romains (la fiction comme l'interprétation est à la base de ces transformations : GAIUS, 4, 37). Enfin, les atteintes à la personne humaine, bien que ne pouvant être considérées comme dommage patrimonial, furent sanctionnées par référence à la *loi Aquilia*.

[368] L'ACTION MIXTE. — L'histoire de l'action de la *loi Aquilia* est celle de l'atténuation progressive de son caractère pénal. Certes, au Bas-Empire, comme à l'époque ancienne, l'action est donnée au double contre celui qui nie à tort être l'auteur du dommage, mais cette prescription tombe en désuétude et doit être rappelée expressément par JUSTINIEN (cf. *Bas.*, 60, 3, 62 et *I*, 4, 6, 19 et 26 ; v. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, thèse, Paris, 1933, p. 115 ss.). Intransmissibilité passive, possibilité de faire jouer l'abandon noxal, attestent encore le caractère pénal de la procédure. Cependant, dès la fin de l'époque classique, l'action de la *loi Aquilia* a une fonction reipersécutoire, elle vise essentiellement à la réparation du préjudice causé (GAIUS,

4, 9), elle n'a pas de caractère infamant et une partie de la doctrine romaine estime qu'elle ne peut se cumuler avec les actions reipersécutoires (v. LÉVY, *Konkurrenz der Aktionen*, t. 2, p. 36 ss.). L'intention de nuire n'étant pas exigée, l'acte coupable ne perturbe pas l'ordre public, aussi ce délit privé, à la différence des précédents, n'a-t-il jamais été érigé en délit public par le droit romain (v. cependant le délit public de *rapina* n° 372). A mi-chemin entre les actions pénales et reipersécutoires, l'action de la *loi Aquilia* est qualifiée de mixte par les compilateurs de JUSTINIEN : elle sert à la fois de peine et de réparation du dommage causé. En dépit des extensions dues au préteur et à la doctrine, il n'existe pas en droit romain de principe général de responsabilité analogue à notre article 1382. Il appartiendra à nos anciens auteurs de préparer l'élaboration de celui-ci (DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. 2, titre 8, section 4, n° 1). Il est vrai qu'un droit, même moderne (droit anglais et allemand, par ex.), « peut vivre sans une élégante *clausula generalis* du genre de l'a. 1382 » (CARBONNIER, II, p. 621).

IV. — DÉLITS PRÉTORIENS

[369] L'absence d'un principe général de responsabilité oblige le préteur à intervenir, non seulement en élargissant le domaine d'application des anciennes sanctions, mais en en créant de nouvelles. C'est ainsi qu'au 1^{er} siècle avant J.-C., le magistrat romain sera amené à réprimer les délits de dol et de violence (v. n° 106).

[370] ACTIONS PÉNALES DE DOL ET DE « METUS ».

1° Le délit prétorien de *metus* consiste à vouloir tirer profit d'un acte juridique passé sous l'empire de la crainte. Deux éléments constitutifs sont nécessaires : un élément objectif — violences ou simples menaces — un élément subjectif : le vice du consentement de la victime. Celui-là est responsable, qui tire profit de l'acte, qu'il soit l'auteur des menaces ou non. Outre une exception et une restitution en entier, l'édit du préteur accorde une action *quod metus causa*. La condamnation, prononcée seulement contre celui qui refuse de réparer les

conséquences de la violence (clause arbitraire), est au quadruple du dommage causé par l'acte vicié. L'action est infamante, annale, intransmissible passivement (sauf contre les héritiers à concurrence de leur enrichissement), et délivrée à titre noxal : autant de preuves de son caractère pénal. Conformément à l'évolution générale, ce caractère s'estompe. La condamnation au quadruple englobe à la fois la peine et la réparation du dommage (D., 4, 2, 14, 9), on ne peut cumuler les actions contre les différents coauteurs du délit (D., 4, 2, 14, 15).

2° L'évolution est sensiblement la même pour l'action pénale de *dol*. Si elle est moins nette, c'est parce que le dol, moins dangereux pour l'ordre public, est sanctionné moins sévèrement que la violence. Action infamante, annale, intransmissible passivement, noxale, comportant la clause arbitraire, cette procédure est la fidèle réplique de la précédente. Cependant elle ne permet de condamner qu'au simple du dommage, elle n'est délivrée que contre l'auteur du dol (D., 4, 3, 15, 3), les tiers n'étant tenus qu'à concurrence de leur enrichissement, elle perd son caractère infamant quand elle est intentée contre certaines personnes (ascendant, haut personnage). A la fin de l'époque classique, le cumul contre les coauteurs sera interdit (D., 4, 3, 17, pr.), les héritiers du délinquant sont tenus à concurrence de leur enrichissement (D., 4, 3, 17, 1).

SECTION IV. — Actions reipersécutoires, pénales et mixtes

[371] Dans le droit romain classique, actions pénales et reipersécutoires (littéralement : *poursuite de la chose*) sont nettement distinguées. A la différence de l'action reipersécutoire : 1) L'action pénale est *intransmissible* passivement (GAIUS, 4, 112), et parfois même activement (GAIUS, *ibid.*), elle est fondée sur l'idée de vengeance, les héritiers du coupable ne sont pas soumis à la vindicte de la victime, les héritiers de celle-ci ne peuvent agir à sa place ; 2) Le coupable est assujetti réellement, physiquement à sa victime, le changement de sa condition juridique (*capitis deminutio*, cf. *Noxalité*) est dès lors sans effet sur l'obligation délictuelle (D., 4, 5, 2, 3) ; 3) La victime peut renoncer à sa vengeance en concluant avec l'adversaire un

pacte qui sera le plus souvent à titre onéreux (D., 3, 2, 6, 3) ; 4) La victime peut cumuler les actions pénales pour un même dommage s'il a plusieurs auteurs, action pénale et reipersécutoire se cumulent également à raison de la différence fondamentale de leurs buts ; 5) En effet, l'action reipersécutoire est une action en indemnité destinée à réparer un préjudice de caractère *patrimonial*, tandis que l'action pénale tend à infliger au coupable une peine indépendante du dommage causé.

Dès la fin de l'époque classique, l'opposition s'atténue, cependant on obtient parfois, grâce à la même action, la réparation du dommage et le paiement d'une amende privée. A l'époque byzantine, ces actions seront qualifiées de mixtes (I, 4, 6, 18), elles permettent d'obtenir une condamnation supérieure au dommage subi, et cependant ne peuvent se cumuler avec les actions reipersécutoires (v. notamment l'action de la *loi Aquilia*). Il peut paraître étonnant que des juristes aussi épris de distinctions et de classifications, que l'étaient les Byzantins, aient rompu la netteté des catégories classiques. Le droit moderne nous montre cependant que l'opposition entre la peine et la réparation est souvent contredite par la réalité. La jurisprudence accorde de plus en plus facilement des dommages-intérêts pour réparer un *dommage moral*. La doctrine s'accorde à reconnaître qu'en pareil cas l'indemnité a le caractère d'une peine privée et non d'une *réparation* (RIPERT et BOULANGER, II, n° 1012).

SECTION V. — Obligations quasi délictuelles

[372] Cette catégorie des sources d'obligations, esquissée par GAIUS, n'est dégagée avec netteté que dans les compilations de JUSTINIEN, voire même dans le commentaire qu'en fait THÉOPHILE. Elle groupe un certain nombre de délits dont le trait commun est : leur origine prétorienne, et une condamnation normalement supérieure au dommage causé, bien que la responsabilité du défendeur soit souvent objective, c'est-à-dire, indépendante de toute faute.

Transformant une procédure rigide issue de la *loi des XII Tables*, le préteur punit le juge « qui a fait le procès sien »,

la sanction pouvant varier selon qu'il a fait preuve de partialité ou simplement d'impéritie. Les édits sur la police des rues sanctionnent enfin un certain nombre d'imprudences : conventions contre ceux qui placent sur les maisons des objets non fixés susceptibles d'occasionner des accidents, sanction contre celui qui a causé un accident en jetant un objet dans la rue, édit relatif aux bêtes féroces détenues par les particuliers à Rome. En principe, quand l'animal sauvage s'enfuit, il redevient une *res nullius*. On peut s'approprier la peau de l'ours qui s'est échappé (D., 9, 1, 10), mais non pas se faire indemniser des dommages qu'il a causés. Le préteur sacrifie l'exégèse à la sécurité publique et accorde une action à la victime. Elle est fondée sur une présomption irréfragable de faute, le détenteur de l'animal est responsable parce qu'il a créé un risque.

Responsabilité enfin des armateurs, hôteliers ou maîtres d'écurie. Outre l'action contractuelle (v. n° 157), le préteur accorde une action pour les vols ou dommages causés par leurs préposés. La responsabilité des employeurs est pratiquement objective. On retient contre eux une *culpa in eligendo*, présomption de faute qu'il sera difficile de renverser (cf. la présomption de faute irréfragable de notre C. C., art. 1384).

ÉTAT DES QUESTIONS

Pour qui le droit romain n'est pas seulement matière d'examen ou d'érudition, la lecture des ouvrages d'HERING, philosophe et technicien moderne, sera d'un très grand profit. V. notamment, traduit par DE MEULENAERE : *De la faute en droit privé*, 1888 ; *La lutte pour le droit*, 1890.

TERMINOLOGIE. — Elle n'est pas rigoureuse, ALBERTARIO ne peut opposer *Crimen et delictum* qu'à grand renfort d'interpolations (*Studi*, t. III, p. 143 ss.). V. au contraire pour un sens général de *delinquere* : VOLTERRA, *Delinquere nelle fonti giur. rom.*, RISG, 1930, p. 117 ss.

DÉLIT PRIVÉ ET DÉLIT PUBLIC. — Sur les différences de procédure, v. ARCHI, *Civilliter vel criminaliter agere*, dans *Scritti beatificazione Ferrini*, t. I, p. 1 ss.

Pour les délits publics, v. les ouvrages de base : MOMMSEN, *Droit pénal romain*, trad. fr. de DUQUESNE, dans *Manuel des Antiquités*, Paris, 1907, 3 vol. ; FERRINI, *Diritto penale romano*, Milan, 1909 ; COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologne, 1921 ; STRACHAN DAVIDSON, *Problems of Roman criminal Law*, 2 vol., Oxford, 1912 ; FALCHI, *Diritto penale romano*, 3 vol., réédition Padoue, 1937 ; BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Naples, 1937 ; *Corso di diritto romano. Atto illecito pena e risarcimento*

del danno, Milan, 1957, et pour une époque particulièrement importante à raison de l'influence chrétienne commençante : les ouvrages de C. DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin*, Lille, 1953, et 1955. V. une bibliographie détaillée dans MONIER, p. 35, n. 4, et dans BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, t. III, p. 413 ss.

La notion de délit privé persistera à travers tout le droit byzantin, v. Zachariae von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, réédition San Nicolo, 1955, p. 325 ss.

PEINE ET RÉPARATION. — Sur les idées primitives, on peut consulter, outre les études de GLOTZ sur le droit grec (cf. en particulier Poena, dans *Dictionnaire des Antiquités*, de DAREMBERG, t. IV, 1, 520), Paul FAUCONNET, *La responsabilité*, thèse, Lettres, Paris, 1920 ; A. H. POST, *Ethnolog. Jurisprudenz*, 2 vol., 1894-5 ; WESTENHARCK, *The origin and development of the moral ideas*, 1905-8 (trad. fr., 2 vol., 1928).

Les sociologues ont tendance aujourd'hui à considérer que la vengeance privée est, dès l'origine, distincte de la sanction publique, liée à des interdits rituels. V. spécialement MAUSS, *La religion et les origines du droit pénal*, dans *RHD*, 1897 ; MAKAREWICZ, *Einführung in die Phil. des Strafrechts*, 1906 ; DURKHEIM, Deux lois de l'évolution pénale, dans *Année sociologique*, 1901, p. 65 ss. et les observations de SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 1946 (réédition).

Sur la différence entre la peine et la réparation : v. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im Klass. röm. Recht*, Berlin, 1915 ; VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milan, 1939 ; Sur l'évolution : DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari, Cacucci, 1954 ; pour une comparaison : LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalter Rechtslehre*, Münster, 1955 ; BRASIELLO, *Corso di diritto romano, Atto illecito ; pena e risarcimento del danno*, Naples, 1957.

RESPONSABILITÉ. — Sur les contradictions auxquelles conduisent, en droit moderne, une différence trop absolue entre responsabilité délictuelle et contractuelle, v. ESMEIN, *La chute dans l'escalier*, dans *Semaine juridique*, 1956, p. 1321.

Inconnue en droit pénal privé, la *responsabilité collective* n'est que très rarement admise en droit public romain (proscriptions de familles, dont la légalité paraît douteuse).

Sur l'existence d'une responsabilité subjective, dès l'ancien droit, v. la pénétrante étude de PERRIN, *Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables*, dans *RHD*, 1951, p. 324 ss.

Sur la responsabilité pour le fait d'autrui, v. F. SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, *BIDR*, 1963, p. 19 ss.

NOXALITÉ. — Les principes importent seuls dans une telle matière. Qui voudrait se renseigner sur les discussions auxquelles donne lieu actuellement, et a donné lieu dès l'époque romaine, cette conception archaïque (Sabiniens et Proculiens disputent notamment sur les conséquences de l'exercice temporaire de la puissance, par la victime sur le coupable), v. outre les études de GIRARD (*NRH*, 1887, p. 409 ss. ; 1888, p. 31 ss.), DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, 1947, et : *Il sistema romano della noxalita*, Iura, 1960,

p. I ss. ; PUGLIESE, Appunti in tema di azioni nossali, dans *Studi Carnelutti*, t. II, 1950, p. 113 ss. ; Obligazioni del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime nella nossalità, dans *Studi Albertario*, t. I, p. 235 ss. ; SARGENTI, Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano, et Limiti fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano, dans *Pubbl. Univ. Pavia*, 1949, p. 59 ss., et 1950, p. 103 ss., et une suggestive synthèse de H. LÉVY-BRUHL, sur l'abandon noxal, dans *Mélanges Meylan*, p. 193 ss.

Pour savoir si la victime doit s'estimer satisfaite par la livraison des ongles ou des cheveux du cadavre du délinquant, v. DE VISSCHER, De l'abandon du cadavre, dans *RHD*, 1943, p. 80 ss. Cf. le célèbre *partes secanto* de la loi des XII Tables. V. également la pénétrante étude de Mme G. SICARD, Saint Ambroise et les débiteurs privés de sépulture, dans *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, t. I, 1953, p. 89 ss.

On retrouve dans les compilations de Justinien l'habituel mélange de classicisme archaisant et d'innovations utilitaires : possibilité d'intenter une *action contractuelle à titre noxal*, quand un délit a été commis par un esclave qui était l'objet d'un contrat (esclave voleur donné en gage).

Sur l'extension du domaine d'application de l'*actio de pauperie* (dommage causé par les animaux), v. bibliographie dans KASER, I, p. 147. L'abandon noxal de l'animal, auteur d'un dommage, persiste dans le droit byzantin de basse époque (J. DE MALAFOSSE, Les lois agraires à l'époque byzantine, dans *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 67). La logique, sinon la simplicité de la solution, assure son succès dans le droit vulgaire. Cf. les solutions anthropomorphistes des juristes romains qui tiennent compte du naturel de l'animal ou de la légitime défense dans les batailles de bêtes. Le principe, maintenu dans la tradition byzantine (*Lois agraires*, notamment), n'a pas été sans influencer notre jurisprudence moderne (CARBONNIER, II, n° 189).

RESPONSABILITÉ OBJECTIVE

Certains indices permettent de penser qu'à l'origine un droit de vengeance a pu être exercé contre des choses inanimées. Sur la responsabilité engendrée par un immeuble qui menace ruine (*damnum infectum*), v. volume sur les Biens.

RESPONSABILITÉ SUBJECTIVE

Sur la responsabilité de l'impubère, v. DONATUTI, Il soggetto passivo dell'injuria, dans *Studi Ratti*, 1934, p. 511 ss. ; DIAZ BIALET, La imputabilidad penal en el Derecho Romano, dans *RSADR*, 1954, p. 13 ss.

DÉLITS PRIVÉS DU DROIT CIVIL

La loi des XII Tables connaît un certain nombre de délits privés secondaires : v. MONIER, *Le tignum junctum*, thèse, Paris, 1922 ; pour la non-restitution de dépôt assimilée dans la loi des XII Tables (8, 19) à un

vol : LÜBTOW, *Condictio*, 1952, p. 91 ss. ; pour le délit d'abattage d'arbres : CARRELLI, I delitti di taglio di arbore e di danneggiamento alle piantagioni, dans *SDH*, 1939, p. 327 ss. ; *actio de pastu*, LENEL, *Das Edictum*, p. 198 ; détournement des biens du pupille par son tuteur légitime.

INJURIA

Cinq chefs d'accusation à l'origine : 1) *Membrum ruptum*, lésion du corps humain autre que la fracture d'un os, v. APPLETON, *Mélanges Cornil*, t. I, 1926, p. 51 ss. Sur la peine du talion, v. GENZMER, Talion im Klassischen und nachklassischen Recht, dans *ZSS*, 1942, p. 122 ss. Pour une comparaison avec le droit hébraïque, v. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, 1947, p. 102 ss., et avec le droit germanique (*wergeld*), v. en dernier lieu EHRHARDT, *ZSS*, 1951, p. 74 ss. ; 2) *Os fractum*, fracture sans arrachement : HUVELIN, La notion de l'injure dans le très ancien droit romain, dans *Mélanges Appleton*, 1903, p. 377 ss. ; 3) *Injuria simple* : violences légères. A la différence de ce qui se passe à l'époque franque, les tarifs ne sont pas en honneur à Rome ; 4) *Malum carmen* ; et 5) *Occentatio* : sur ces termes, dont le sens est discuté, ainsi que sur les origines de l'injuria, v. outre HUVELIN : DI PAOLA, La genesi storica del concetto di iniuria, dans *AUCT*, 1947.

Sur le difficile problème de la distinction, en matière d'accusation calomnieuse, entre l'*injuria* et la *calumnia* (délict prétorien), v. LEMOSSE, Accusation calomnieuse et action d'injures à propos d'une inscription récente, dans *RHD*, 1953, p. 430 ss.

Pour les détails relatifs à la procédure, v. MONIER, p. 43. Selon qu'il s'agira d'une *injuria* simple ou *atrox*, le préteur fixe un maximum ou un minimum à la condamnation. Le juge, dans ces limites, n'est pas lié par la demande de la victime, il peut en cas d'*injuria* simple condamner, comme de nos jours, à l'unité monétaire symbolique. Le cumul des deux actions, privée et publique, est interdit (D., 47, 10, 6). V. également sur ces questions : PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, Milan, t. I, 1941 ; LAVAGGI, Iniuria e obligatio ex delicto, dans *SDHI*, 1947, p. 141 ss. ; A. CENDERELLI, Il carattere non patrimoniale dell'Actio iniuriarum e D., 47, 10, 1, 6-7, *Iura*, 1964, p. 159 ss.

FURTUM

La *perquisitio lance licioque*, qui paraît ridicule à GAIVS (3, 192), se rattache à des pratiques très antérieures à la loi des XII Tables. Le volé, après avoir rassemblé des témoins, perquisitionne chez l'adversaire, vêtu d'un pagne (*licium*) et tenant à deux mains un plateau (*lanx*). Rites magiques : le *licium* conjurerait les sorts, le plateau tenu devant les yeux permettrait au volé d'apercevoir son voleur dans cette sorte de miroir. V. outre DE VISSCHER, La procédure « lance et licio », dans *Etudes*, p. 217 ss. ; KASER, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, p. 340 ss., et Typisierter « dolus » im altrömischen Recht, *BIDR*, 1962, p. 79 ss. ; F. HORAK, Quaestio lance et licio, dans *PWRE*.

Sur la question de savoir si, à défaut de découverte du corps du délit,

les traces qui conduisent jusqu'au domicile suffisent, v. pour : KASER, *ouvr. cit.*; contre : NIEDERLANGER, Die Entwicklung des « furturn » und seine etymologischen Ableitung, dans ZSS, 1950, p. 238, n. 211.

Sur le sens de *furtum*, et sur l'influence de la terminologie grecque, v. les importantes recherches philologiques de NIEDERLANGER, *ouvr. cit.*, p. 186 ss.

Sur la *contractatio* et l'*animus furandi*, v. la controverse entre A. WATSON et J. A. C. THOMAS, dans *Iura*, 1962, p. 70 ss.

Sur la différence toujours discutée entre *fur manifestus* et *fur nec manifestus*, outre DE VISSCHER : Le fur manifestus, dans *Etudes*, p. 135 ss., v. ALBANESE, La nozione del furturn fino a Nerazio, dans *Ann. Sem. Giur.*, Palermo, 1953 et 1957. Sur la difficulté de concilier le *furtum conceptum* et la *perquisitio lance licioque* : v. la mise au point de MONIER, p. 48. La répression du vol dans l'ancien droit romain est toujours à l'origine de très utiles controverses : v. à ce propos la pénétrante étude de M. LEMOSSE, Les actions pénales de vol dans l'ancien droit romain, dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, 1959, p. 179 ss.

Il est fort possible que les compilateurs de Justinien aient généralisé et assimilé *animus lucrandi* et *animus furandi*. Ces termes ne peuvent cependant être considérés comme des critères d'interpolation, la notion d'*animus* a été largement utilisée dès l'époque classique. *Contra* : ALBERTARIO, *Animus furandi*, dans *Studi*, t. III, p. 211 ss., qui donne une nouvelle preuve de son esprit hypercritique. Pour une analyse plus nuancée de l'évolution, v. DAUBE, *Furtum proprium and furtum improprium*, dans *The Cambridge Law Journal*, 1937, p. 217 ss., DUFF, *Furtum and Larceny*, *Ibid.*, 1954, p. 86 ss.

Dès l'époque classique, le tuteur peut intenter l'action de vol à la place de son pupille : V. DE ROBERTIS, *Tutor e actio furti*, dans *Labeo*, 1955, p. 259 ss.

La *condictio ex causa furtiva* ne se cumule pas contre les divers coauteurs du délit ; action reipersécutoire, elle est perpétuelle. L'action en revendication permet seule de poursuivre les tiers détenteurs de l'objet volé. Sur la résistance de ces derniers qui essaient parfois de se faire indemniser du prix versé au voleur, v. SCHÖNBAUER, ZSS, 1942, p. 266 ss.

Sur la *condictio furtiva*, v. BOSSORWSKI, *De condictione ex causa furtiva*, dans *AUPA*, 1927, p. 343 ss.

Sur l'intérêt que présentent les rescrits pour une étude concrète (les traités dogmatiques élaborant souvent des cas d'école), v. J. GAUDEMET, A propos du « furturn » à l'époque classique, *Labeo*, 1961, p. 7 ss.

DAMNUM INIURIA DATUM

Sur les précédents de la loi des XII Tables, v. PERRIN, Le délit décemviral de destruction de récoltes sur pied, dans *Annales Universitatis Saraviensis*, 1953, p. 34 ss. et 173 ss.

La loi *Aquilia* est en réalité un plébiscite, v. la bibliographie dans BIONDI, p. 512, n° 15 ; F. PRINGSHEIM, The origin of the « Lex Aquilia », *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, p. 233 ss. ; sur l'action *servi corrupti* : G. LONGO, D., 11, 3, dans *BIDR*, 1961, p. 199 ; cf. sa précédente étude dans *Annali Univ.*

Macerata, 1958, p. 49 ss. ; et pour une comparaison avec le droit moderne : LAWSON, *Negligence in the civil Law*, Oxford, 1950.

Sur la confusion qui s'opère entre *injuria* et *culpa*, v. BEINART, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, dans *Studi Arancio-Ruiz*, t. I, 1953, p. 279 ss. La faute aquilienne est l'occasion de nombreuses controverses. Beaucoup d'auteurs croient à l'interpolation par les Byzantins des textes où se trouve dégagée la notion subjective de faute : v. notamment KUNDEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, dans *ZSS*, 1929, p. 158 ss. ; ARANCIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*², 1934, p. 226 ss. On aurait cependant tort d'exagérer l'importance des remaniements. Il y a probablement eu une prise de conscience chez les juristes byzantins de l'importance de la *culpa*, mais nous ne pensons pas que les solutions d'espèce admises à l'époque classique en aient été grandement modifiées. La célèbre règle *in lege Aquilia et [levissima] culpa venit* (D., 9, 2, 44, pr.) a peut-être eu plus de résonance dans notre doctrine moderne qu'elle n'a eu de portée dans le droit du Bas-Empire. Toute proportion gardée, nous avons assisté en droit moderne au même phénomène avec la théorie du risque. Le contenu de l'art. 1382 une fois précisé, le principe apparaît plus gênant qu'utile, car les discussions ne portent plus que sur des questions de technique.

A la différence du C. C., où l'illicite est inclus dans le concept général de faute, « la tradition pandectiste explique que les codifications des pays germaniques, dans leurs textes relatifs à la responsabilité du fait personnel, contiennent une référence expresse à l'illicite : *widerrechtlich*, traduction de l'*injuria* de la loi aquilienne... » (CARBONNIER, II, n° 180).

Sur le concours de l'action de la *loi Aquilia* et des actions reipersécutoires v., outre LEVY : ARNO, *In tema di lex Aquilia e di concursus actionum*, dans *Studi Riccobono*, t. II, 1932, p. 171 ss. ; c. r. de DUMONT, dans *RHD*, 1933, p. 790.

Parmi les lacunes de l'action en responsabilité de la *loi Aquilia* signalons la faute par omission (D., 7, 1, 13, 2 ; 39, 2, 7 ; v. BEINART, *ouvr. cit.*) et la destruction involontaire de la chose due, par un autre que le débiteur (par *a contrario* : D., 4, 3, 18, 5).

LA RAPINA

L'action de la *loi Aquilia* n'avait pas un caractère pénal suffisamment accentué pour punir efficacement les dommages causés par un groupe d'individus ou par des hommes armés. Au 1^{er} siècle avant J.-C., le préteur pérégrin réprime avec l'*actio vi bonorum raptorum* (de biens enlevés par la violence) les actes de destruction et de pillage. Sorte de vols avec circonstances aggravantes, ils sont punis de la peine du quadruple du dommage causé. A l'époque classique, bien que cela soit déjà discuté (GAIUS, 4, 8), l'action est pénale (cumul possible avec l'action en revendication des biens volés, intransmissibilité passive, action noxale). Au Bas-Empire, l'action est mixte, la condamnation sert à la fois de peine et de réparation, le cumul avec l'action en revendication n'est plus possible (I, 4, 6, 19). V. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, 1954, p. 74 ss. ; J. ROUVIER, Remarques sur l'« *actio vi bonorum raptorum* », *RHD*, 1963, p. 443.

DÉLITS PRÉTORIENS

DOL ET METUS. — Le caractère arbitraire des actions de *dol* et de *metus* est considéré par certains auteurs comme le résultat d'interpolations. V. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae*, Palerme, t. I, 1913, p. 46; ALBANESE, La sussidiarietà dell'« a. de dolo », dans *Annali Palermo*, 1961, p. 183 ss., et quelques remarques critiques de A. MASI, dans *Studi Senesi*, 1962, p. 40, mais l'étude d'ALBANESE doit être replacée dans l'ensemble de ses recherches sur l'histoire de la sanction délictuelle : *Ius*, 1958; *NDI*, 1960; *Annali Palermo*, 1950 et 1959.

Sur le caractère de l'*actio quod metus causa* à l'époque classique, V. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft*, dans *ZSS*, 1932, p. 233; *contra* MAIER, *Prätorische Bereicherungsklage*, Berlin, 1932, p. 35 ss. V. également sur ces délits en tant que vices du consentement, LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padoue, 1937; SANFILIPPO, *Il metus nei negozi giuridici*, Padoue, 1934; CASTELLO, *Il regime della violenza nei negozi giuridici*, dans *RISG*, 1939, p. 279 ss.; *Timor mortis vel cruciatus corporis*, dans *AG*, 1939, p. 145 ss.

AUTRES DÉLITS PRÉTORIENS

Outre la *fraus creditorum*, dont le caractère pénal de la sanction est fort discutable (v. n° 176), il existe dans l'édit du préteur de nombreuses dispositions relatives à des faits illicites. Hypothèses voisines du *damnum injuria datum* : (v. LENEL, *Das Edictum*, p. 228 ss.; MOREL, *Le sepulchrum*, 1928, p. 107 ss.); perversion de l'esclave d'autrui (v. LENEL, *ouvr. cit.*, p. 175; SCHILLER, *Trade secrets*, dans *Studi Riccobono*, t. IV, p. 79 ss.). Hypothèses voisines de l'*injuria* : accusations calomnieuses (v. LEMOSSE, *Accusation calomnieuse et action d'injures à propos d'une inscription récente*, dans *RHD*, 1953, p. 433 et *Recherches sur l'histoire du serment de calumnia*, dans *TR*, 1953, p. 30 ss.). Délits de procédure (défaut, action intentée pour nuire à autrui). Dommage pécuniaire ou moral causé à un tiers : par une foule (v. LENEL, *ouvr. cit.*, p. 395), par les extorsions des publicains percepteurs d'impôts (v. DAUVILLIER, *Le texte évangélique de Zachée et les obligations des publicains*, dans *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. I, 1952, p. 27 ss.).

ACTIONS PÉNALES, REIPERSÉCUTOIRES ET MIXTES

GAIUS (4, 9) signale déjà l'existence d'actions qui permettent de poursuivre à la fois la *res* et la *poena* : actions qui croissent au double contre ceux qui nient, v. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, thèse, Paris, 1933.

Sur le cumul des actions, v. LEVY, *Die Konkurrenz*, t. II, p. 194 ss.; ARNO, *Studi Riccobono*, t. II, 1932, p. 171 ss. Il existe des différences secondaires entre les actions pénales et reipersécutoires : possibilité de l'abandon noxal pour les premières, règles de capacité spéciales, v. PERRIN, *La responsabilité délictuelle de l'impubère en droit romain classique. Position du problème*, dans *Annales universitatis Saraviensis*, 1954, p. 238 ss.

OBLIGATIONS QUASI DÉLICTEUELLES

Sur la condamnation du juge *qui litem suam facit*, v. SEIDL, Juristische Papyrskunde, dans *SDHI*, 1952, p. 343 ss., et P. STEIN, The Nature of quasi-delictal Obligations Roman Law, dans *RIDA*, 1958, p. 563 ss., ou *Jus*, 1958, p. 367 ss.; HUEBNER, Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecerit, dans *Iura*, 1954, p. 200 ss., qui croit à d'importants remaniements des compilateurs byzantins.

CHAPITRE II

ANCIEN DROIT

SECTION I. — L'époque franque

[373] LA VENGEANCE PRIVÉE. — La volonté, essentielle au contrat, ne l'est pas au délit : il peut exister (aujourd'hui encore) des délits sans intention coupable ; « le fait juge l'homme » (LOYSEL, n° 824). Mais dès que les concepts juridiques s'affirment, la simple vengeance paraît aveugle si elle n'a pas égard à la psychologie.

L'importance reconnue au système de la vengeance ou de la composition peut donner la mesure de la force relative de l'Etat et des groupes familiaux dans les monarchies barbares.

L'autorité royale intervient pour réprimer les délits qui lui paraissent les plus graves : ceux qui atteignent la paix publique ; le maintien de la paix plus que la justice paraissant à l'époque le fondement même du droit.

Assez longue chez les Visigoths, les Burgondes ou dans les royaumes anglo-saxons, cette liste des crimes publics est au contraire fort brève chez les Germains (*Germania*, XII) et chez les Francs : Chilbert II en 596 (BORETIUS, p. 16) édicte la peine de mort contre l'homicide ; les Carolingiens punissent de peines corporelles outre le meurtre, le rapt, l'incendie et le vol ; mais la loi salique, dont l'influence prévaudra pendant toute l'époque franque même pour les Gallo-Romains, maintient la règle ancienne : le meurtre lui-même apparaît comme une affaire privée et la peine qui frappe le meurtrier est une composition tarifée.

Si un délit est commis, la vengeance ou *faida* est ouverte ;

il ne s'agit même pas d'une *vendetta* individuelle, mais d'une lutte de deux groupes familiaux, d'une réaction élémentaire dont l'époque mérovingienne offre maints exemples (cf. GRÉGOIRE DE TOURS, *Histoire*, X, 27 (Frédégonde), VIII, 18 (Gondovald), et surtout VII, 46 (célèbre histoire de Sicaire)).

Normalement, entre belligérants intervient une paix, un *pactum*, une *compositio* (le mot est déjà dans D., 48, 16, 6) que l'autorité s'emploie à imposer ; comme diront sans cesse les capitulaires : *pro faida pretium*, prix non pas librement négocié mais fixé par la coutume.

[374] LA LOI SALIQUE. — Sur 65 titres de la loi salique, 50 contiennent des tarifs de composition ; les délits sont énumérés et pour chacun d'eux le montant de la composition est déterminé minutieusement : remarquable du point de vue social, cette loi ne l'est pas moins du point de vue juridique (ELLUL, I, p. 664).

La répression est purement objective et presque mécanique en ce sens que, comme dans l'ancien droit romain, seul le fait matériellement accompli est puni ; la répression n'est pas « exténuée » (FAUCONET), et la réprobation morale, si elle existe, est « diffuse » : le délit est apprécié dans sa nature ou sa gravité (l'œil du borgne, le doigt qui lance la flèche), dans la condition de la victime (Romain ou Franc, ingénu ou affranchi, comte royal, antrusion, prêtre), mais les circonstances établies, le tarif s'applique sans qu'on effectue aucune recherche subjective de culpabilité.

Le prix du meurtre, par exemple, — appelé couramment le *wergeld* — varie entre 35 sous d'or pour un esclave (X, 2) et 1 800 sous pour un antrusion tué dans sa maison par une bande armée (XLII, I).

Une part de la somme payée par l'auteur du délit (tiers ou moitié) va au roi ; c'est une amende ou *fredus* ; le surplus constitue l'indemnité, ou *faidus*, due à la victime ou à sa famille. Au cas de vol, le voleur doit en outre payer la valeur de l'objet volé (*capitale*) et une autre indemnité qualifiée de *dilatatura* (XII, 2) qui paraît compenser la privation d'usage.

Cette responsabilité collective est mise en jeu quand la vengeance peut s'exercer : si la composition n'est pas payée

ou — ce qui paraît possible — si elle n'est pas acceptée; elle joue également au cas de paiement, et il est possible que, soit amiablement, soit sous la médiation du tribunal, les débiteurs obtiennent un terme ou une réduction de leur dette en assortissant leur promesse de garanties précises : ce sont même vraisemblablement les premières obligations contractuelles (cf. n^o 62).

Il est normal que la paix quand elle est conclue aboutisse à une charte de *securitas* dont les formulaires donnent de nombreux exemples (MARCULF, II, 16, 18 ; Zeumer, p. 85-88) : celui qui reçoit la composition promet pour lui et pour ses héritiers, de ne plus rien réclamer à l'avenir et maudit ceux de ses parents qui transgresseraient cette promesse.

Dans deux cas, cependant, cette solidarité familiale se trouve en défaut :

1^o Le titre 58 de la loi salique (*De Chrenecruda*) concerne l'insolvabilité du meurtrier. Celui-ci doit jurer avec douze cojureurs (évidemment ses parents) qu'il ne possède rien ; ensuite, il rentre dans sa maison, recueille aux quatre coins de la terre, et, du seuil, le dos tourné, la jette sur ses trois plus proches parents maternels et paternels. Ensuite, en chemise, une pièce à la main, il saute par-dessus la haie : ce qui signifie qu'il fait abandon de biens à ses parents. Ceux-ci peuvent payer, ou, à leur tour, répéter la même cérémonie. Si aucun parent ne peut payer, celui qui a le débiteur « en sa foi » doit le conduire à quatre *mallum* successifs ; et, si celui-ci ne trouve encore personne pour le rédimier, il doit « composer de sa vie », c'est-à-dire être mis à mort. Meurtre rituel auquel peut se référer cet autre texte de la loi salique (41, 8), qui parle de l'homme laissé à un carrefour *sine manus et sine pedes* (cf. *loi Ripuaire*, 72-73 ; GRÉGOIRE DE TOURS, VII, 46-47).

2^o Il peut se faire aussi que le coupable prenne la fuite ; il est alors mis hors la loi corps et biens, placé *extra sermonem regis*, forbanni : toutes les lois barbares offrent cette forme terrible d'excommunication qui fait du contumax un *outlaw* que chacun peut tuer et que nul ne peut assister (*loi Salique*, XV, 2).

[375] LA LOI DES VISIGOTHS. — Un état de droit identique mais beaucoup moins net est révélé par la loi des Visigoths, qui

contient pareillement des tarifs de composition (spécialement pour les délits contre les biens, VIII, 3) ; on doit simplement noter que les peines personnelles, sont bien plus fréquentes (cf. pour le vol, VII, 2), que l'intention coupable est retenue pour qualifier le crime (VI, 5), et que les peines du double ou d'un multiple, assez fréquentes, peuvent traduire une influence romaine.

[376] GÉNÉRALISATION DU SYSTÈME. — Ces règles, suivant le principe de la personnalité des lois, ne concernaient que les peuples barbares (ELLUL, I, p. 657). Mais bien vite, sans doute une ou deux générations après la conquête, le système des compositions fut adopté par les Romains : sa simplicité, l'ignorance des juges, le caractère oral des lois et des coutumes, l'idée de la « supériorité » des vainqueurs, mais surtout l'état social expliquent l'évolution. Il suffit de lire les chroniqueurs, GRÉGOIRE DE TOURS surtout, pour comprendre qu'à une époque où la violence est partout, nul autre système ne pouvait être plus efficace. Toute recherche d'intention était difficile mais aussi périlleuse : un accident ou une imprudence pouvait dissimuler un meurtre.

Il ne nous appartient pas de traiter ici des guerres privées qui procèdent de cet état social. Nous devons simplement retracer sous ses divers aspects l'histoire de la responsabilité civile.

SECTION II. — La faute

[377] LA RECHERCHE DE L'INTENTION. — Déjà les lois barbares avaient parfois égard à l'intention du délinquant ; l'influence chrétienne ne pouvait qu'aller dans cette voie. GRATIEN reprend (22, 2, 3) la phrase de SAINT AUGUSTIN : *reum non facit nisi mens rea*. Et cette thèse avait l'appui de tous les théologiens pour qui la disposition d'esprit est essentielle à l'œuvre : *Opus reputatur pro facto*.

La *culpa*, chez les Décrétistes, est une faute morale, le dol un péché ; l'un et l'autre sont *damnabiles* sans que la distinction de la morale et du droit, du for interne et du for externe, soit clairement faite.

Le droit romain s'attachait à définir la faute civile : le *Petrus* (III, 35) traite déjà du dol qu'il considère comme un délit, une tromperie assimilée au vol. Pour les glossateurs, le dol faisait le délit ; la faute, au contraire, n'impliquait pas l'intention de nuire : elle était imprudence, maladresse, négligence. Quant à l'ignorance, au moins si elle est invincible, elle assure l'impunité de l'acte ; sans discernement, en effet, il ne peut y avoir ni faute ni responsabilité.

BEAUMANOIR (n° 1575) pose très nettement la règle que les « forsenés » « ne sont pas justiciés en la manière des autres par ce qu'ils ne savent qu'ils font », et leurs hoirs ne sont responsables que si « pour leur mauvese garde li mesfès fu fes » (cf. t. III).

La même règle valait pour l'enfant.

D'autre part, il peut se faire que l'auteur du dommage soit exonéré de toute responsabilité si sa volonté n'a pas été éclairée ou libre. Les canonistes étudièrent spécialement l'erreur (cf. n° 112) et la nécessité (n° 167).

BEAUMANOIR (nos 716, 1510, 715) identifie nettement cas de nécessité et force majeure et en fait application aux lois ; c'est le sens premier des maximes de LOYSEL : « Nécessité n'a point de loy », « Besoin ou nécessité n'a loy », « Besoing ne garde loi » (MORAWSKI, n° 237).

[378] LA RESPONSABILITÉ OBJECTIVE. — L'idée d'une responsabilité personnelle ne s'impose pas d'ailleurs sans peine.

1° La survivance la plus nette de la responsabilité collective est fournie par l'institution du droit de repréailles. Le groupe, l'*universitas* est responsable du délit d'un de ses membres : les chartes urbaines du XIII^e siècle permettent de retenir le compatriote du délinquant. Aux XIV^e et XV^e siècles dans tous les pays méditerranéens des lettres de marque sont délivrées par le roi ou les parlements contre des étrangers ; les chartes médiévales rendent souvent les communes responsables des délits commis par des inconnus et notre droit connaît encore une responsabilité des communes au cas de dommages causés par les attroupements ; la règle vient du décret du 23 février 1790 et de la loi du 10 vendémiaire an IV dont le but avait été d'apaiser les « troubles des provinces ».

2° La vengeance et la colère ont encore leur place en droit

pénal (légitime défense, flagrant délit, droit de la partie civile). Le début du XVII^e siècle est marqué par une frénésie de duels. Surtout, la guerre fait réapparaître l'instinct primitif : course (et corsaires), prise, représailles, otages.

3^o On ne distingue pas la faute pénale de la faute civile. L'inspiration du droit barbare se retrouve dans la persistance fréquente, dans les coutumes, de tarifs d'amendes (le plus souvent de 60 ou 100 sous ; LOYSEL, n^{os} 817, 840), dans le fait que les prévenus ne sont pas emprisonnés (R. GRAND, *La prison et la notion d'emprisonnement*, *RHD*, 1940-1941, p. 58-88). L'idée d'une « peine privée » n'est pas tout à fait disparue de notre droit.

4^o Enfin la pratique ne s'aventure pas dans des recherches trop subtiles d'intention. Au civil comme au pénal la maxime de LOYSEL : « Le fait juge l'homme » paraît représenter le droit commun. On parle bien de « tort fait » et l'on dit « qui a tort si l'ament » (amende) (MORAWSKI, 1822), mais le mot n'a aucune portée morale. *Tortum* signifie l'action contraire au droit, *directum*, l'acte à la fois illicite et dommageable ; dans une charte de Saint-Aubin d'Angers, on lit : *recognoscens tortum suum et rectum monachorum*.

[379] LA FIN DE L'ANCIEN DROIT. — La doctrine de la fin de l'ancien droit, si elle retient la *levissima culpa*, l'interprète en ce sens que « toutes les pertes, tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne doivent être réparés par celui dont la faute y a donné lieu » (DOMAT, II, 8, 4).

Il s'agit plus que d'un principe d'imputabilité, d'un simple lien de causalité.

L'homicide involontaire n'est pas relaxé mais doit solliciter sa grâce (cf. pour le droit anglo-saxon, le délit *praeter intentionem*, qui n'est autre que la théorie canonique du *dolus eventualis*).

On attribue couramment à GROTIUS le mérite d'avoir posé le premier un principe général de responsabilité ; il ne s'agit pourtant que d'une synthèse assez timide empruntée aux théologiens espagnols et à la pratique coutumière (R. FEENSTRA, *Etudes Petot*, 1959, p. 157-171). Le mot « responsabilité » n'est pas employé avant le XVIII^e siècle. Au XVII^e siècle, on parle du « responsable » au sens de « répondant » ou de « garant ». Même les références à la loi *Aquila* sont fort peu nombreuses.

On procède par brocards : LOYSEL dira « qui peut et n'empêche, pêche » ; mais DOMAT précisera que l'omission ne peut être imputée qu'à celui que « quelque devoir » empêchait de prévenir le dommage (on songe à la théorie moderne de l'obligation préexistante). Le même auteur indiquera encore qu'il existe « trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommage » : celles « qui vont à un crime ou à un délit », celles « qui viennent de manquements aux engagements des conventions » ; enfin, les autres fautes « comme si par légèreté on jette par une fenêtre quelque chose qui gêne un habit ; si des animaux mal gardés font quelque dommage ; si on cause un incendie par imprudence ; si un bâtiment qui menace ruine tombe sur un autre et y fait un dommage » (RANJARD, *La responsabilité civile dans Domat*, th., 1943).

Il s'agit toujours d'une combinaison des lois romaines (cf. n° 364), que vise nettement l'énumération de DOMAT.

Le XVIII^e siècle va lier les idées de responsabilité et de liberté ; on proclamera que « l'homme est garant de son fait », et l'expression donnée comme « une des premières maximes de la société » est reprise dans le rapport du tribun Bertrand de GREUILLE pour défendre l'article 1382 (16 pluviôse an XII). Le rapport est d'ailleurs remarquable car il montre bien l'évolution accomplie. Il est parlé de négligence et d'imprudence ; mais la règle est ramenée à « ce grand principe d'ordre public que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre » ; la responsabilité est fondée sur le « défaut de vigilance sur soi-même ». Plus grandiloquent, le rapport du tribun TERRIBLE (19 pluviôse an XII) indique la « vaste latitude » du nouveau principe et le justifie par le désir de donner « une garantie à la conservation des propriétés de tout genre » et par le « cri de la justice » qui ne peut mettre en balance « l'intérêt de l'infortuné » qui souffre un dommage et « celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé ».

[380] LE FAIT D'AUTRUI ET LE FAIT DES CHOSSES. — Garant de son fait, on l'est encore des personnes dont on doit « répondre » (cf. art. 1384). Le Code civil mentionne spécialement les enfants mineurs, les domestiques et préposés, les élèves et apprentis ; on est encore responsable des choses que l'on a sous sa « garde »,

des animaux ou de la ruine des bâtiments. Il s'agit d'une responsabilité présumée : c'est la faute qui crée la dette ; mauvais choix (cf. POTHIER, *Obligations*, n° 121), mauvaise surveillance (rapport du tribun TARRIBLE), défaut d'entretien.

L'énumération des art. 1384-86 trahit bien l'origine historique des règles qui y sont contenues :

1° La responsabilité du père a pris dès le XIII^e siècle bien des traits empruntés au droit romain ; le chef de maison est responsable de ceux qui vivent avec lui (cf. t. III) ; mais cette responsabilité vient de l'habitation commune plus que de la puissance paternelle, au moins si l'enfant est venu « en âge » ; elle est rompue quand les parents mettent l'enfant « hors de leur main et hors de leur pain et de leur pot » (BEAUMANOIR, 640 ; cf. X^a, 5, 23, 2). Plus archaïques, les chartes du Midi gardent le souvenir de l'action noxale : le chef de maison peut garantir les siens ou les abandonner (Saint-Gaudens, 1203, art. 30).

Les Parlements furent partagés sur la question. Dans le Midi, on lie l'obligation du père à l'existence d'un pécule ou de biens appartenant au fils et l'on ajoute que le père n'est jamais tenu de son vivant d'avancer sur la légitime les condamnations encourues par le fils. Cette règle se vérifie dans les « procès de grossesse » : le grand-père n'est pas tenu de fournir des aliments à son petit-fils naturel, ni de payer les frais de couches de la « fille séduite ».

Enfin, on vient à une justification individualiste : le chef du ménage doit surveiller ceux qui dépendent de lui ; au cas de délit, le défaut de surveillance (prouvé), ou la mauvaise éducation (présumée), constituent la faute.

2° Si des animaux causent un dommage, le droit franc permet de les tuer (*loi Salique* 9, 1 ; *loi des Visigoths*, VIII, 3, 15). La règle subsistera pour les volailles (art. 12, loi 18 septembre-6 octobre 1791). Mais LOYSEL (n° 249) indique que « qui prend bestes en dommage ne les peut retenir, ains les doit mener en justice dans vingt-quatre heures ». Couramment, en effet, on autorise la victime à saisir le bétail en dommage et par là à assurer son paiement. Au Moyen Age, il est courant que l'on fasse un procès en forme à l'animal ce qui est bien, comme le dit BEAUMANOIR, « justice perdue » (n^{os} 1944-45).

La responsabilité du propriétaire pouvait être durement mise en cause ; il doit à l'origine payer la composition du délit (*Lex saxonum*, XIII, I) ou la moitié de celle-ci (*loi Salique*, XXXVI). Au cas d'accident mortel, les *Etablissements de Saint-Louis* condamnent le propriétaire à payer une lourde amende pour le « relief d'un home » ; il peut même être pendu s'il est « assez fou » pour dire qu'il savait que la bête était vicieuse.

Déjà BEAUMANOIR admet, au moins au cas de blessure, qu'on est absolument tenu à « damage rendre » ; normalement on en vient à rattacher cette obligation à l'idée simple de garde ; « De bonne garde ne fu onques trop » (MORAWSKI, n° 468).

3° Quant à la responsabilité du fait des choses, elle apparaît comme indissociable de l'imprudence humaine. Le cas le plus net vise la *dejectio* ou l'*effusio* : le propriétaire est responsable de la chute de la chose placée à une fenêtre ; mais cette chute suppose encore l'acte commis, à son nom, par quelqu'un de la maison. S'il s'agit de tuiles venant à tomber d'un toit en bon état, le cas fortuit (vent, orage) exonère le propriétaire ou le locataire. Au cas de *damnum infectum*, il est indiqué par les auteurs anciens que le voisin ne peut se faire envoyer en possession (DOMAT, 2, 8, 3) mais il peut sommer le propriétaire de démolir ou de réparer.

SECTION III. — Le dommage et sa réparation

[381] Dans le droit franc comme dans le droit des XII Tables la réparation n'était pas en proportion du dommage ; l'amende était tarifée et l'idée de peine l'emportait sur celle d'indemnité, qui apparaît déjà au cas où un accord est conclu avec la victime ou sa famille. L'évolution de l'ancien droit va être à cet égard fort semblable à celle du droit romain et d'ailleurs infléchie par celui-ci.

Il existe d'ailleurs de grandes diversités régionales, l'archaïsme de l'Ouest est certain : la Bretagne conserve des traces fort nettes de solidarité familiale dans l'institution du finport (*Très ancienne coutume*, éd. PLANIOL, n° 100 ; OLIVIER-MARTIN, *Le Finport*, *Mém. Soc. Hist. Bretagne*, 1921, p. 37-96 ; cf. commentaire d'ARGENTRÉ sur l'art. 274). L'Anjou garde plus longtemps que l'Orléanais le système des amendes.

Au cas de vol, il y avait lieu à restitution de l'objet ; au cas

d'atteinte à la personne (homicide, blessures, injures), on parle d'intérêts civils ; l'intérêt c'est, dans la langue du XIV^e siècle, le « dommage », mais aussi le « dédommagement ».

S'il s'agit d'un tort moral, on impose une « amende honorable » qui peut être parfois pécuniaire : le complice de l'adultère de la femme, par exemple, peut être condamné à une réparation civile au profit du mari (PAPON).

Si le dommage était causé à une chose, on en revenait aux principes de la loi Aquilia ; on peut cependant déceler plusieurs changements :

1^o Les textes romains classiques n'admettaient pas pleinement la transmission de l'obligation *ex delicto* (GAIUS, 4-112). Les glossateurs reprirent ces règles. Les décrétalistes furent, au contraire, préoccupés d'imposer à l'héritier la réparation du tort commis par le défunt ; le salut de son âme y était engagé. La situation fait penser à celle d'un testateur recherchant les dommages qu'il a causés et en mettant les réparations convenables à la charge de ses héritiers.

La solution canonique ne paraît prévaloir qu'au XV^e siècle, tandis qu'au XVI^e siècle, la Renaissance revient aux principes romains ; Guy COQUILLE se heurte au droit canon et, à la fin de l'Ancien Régime, l'action née du délit est le plus souvent donnée contre l'héritier. Les biens du délinquant servent à purger sa mémoire. La seule exception concernait les injures verbales intransmissibles activement et passivement.

2^o Tous les auteurs d'un dommage sont responsables *in solidum*. Aux XIII^e et XIV^e siècles, il est tenu que la responsabilité d'une faute ne se divise pas. On sait que l'interprétation de l'article 55 du code pénal a donné lieu à des difficultés analogues (H. MAZEAUD, Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels, dans *Revue critique*, 1930, p. 411).

CUJAS (*Observ.*, XXVI, 26), DONEAU (t. IX, col. 1364, éd. Flor.) distinguent le cas de celui de la corréalité pour donner au créancier une plus grande garantie (seul le paiement peut éteindre la dette, cf. D., 16, 3, I, 43). DU MOULIN discute la thèse de l'indivisibilité des fautes (*dividui et individui*, n^o 201 ; II ; col. 443) ; mais POTHIER confond solidarité et obligation *in solidum*.

ÉTAT DES QUESTIONS

Il est bien connu qu'en la matière, la tradition germanique s'oppose à la tradition romaine du Bas-Empire et qu'elle aura une influence décisive. Traiter du « droit germanique » est cependant trop sacrifier à l'hypothèse pour s'y aventurer ici. Il faut toujours en revenir à la *Germanie* de TACITE (écrite en 98 après J.-C.) et aussi aux *Annales* (PARATORE, Tacito, 1951), mais sans perdre de vue la portée — politique et critique — de l'œuvre. Il faut surtout se garder d'alléguer Tacite pour le III^e siècle à une époque où il existe des différences fort grandes entre les Orientaux (Goths) et les Occidentaux, les Francs et les Saxons. On peut retenir cependant le caractère « objectif » du délit en droit germain : cf. avec des nuances, VON SCHWERIN, *Grundzüge*, 1941, p. 28 ; Rudolf HIS, *Gesch. des deutschen Strafrechts*, 1928, p. 10 ; José ORLANDIS, Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta edad media, dans *AHDE*, 1945, p. 112-192 (qui montre bien la persistance en Espagne de la tradition visigothique et marque les réserves qu'appellent les livres de DAHN, de BRUNNER et de HINOJOSA) ; M. VALDEAVELLANO, Sobre los conceptos de hurto y robo el derecho visigodo, *Rev. Port. Hist.*, 1947, montre la survie des idées de *furtum* et de *rapina* ; enfin ANNERS, *Hand wahre Hand*, Lund, 1952.

Sur la fusion des règles romaines et franques on trouvera un exposé lucide dans le cours d'Ed. PERROY, *Royaumes et Sociétés barbares du V^e au VIII^e siècle*, s. d. Utile mise au point de Marc BLOCH, *Revue hist.*, t. 154, 1927, p. 161-178 ; *Rev. synthèse hist.*, 1940-45, p. 55-81 ; *Ann. hist. sociale*, 1945, p. 13-28. Précieuses indications de Pierre COURCELLE, *Hist. littéraire des grandes invasions*, 1948 ; Pierre RICHE, *Les invasions barbares*, 1953 (Que sais-je ?) ; Jérôme CARCOPINO, Choses et gens du pays d'Arles, dans *Revue Lyonnaise*, 1922, p. 47-70 ; A propos de Rutilius Namatianus, dans *Rev. études latines*, 1928, p. 180-200.

L'idée de « paix » est essentielle : BONNAUD-DELAMARE, *L'idée de paix à l'époque carolingienne*, 1939 ; l'Eglise va lui donner un contenu moral : la paix publique reflète la paix du Christ ; les deux notions sont si bien liées que les formules qui règlent la paix conclue avec les homicides prévoient, ensemble, des amendes et des peines religieuses. La paix met fin à la vengeance (*Faida hoc est inimicitia*, Edit de Rothari, cap. 45) et à la lutte de groupe à groupe. La solidarité familiale paraît très forte spécialement dans la société saxonne ; l'épopée de Beowulf plaint l'homme sans famille (épisode du roi Hrethel) ; les lois saxonnes fournissent des exemples très nets de vengeance et de composition (paiement sur la « tombe ouverte ») ; au XI^e siècle la liste des délits publics s'allonge encore que le *Domesday Book* (1086) maintienne de nombreux cas de rachat des délits : outre les ouvrages de W. STUBBS (6^e éd., 1903-1906 ; trad. franç. PETIT-DUTAILLIS et LEFEBVRE, 1907-1927), J.-F. STEPHEN (3 vol., 1883), L. O. PIKE (2 vol., 1876), KENNY et PHILLIPPS, 1936, on trouvera de très précieuses indications dans la brillante synthèse de F. JOUON DES LONGRAIS, *Le droit criminel anglais au M. A.*, dans *RHD*, 1956, p. 391-435, et dans G. CHEVRIER, *Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne*, *MSDB*, 1960, p. 127-137.

Sur les guerres familiales au Moyen Age, il y aurait beaucoup à glaner chez les chroniqueurs (Orderic VITAL, Raoul GLABER) comme dans les chansons de geste (spécialement Renaud DE MONTAUBAN, Girard DE ROUSSILLON, et, sur le talion, OGIER et GAUTHIER d'AQUITAINE). Des testateurs avouent les vols qu'ils ont commis et en ordonnent réparation.

Quant aux témoignages relatifs à la solidarité familiale, ils sont innombrables, aussi bien dans la législation sicilienne ou normande (J. YVER, La solidarité familiale en matière criminelle dans l'ancien droit normand, dans *Normannia*, 1935) que, par exemple, dans les coutumes pyrénéennes. Un peu partout existe une responsabilité collective des habitants pour les délits commis sur leur territoire (en Béarn, art. 39 et 66 du *For général* : ROGÉ, *Les anciens fors de Béarn*, 1907, p. 65 et 128 ; BRISSAUD et ROGE, *Textes additionnels*, 1905, p. 84 ; dans le Tyrol, P. S. LEICHT, *Ricerche sulla responsabilità del comune in caso di danno*, 1904). En Béarn, au cas d'homicide ou de blessure grave, le seigneur peut exiger des otages (thiansser) qui ne sont libérés qu'au moment où les parties font la paix. Le droit d'arsin et d'abatis permet aux communes du Nord de brûler ou de détruire celui qui a lésé un bourgeois et se refuse à réparer ses torts (Jean GESSLER, dans *Mélanges Fournier*, 1929, p. 293 ; PETIT-DUTAILLIS, *Les communes françaises*, 1947, p. 102). On peut rappeler que la Convention fit démolir la maison de Buzot et la Commune celle de Thiers.

C'est le droit canonique qui donna toute sa portée à la notion de *faute*. Outre l'ancien livre de KAHN, *Etude sur le délit et la peine en droit canon*, 1898, il faut surtout consulter la magistrale synthèse de St. KUTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, 1935 à compléter par le c. r. de G. LE BRAS, dans *Studia et Documenta hist. et juris*, 1936, p. 232-238. Cf. aussi F. RUSSO, Pénitence et excommunication, dans *Rech. Sc. religieuses*, 1946, p. 257-279 et 431-459 et Marcel DAVID, Parjure et mensonge dans *Studia Gratiana*, t. III, 1955, p. 117-141. Le décret de Gratien contient une masse de textes sur la tentative et la culpabilité qui paraissent prouver une exacte connaissance du droit romain (J. DE GHELLINCK, *Le mouvement théologique au XII^e siècle*, 1914, p. 125 ; VETULANI, Gratien et le droit romain, dans *RHD*, 1946-47, p. 11-48). Cf. pour la faute contractuelle, *supra*, p. 191.

Crimen et peccatum sont liés ; ABÉLARD, GRATIEN, les décrétistes essayent de les distinguer en même temps qu'ils font une analyse de la volonté à propos de la C. 15 qu. 1. C'est NICOLAS 1^{er} qui énumère les *modi peccati* : *necessitas, ignorantia, studium*. Il n'est pas de spéculation moderne sur la culpabilité que l'on ne retrouve chez les canonistes (théories du *dolus eventualis*, de la *culpa praecedens*, de l'*ignorantia invincibilis*, à propos des simoniaques *ignorantia juris et facti*). Quant à la nécessité, elle est *perplexio* (entre deux maux il faut choisir le moindre) ou *coactio* ; elle autorise la vengeance qui, normalement, est interdite (la légitime défense, *homicidium necessitatis*, par exemple) à condition qu'elle soit modérée, immédiate, inévitable.

La responsabilité du père pour son fils dépend évidemment de la structure familiale : Paulo MEREIA, O poder paternal na legislação visigótica, dans *Estudos de Direito visigótico*, 1948, p. 1-22. L'émancipation prononcée à titre

de peine rappelle l'expulsion de la famille du droit franc ; à raison de la prise de corps, elle aboutit même à un résultat assez voisin de l'abandon noxal du droit romain.

En ce qui concerne les délits de la femme, le mari en est parfois responsable (BEAUMANOIR, n° 877 ; T. A. *Coutume de Bretagne*, éd. Planiol, n° 205). D'après la *Coutume de Paris*, la femme est seule engagée par ses délits et la condamnation prononcée contre elle ne peut atteindre la communauté. Cf. pour la bibliographie, t. III, p. 156.

Enfin, le traitement infligé par le droit médiéval à l'homicide par imprudence montre bien à quel point la notion d'imputabilité des fautes est rudimentaire. En Normandie, le Très ancien Coutumier indique encore que le meurtrier *per infortunium* est puni de mort (XXXV). BEAUMANOIR (n°s 1940, 1957) indique que le coupable de « cas d'aventure » peut être condamné, mais ensuite gracié « pour cause pitié » (n° 1536). BOUTILLIER au cas de légitime défense fait appel à la raison écrite (II, 40). P. DUPARC, *Origines de la grâce*, 1942, p. 97-100 fait état de cas très nets de grâce intervenus au cas de « frenaisie » ou d'accident.

L'étude essentielle sur la responsabilité demeure celle de G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, t. II, Milan, 1922, p. 465. R. FEENSTRA, *Etudes Petot*, p. 164, signale une thèse polycopiée de R. KÖNIG, Francfort-sur-le-Main, 1954.

Sur le droit pénal, l'ouvrage le plus récent est R. VAN CAENEGEM, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XI^e tot de XIV^e eeuw*, 1954 (*Verhand Kon. Acad. voor wet. Lett.*, XIX) ; pour les romanistes, outre ENGELMANN, *Irrtum und Schuld...*, 1922 et DAHN, 1931, KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafr. der Scholastik*, 2 vol. 1907-1925 et W. ULLMANN, *The med. ides of law... by Lucas de Penna*, 1949, p. 142. La question du vol est inséparable de celle de la revendication étudiée t. II, n°s 206-207, et reprise dans le remarquable article de F. GARRISSON, Procédure de garantie et revendication mobilière, *MSDE*, 1958-60, p. 17-97.

En 1625, GROTIUS insère dans le *De jure belli ac pacis* un chapitre « De damno per injuriam dato » (II, 17) qui est un premier essai de synthèse de la théorie de la responsabilité. Pour DUCLOS, *Considérations sur les mœurs*, 1751 : « Le crime est toujours un faux jugement ». Pour BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), la peine doit être proportionnée non aux intentions mais aux dommages.

INDEX

- Absence, 49, 213, 328, 343.
 Abus de confiance, 390.
 Abus de droit, 388.
Accapte, 297.
 Acceptation bénéficiaire, 224.
Acceptilatio, 196, 235, 249.
 Accusation calomnieuse. V. *Calumnia*.
 Acquéreur fiduciaire, 33.
 Acte dispositif, 70.
Acte per aes et libram, 28, 36.
 Action *aestimatoria*, 289; — arbitraire, 129, 395, 396; — *auctoritatis*, 224, 277; — civile (*in jus*), 40, 42; — *civilis in factum*, 57; — *commodati contraria*, 255; — *conducti*, 291, 299; — *contraria*, 25, 364; — de bonne foi, 24, 35; — *de in rem verso*, 144, 304, 323; — de la loi, 216, 338. V. *Legis actio*; — *de modo agri*, 279; — *de peculio*, 144; — *depositi contraria*, 256; — *depositi directa*, 256; — *directa*, 25, 364; — *empti*, 274, 277, 278, 280; — en exécution, 42, 160; — en résolution, 42; — en revendication, 270, 274, 277, 402, 403; — *exercitoria*, 46, 144; — *ex testamento*, 324; — *in duplum*, 241; — infamante, 255, 305, 310, 321, 389, 391, 395, 396; — *injuriarum aestimatoria*, 368; — *institoria*, 46, 144; — (intransmissibilité), 44, 388 ss., 403; — *judicati*, 324; — *locati*, 292, 299; — *mandati*, 314, 335, 342; — mixte, 380, 394, 396*, 403, 404. V. Action réipersécutoire; — *negotiorum gestorum contraria et directa*, 322, 343; — oblique, 202; — Paulienne, 196*, 200 ss., 202. V. *Fraus creditorum*; — *praescriptis verbis*, 57, 317, 319; — pénale, 380 ss., 396, 404; — prétorienne (*in factum*), 40, 42, 43; — prétorienne servienne, 358; — *pro socio*, 303, 335; — *quanti minoris*, 270; — *quasi institoria*, 310; — *quod jussu*, 144; — *quod metus causa*. V. *Metus*; — rédhibitoire, 225, 280; — réipersécutoire, 380, 394, 396 ss., 402, 404; — révocatoire, 200 ss.; — utile, 145, 210, 236, 321, 394; — *venditi*, 273; — *vi bonorum raptorum*, 403.
Addictio, 391.
 Adoption, 37.
Adpromissio, 339, 341.
Adstipulator, 149, 392.
Adversaria, 48.
Affectio maritalis, 303, 305.

Les chiffres renvoient aux pages; les astérisques précisent l'endroit où la matière est principalement traitée.

- Affectio societatis*, 303, 305* ss.
 Affranchi, 208.
 Affrètement, 306.
 Affrètement, 45.
 ALCIAT, 112.
Alieni juris, 48, 144, 204, 253, 266.
 Aliments (fourniture d'—), 206.
 « A l'impossible nul n'est tenu », 152.
 Allemagne (réception du droit romain en —), 93, 107.
 AMBROISE (saint), 136, 252.
 Amende, 384, 387, 397, 411.
 Amodier, 300.
 ANASTASE, 237.
 Anatocisme, 251, 252.
 Andorre, 307.
 Angleterre (réception du droit romain en —), 92, 103, 106.
 Animaux (responsabilité du fait des —), 412, 413.
Animus furandi, 402 ; — *lucrandi*, 402 ; — *novandi*, 230, 234 ; — *societatis*, 303.
 Annulation du contrat, 129.
 Antichrèse, 251, 355, 356, 362, 364, 368.
Antiquum consortium, 35, 38, 308.
 Apprentissage, 298.
 AQUILIUS GALLUS, 230.
 Arbitraire du juge, 24.
 Arbitre, 136, 304.
 Archives publiques, 359.
 ARISTON, 42, 159, 315.
 Arrentement, 296, 300.
 Arrérages, 168.
 Arrhes (droit romain), 41, 59*, 62, 325 ; — (ancien droit), 66, 72, 76, 82, 92, 283, 289.
 Assignats, 139, 180.
 Association, 302, 308 ; — en participation, 304.
 Assurance, 153, 156 ; — sur la vie, 150.
 Astreinte, 192.
Auctoritas tutoris, 204.
 AUGUSTIN (saint), 136.
 Authentique *Sacramenta*, 88.
 Autonomie de la volonté (droit romain), 23, 32, 52, 61 ; — (ancien droit), 114*, 121, 147.
 Avaries communes, 45, 295*.
 Aveu, 47.
 Bail, 296* ; — à nourriture, 155.
 Baiser. V. *Osculum*.
 Banqueroute, 48.
 Banques de dépôt, 269.
 Banquier, 49, 61, 216, 249, 250, 258, 304, 335, 344. V. Pratique bancaire.
 Bâtiments (responsabilité du fait des —), 412.
 Bayle, 146.
 Bazacle (moulins du —), 307, 309.
 Belgique (réception du droit romain en —), 107.
 Bénéfice de cession d'actions, 347.
 Bénéfice de compétence, 179, 304, 305*, 308, 327 ; — de discussion (droit romain), 60, 339, 342, 361 ; — (ancien droit), 345, 346*, 374 ; — de division (droit romain), 60 ss., 336*, 339, 340 ; — de division (ancien droit), 337, 345 ; — d'inventaire, 223, 224 ; — d'ordre, 344.
 Bilaba africain, 76.
 Billet non causé, 164.
Bis de eadem re ne sit actio, 228.
 BODIN, 117.
 Bonne foi, 33, 35, 40-42, 52, 135, 184, 199, 278, 280, 292, 305, 310, 323, 324, 363, 364.
 Bonnes mœurs, 99*, 118.
 BOUTILLIER, 97.
Brachylogus juris civilis, 104.
 BRACTON, 93, 106.
 Cachet. V. Sceau.
Calumnia, 401, 404.
 CALVIN, 251.
 Cancellation du titre, 214.
 Canonistes, 86.
Capitis deminutio, 205, 223, 348, 396.

- CARACALLA, 251.**
Cas fortuit, 182, 275, 276, 293, 294, 314, 318, 349, 385, 414.
 V. Force majeure.
Cause (droit romain), 41, 125, 157* ss., 233, 320, 393 ; — (ancien droit), 97, 127, 161*, 318 ; — finale, 157*, 162, 285 ; — illicite et immorale (droit ancien), 41, 49, 158, 160, 165, 253 ; — (ancien droit), 163 ; — du pacte, 105 ; — pénale, 162.
Cautio (droit romain), 49 ; — (ancien droit), 66, 164 ; — discreta, 52 ; — judicatum solvi, 147, 238.
Caution, 224, 344, 346* ; — (confusion), 224, 227 ; — d'une obligation naturelle, 208 ; — solidaire, 347.
Cautionnement, 31, 51, 57, 60, 145, 223, 229, 333, 338* ss., 382 ; — (origines), 338 ss.
Cédules hypothécaires, 374.
Censeurs, 35.
CÉSAR (Jules), 179.
Cession d'actions (droit romain) 334, 361 ; — (ancien droit), 347 ; — de créance (droit romain), 228, 231, 235* ss. ; — (ancien droit), 240, 242* ; — de dette. V. Dette (cession).
Change, 179, 234, 243, 264. V. Lettre de change.
Cheptel, 301.
Chèque, 49.
Chirographum, 50*, 56, 66.
Christianisme, 74.
CICÉRON, 19.
Classicisme, 56.
Classification, 55.
Clause comminatoire, 71, 192 ; — à ordre, 153 ; — cum moriar, 150, 151 ; — de non-garantie. V. Responsabilité ; — de voie parée, 369 ; — pénale, 192, 195. V. Stipulation de peine ; — rebus sic stantibus, 173.
- CLÉMENT D'ALEXANDRIE, 252.**
Code civil, 115.
Codex accepti et expensi, 48.
Codi. V. Lo Codi.
Coemptio fiduciaire, 37.
Cognitio, 36.
Cojureurs, 408.
Collectivité, 31.
Collegantia, 306.
Colonat, 291.
Commandite, 264, 306, 313.
Commencement de preuve, 121.
Commendatio, 70.
Commerce (droit romain), 41, 44*, 53, 60, 145, 178, 185, 210, 232, 252, 270 ; — (ancien droit), 91, 240, 243, 264 ; — international, 30, 35, 38, 39, 45, 248, 266, 279, 287, 300 ; — maritime, 45.
Commission (droit romain), 310 ; — (ancien droit), 313.
Commodat (droit romain). V. Prêt à usage ; — (ancien droit), 258.
Common law, 93, 96.
Commun profit, 83, 100, 108, 152.
Communautés familiales, 305 ss.
Communes (responsabilité), 307, 417.
Composition pénale, 381, 384, 386, 389 ; — (ancien droit), 73, 406.
Compromis (pacte de —), 57.
Comptabilité, 47, 48, 53.
Compte courant, 216.
Concours de causes lucratives, 223, 227.
Concussion. V. Leges repetundarum.
Condictio (droit romain), 324* ss., 328, 329 ; — causa data causa non secuta, 318 ; — certae creditae pecuniae, 325 ; — certae rei, 325 ; certi generalis, 328 ; — certi, incerti, 300, 325 ; — ex causa furtiva, 323, 325, 391* ss., 402 ; — ex lege, 57 ; — incerti possessionis, 325 ; — indebiti, 159, 323 ; — liberationis, 325 ; — ob rem dati, 42, 43, 318, 321, 324* ; — ob turpem vel injustam causam,

- 161, 323 ; — *propter poenitentiam*, 318 ; — *sine causa*, 325 ; — *triticaria*, 325 ; — (ancien droit), 209, 318, 327.
- Condition (droit romain), 17, 49, 50, 58, 166* ss., 173, 213, 230, 249, 282, 287, 348 ; — (ancien droit), 153, 170* ; — incertaine, 153 ; — sous-entendue, 172*.
- Confarreatio*, 22.
- Confirmation tacite, 129.
- Confusion, 223* ss.
- Consensualisme, 21, 23, 24, 32, 34* ss., 40-42* ss., 59, 60, 141, 152, 157, 205, 214, 230.
- Consensus (contrarius)*, 212, 213* ss., 221.
- Consentement (droit romain), 125* ss. ; — (ancien droit), 127* ; (liberté du —), 23, 128* ; (vices du —), 128 ss. V. Dol, Erreur, Lésion, Violence (*Metus*).
- Conservateur des hypothèques, 374.
- Consideration* anglaise, 93, 157, 162, 166.
- Consilium fraudis*, 198, 199.
- Consortium*. V. *Antiquum consortium*.
- CONSTANTIN, 142, 237.
- Constitut. V. Pacte de constitut, 343 ; — possessoire, 284.
- Constitution de rente, 262, 372.
- Constitutum debiti alieni*, 44, 46 ; — *debiti proprii*, 44.
- Contemplatio domini*, 321, 322.
- Contractus*, 126.
- Contrainte, 16, 17, 29.
- Contrat (généralités), 13, 19, 20, 58 ; — abstrait, 23, 49, 50, 158, 161, 212 ; — à titre gratuit, 25*, 161, 199, 223 ; — à titre onéreux, 25*, 131, 161, 199 ; — consensuel, 23*, 30, 34* ss., 40, 160, 287, 291, 302 ; — (époque féodale), 82 ; — (époque franque), 64* ; — *d'aestimatum*, 317 ; — *d'affrètement*, 295 ; — de bonne foi (droit romain), 24*, 133, 141, 161, 182, 183, 188, 216 ss., 254 ss., 258, 270, 275, 276, 291, 302, 322 ; — (ancien droit), 126 ; — de droit strict, 24*, 25, 48, 50, 168, 182, 183, 218, 248 ; — d'entreprise. V. Louage d'ouvrage ; — de travail, 293, 294, 298*, 302 ; — écrit (*litteris*), 47* ss., 53, 165, 229 ; — innomé (droit romain), 26*, 40, 42, 56, 58, 59, 160, 254, 294, 315* ss., 317, 318 ss. ; — (ancien droit), 127, 318 ; — mixte, 294 ; — nommé, 26*, 127 ; (nullité du —), 15, 129, 130, 133, 149 ss., 161 ; — (ancien droit), 130 ss. ; — oral (*verbis*), 338, 339, 341, 350. V. Stipulation ; pré- —, 29 ; — réel (droit romain), 24, 29, 34, 40, 43, 60, 159*, 247* ss. ; — (ancien droit), 82, 116 ; — (résolution), 169, 170, 178, 198, 273, 280, 281, 292, 293, 317, 318, 331 ; — (ancien droit) résolution de la vente, 285 ; résolution de louage, 298 ; — solennel, 23* ss., 29, 32, 34, 159, 160 ; — synallagmatique, 25*, 27, 50, 57, 159, 160, 216, 270, 271, 274, 276, 278, 291, 302, 315, 317, 364 ; — synallagmatique imparfait, 25, 27, 254, 255 ; — unilatéral, 25*, 27, 125, 248, 317, 318.
- Contrectatio*, 391.
- Contre-plan, 376.
- Contre-piège, 371.
- Contumacia*, 140.
- Contumax, 408.
- Conventia*, 80*, 103, 152.
- Convention passée *jocandi causa*, 126.
- Copropriété, 302.
- Corréalité, 325* ss., 415.
- Correspondance des formes, 211 ss.
- Courtage, 313.
- Coutumes (rédaction des —), 112.
- Crainte. V. *Metus*.
- Créance chirographaire, 362.

- Crédit, 14, 15, 28, 44*, 46, 60, 145, 237, 255, 272, 274, 281, 287, 331, 338, 339, 356, 361, 362; (ouverture de —), 46, 232.
- Crimen, 379, 398, 417.
- Crime public, 406.
- CUJAS, 91, 233.
- Culpa (droit romain), 182 ss., 192, 257, 266, 311, 314, 328, 382, 385, 393 ss., 403, 409*, 417; — (ancien droit), 191, 409*, 417; — *in custodiendo*, 186; — *in eligendo*, 385, 398; — *lata*, 185*, 256; — *levis in abstracto*, 185, 186, 275, 292, 295, 322, 356, 362; — *levis in concreto*, 186, 267, 305.
- Curator bonorum, 196, 199.
- Custodia. V. Garde.
- Damnare, 17.
- Damnum fatale. V. Cas fortuit, Force majeure; — *infectum*, 414; — *injuria datum*, 386, 404.
- Dare, 14, 148, 315.
- Datio, 324; — *mutui*, 266; — *ob causam, ob rem*, 324.
- Dation en paiement (droit romain), 175, 179, 201, 272, 347; — (ancien droit), 178*.
- Décret volontaire, 374.
- Décrétale *Naviganti*, 265; — *Si cautio*, 164; — *Vigilanti*, 226.
- Décrétales de Grégoire IX (citées X*), 91.
- Deed anglais, 166, 373.
- Défaut, 404.
- Dejectio, 414.
- Délai utile, 225.
- Délégation, 227, 231* ss., 235, 236; — de marché, 233.
- Délit, 13, 17, 19, 129, 158, 184, 222, 374* ss.; — civil, 130, 379, 380; — prétorien, 386, 395* ss., 404; — privé, 379, 380, 383, 386* ss.; — public, 379, 380, 381, 387 ss.
- Délits de la femme, 417 ss.
- Demande reconventionnelle, 217, 219.
- Demeure (droit romain), 181* ss., 189, 192 ss., 288, 336, 392; — (ancien droit), 337.
- Denier à Dieu, 81, 97, 103.
- Dépôt (droit romain), 14, 27, 33, 40, 42, 46, 133, 150, 185, 186, 210, 222, 247, 255* ss.; — (ancien droit), 258; — bancaire, 265; — irrégulier, 257 ss.; — séquestre, 257.
- DESCARTES, 113.
- Désertion, 380.
- Dessaisine (clause de —), 284.
- Détention, 245, 254, 556, 292.
- Dettes, 13, 44, 46, 158, 181, 203, 215, 217, 230, 231, 328.
- Dévaluation, 76, 179.
- Devoir (*Schuld*), 16, 17, 223, 228, 338; — moral, 205*, 322.
- Devotio, 17.
- Dialectique, 27.
- Dies interpellat pro homine, 170, 190.
- Diffamation, 388.
- Diffareatio, 221.
- Diligentia, 185.
- DIOCLÉTIEN, 142.
- Dirigisme, 62, 148.
- Dividende, 15, 332.
- Division. V. Bénéfice de division.
- Dogmatisme, 27, 55* ss., 186.
- Dol (droit romain), 27, 41, 128* ss., 133, 136, 158, 181, 184 ss., 213, 218, 256, 266, 278 ss., 310, 311, 322, 328, 363, 380, 395* ss.; — (ancien droit), 129, 130*, 140, 346, 409; (action de —), 184, 395* ss.; — (bon), 52, 129, 135, 305; (exception de —), 24, 158, 160, 179, 218; — incident, 131.
- DOMAT, 115, 127, 219.
- Domage (droit romain), 197* ss., 254, 256, 291, 353, 379, 386, 387, 393*; — (ancien droit), 414*.
- Domage moral, 397.
- Domages-intérêts (droit romain),

- 24, 27, 44, 58, 167, 179, 181, 187, 275, 280, 292, 316, 317, 393*, 397 ; — (ancien droit), 191*, 414* ; — conventionnels, 188*, 194 ; — judiciaires, 188*, 194.
- Donation (droit romain), 26, 57, 161, 196, 197, 223, 232, 236, 253, 303, 324 ; — (ancien droit), 215 ; — avec charge, 150, 173, 317 ; — entre époux, 161, 165 ; — immorale, 49.
- Dot, 26, 32, 57, 150, 190, 199, 206, 212, 316, 353, 359.
- Droit acquis (renonciation au —), 101 ; — commercial. V. Commerce ; — de créance, 13-15, 28, 218, 299 ; — de préférence, 14, 215, 332, 333, 352* ss., 361, 362* ss., 371 ; — de reprise, 292 ; — de suite, 14, 371 ; — litigieux (cession), 241 ; — naturel, 99, 109, 121 ; naturel (Ecole du —), 114 ; — personnel, 13, 15 ; — réel, 13-15, 28, 210, 218, 299, 332, 365, 381, 383, 392 ; — romain (réception du —), 91* ; — savant, 27, 45, 55, 58 ; — vulgaire, 27, 55, 58*.
- Du croire, 313.
- DU MOULIN, 113, 334.
- DUNS SCOT, 112.
- Echange, 26, 34, 42, 85, 374.
- Echelle mobile, 180.
- Ecole du droit de la nature, 114, 135, 164.
- Ecrit authentique, 120.
- Ediles curules, 279, 281, 288, 289.
- Edit de *effusis et dejectis*, 385.
- Effet relatif des contrats, 151.
- Effusio*, 414.
- Emancipation, 37, 417.
- Emphytéose, 296.
- Empirisme, 27, 39, 331, 341.
- Emptor bonorum*, 217.
- Endossement, 244.
- Engagement (*Haftung*), 16, 207, 228, 338 ; — par la volonté unilatérale, 127.
- Enrichissement sans cause (injuste), 19, 41, 42, 59, 158, 159, 208, 320, 322* ss., 328, 352, 353, 363 ; — (ancien droit), 327.
- Envoi en possession. V. *Missio in possessionem*.
- Epitome Gai*, 66.
- Equité (droit romain), 24, 35, 41, 52, 133, 135, 158, 159, 181, 185, 204, 206, 217, 218, 225, 278, 311, 322, 328, 336, 352, 362 ; — (ancien droit), 98, 116, 127, 138, 154, 161, 207, 220 ; — (cause), 161 ; — (au cas de lésion), 138.
- Equity* anglaise, 110, 117.
- Equivalence des prestations, 137, 161, 298.
- Erreur (droit romain), 41, 128, 132* ss., 136, 141, 321, 324, 329 ; — (ancien droit), 132*, 141 ; — commune, 253 ; — de droit, 133, 142* ; — du juge, 24 ; — sur la cause, 164.
- Esclave, 144, 184, 204, 205, 230, 279, 335, 383, 384, 388, 392, 404.
- Escompte, 269.
- Escroquerie, 390.
- Espagne (réception du droit romain en —), 94*, 107.
- Estimation, 249, 317, 356.
- Eventus damni*, 198.
- Eviction, 179, 276-278, 286, 288, 315, 348.
- Exauguratio*, 221.
- Excambium*, 371, 376.
- Exception, 42, 129, 167, 179, 196, 200, 211, 213, 216 ; — de dol. V. Dol ; — *non adimpleti contractus* (droit romain), 216, 217, 272* ss., 352 ; — (ancien droit), 172, 285 ; — *non numeratae pecuniae*, 51, 254.
- Exceptiones Petri*, 104.
- Excommunication, 190.
- Exécution du contrat (droit ro-

- main), 42, 43, 59, 129, 155, 174* ss., 180 ss., 187, 212; — (ancien droit), 190* ss.; — forcée, 190, 218, 338, 339, 340, 382* ss.
- Expensilatio**, 212.
- Facere**, 14, 148, 194, 315, 328.
- Facteur d'évolution économique**, 18, 26, 39, 131, 148, 160, 175, 186, 210, 215, 291, 318, 331, 344.
- V. Pratique; — familial, 39; — germanique, 58; — gréco-oriental (hellénistique), 55, 250, 257, 273, 302, 356. V. Commerce international et Pratiques étrangères; — moral, 26, 136, 148, 203, 218, 322, 384, 386; — philosophique, 55, 56, 59, 141; — politique, 26, 148; — religieux (en général), 18, 323, 381; — (religion chrétienne), 52, 55, 59, 179, 266, 325, 384, 399; — social, 18, 26, 39, 136, 203, 205, 292, 318, 339, 344, 380, 386.
- Faïda**, 406.
- Faillite**, 167, 196, 199 ss., 202, 216, 217.
- Fas**, 17, 30.
- Faute**. V. *Culpa*; — contractuelle, 191; — lourde. V. *Culpa lata*.
- Favor debitoris**, 51, 60*, 175, 179, 192, 251, 253, 344, 354.
- Fermansa**, 345.
- Ferme** (bail à —), 301.
- FERRIÈRE** (Claude de —), 115.
- Festuca**, 64, 65, 71, 72, 75, 76, 81, 177.
- Fiançailles**, 37, 81.
- Fiction**, 41, 48*, 53, 143.
- Fidei commissis**, 37.
- Fidélusseur**, 336, 350.
- Fidejussio** (droit romain), 31, 341* ss., 350; — (ancien droit), 155, 344, 350; — (transmission), 239; — *indemnitas*, 342.
- Fidepromissio**, 31, 339, 340.
- Fides**, 17, 29, 33* ss., 44, 82; — *facta franque*, 64*, 71, 75, 344.
- Fiducie** (droit romain), 33, 37, 247, 254, 255, 266, 352, 354* ss., 363; — (ancien droit), 370, 375; — *cum amico*, 33; — *cum creditore*, 33.
- Fief**, 13.
- Finport**, 414.
- Fisc**, 62, 225, 353, 359, 365.
- Flagrant délit**, 385, 389, 391, 411.
- Foi jurée**, 21.
- Forban**, 408.
- FORCADEL**, 319.
- Force**, 130, 140, 226. V. **Violence**.
- Force majeure** (droit romain), 46, 180, 181, 193, 275, 291; — (ancien droit), 141, 258, 410.
- Forcené**, 410.
- Forclusion**, 226, 227.
- Formalisme**, 21, 23, 24, 27, 30* ss., 36, 39, 47* ss., 53, 55, 60-62, 128, 141, 143, 158, 167, 211* ss., 228, 354, 358.
- Formule**, 40, 211, 216, 218.
- Forum judiciorum**, 94.
- Fou** (droit romain), 205, 208, 225, 353; — (ancien droit), 410.
- Frais funéraires**, 206.
- Fraude** (droit romain), 47, 266, 275, 310, 391; — (ancien droit), 131*, 141, 164; — contre les créanciers (*Fraus creditorum*), 15, 195* ss., 201*, 404; — paulienne, 202.
- Fraus omnia corrumpit**, 132.
- Fredus**, 407.
- Furtum**. V. Vol.
- Gage** (droit romain), 150, 247, 352, 353, 355* ss., 363; — (ancien droit), 260, 366*.
- GAIUS**, 18-20, 33, 149, 158, 397.
- Garantie** (droit romain), 17, 29, 37, 44, 206, 213, 216, 331* ss., 336. V. **Sûreté**; — (ancien droit), 286*.
- Garde**, 46, 183* ss., 193, 238, 355, 412.

- Gardes mangeant, 370.
 Gazailhe, 301.
Gesta municipalia, 67, 75.
 Gestion d'affaires (droit romain), 19, 27, 36, 40, 41, 320*, 324, 328; — (ancien droit), 326.
 GLANVILLE, 93.
 Gratuité. V. Service d'ami.
 GRÉGOIRE DE NAZIANZE (saint), 252.
 GRÉGOIRE IX. V. Décrétales.
 GROTIUS, 113, 121.
 Guerres privées, 409, 417.
- HADRIEN, 342.
Haftung, 16*, 19. V. Engagement.
Hémionion, 44.
 Héritier, 151.
 Homicide, 411, 415, 418.
 Honoraires, 311, 313, 314.
 HONORIUS, 237.
 Hors la loi, 408.
 HOSTIENSIS ou OSTIENSIS, 87, 91.
 Hôte, 313.
 HUGUCCIO, 87.
 Hypothèque (droit romain), 350, 352, 354, 356, 357* ss.; — (ancien droit), 201, 224, 226, 371*; — judiciaire, 373; — légale, 359, 372, 375; — (origines), 357, 364; — privilégiée, 359 ss.
- Ignorance, 134, 140, 417.
 Illicite, 152*.
 Impenses, 356, 361.
 Impôt, 291.
 Imprévision, 173.
 Imputabilité des fautes, 418.
Inauguratio, 221.
 Incapacité, 125, 229.
In diem addictio, 169, 281, 289.
 Individualisme, 23, 135, 383.
 Indivisibilité, 333* ss., 337, 348, 349; — des fautes, 415.
 Indivision (droit romain), 35, 38, 302, 308; — (ancien droit), 306, 326.
 Indu (droit romain), 52; — (ancien droit), 327; — (paiement), 18, 19, 323*, 329, 391; — (ancien droit), 220; — (répétition), 20, 159, 203, 324*.
 Inexécution du contrat, 42.
 Infamie. V. Action infamante.
In jure cessio, 33, 40.
 Injures verbales, 415.
Injuria, 386* ss.
In rem versum (droit romain), 323, 352, 353. V. Action de *in rem verso*; Enrichissement sans cause; — (ancien droit), 327.
 Insolvabilité, 15, 144, 145, 196, 200, 216, 233, 238, 267, 331, 332, 339, 356.
 Intention, 89.
 Intercession, 350, 358.
 Interdit arbitraire, 199; — fraudatoire, 196* ss.; — possesseur, 357, 364; — Salvien, 357, 364.
Interesse, 192.
 Intérêt moral, 152.
 Intérêts (droit romain), 32, 33, 43, 60, 61, 188, 194, 248, 250*, 258, 266 ss., 355; — (ancien droit), 260-264; — civils, 415; — moratoires, 191, 195, 264.
Interpellatio. V. Sommatton.
 Interprétation de la volonté, 24, 126. V. Présomption, Silence, *Tacitas*.
Intuitus personae, 133, 213, 236, 270, 302, 304, 309.
Invecta et illata, 357, 364.
 Italie (réception du droit romain en —), 90, 92*, 104.
- Jeu, 156, 164.
 JULIEN, 208, 266.
Jus, 30; — civile, 33, 35, 56; — *distrahendi*, 361, 362*; — *fraternitatis*, 303; — *gentium*, 30, 35, 45, 56, 208, 287, 304, 325; — *mercatorum*, 38; — *offerendi*, 360; — *poenitendi*, 61, 292. V. *Poenitentia*; — *possidendi*, 361.

Jusjurandum. V. Serment ; — *liberti*, 30, 32.

Jussus, 232.

Juste prix (droit romain), 356 ; — (ancien droit), 137, 261.

Justice commutative, 59, 135, 136, 160, 217, 311, 352, 379 ; — privée, 29, 222, 352, 379*.

Kalendaria, 48.

Laïcisation, 30, 32.

Languedoc (réception du droit romain en —), 99.

Launegild, 73.

Leges repetundarum, 165, 329.

Legis actio per pignoris capionem, 363.

Légitime défense, 222, 411, 417.

Legs, 223, 237, 299 ; — avec charge, 173.

Lésion (droit romain), 59, 128, 135*, 142, 272, 311, 316 ; — (ancien droit), 116, 135*, 137, 142 ; — énorme, 137.

Lettres de chancellerie, 108, 117, 121 ; — de change (droit romain), 47 ; — (ancien droit), 234, 265, 268 ; — (endossement), 244 ; — de justice, 117*, 122, 147.

Lex commissoria. V. Loi.

Libéralité, 24, 158, 212. V. Service d'ami.

Liberté contractuelle, 23, 26, 136, 266.

Litis contestatio, 168, 188, 205, 236, 336, 342, 344, 350.

Livraison (dans la vente), 284.

Livre de commerce, 48.

Locatio operarum. V. Louage de services.

Lo Codi, 94, 104.

LOCKE, 114.

Locus regit actum, 109.

Lods et ventes (gages), 368.

Loi *Appuleia*, 340 ; — *Aquilia*, 183, 385, 392*, 402, 403, 415 ;

— *Cicereia*, 341 ; — *Cincia*, 161 ; — *commissoria*, 169, 274, 281, 289, 356, 364. V. Pacte commissoire ; — *Cornelia*, 341 ; — des XII Tables, 28, 29, 32 ss., 38, 222, 251, 255, 257, 266, 279, 333, 338, 382, 385, 386, 388-390, 392, 397, 400, 402 ; — *Furia*, 340 ; — *Genucia*, 266 ; — *Poetelia Papiria*, 29, 37, 179 ; — *Pubilia*, 340 ; — *Rhodia de jactu*, 45, 295, 300*, 353.

Lois impératives, 119.

Louage (droit romain), 42, 45, 46, 160, 167, 186, 213, 270, 290* ss., 299, 305, 363 ; — (ancien droit), 295 ; — de choses, 290*, 299 ; — de services, 40, 257, 293*, 300, 311 ; — d'ouvrage, 40, 293*, 299 ; — irrégulier, 295 ; — (origines), 35, 40, 299.

Loyer. V. *Merces*.

LOYSEL, 113.

LUTHER, 263.

Maître de navire, — d'écurie. V. Responsabilité et *Receptum nautarum*, — *stabulariorum*.

Malédiction. V. *Devotio*.

Malitiis non est indulgendum, 132.

Mallus, 65, 72.

Malum carmen, 401.

Mancipatio, 33, 40, 170, 212, 277, 279.

Mancipatio familiae, 37.

Mandat (ancien droit), 312* ; — (contrat consensuel), 270, 309* ss. ; — (contrat synallagmatique), 27, 287 ; — de paiement, 240 ; — et bonnes mœurs, 161 ; — et cautionnement, 343 ; — et délégation, 233 ; — et dépôt, 257 ; — et *fidejussio*, 342 ; — et gestion d'affaires, 321 ; — et hypothèque, 365 ; — et *intuitus personae*, 213, 223, 236 ; — et louage, 300 ; — et *nova negotia*, 42 ; — et *procuratio*, 320 ;

- et professions libérales, 293, 300; — et solidarité, 335, 337, 348; — et stipulation pour autrui, 149; — et terme, 167; — judiciaire, 236; — (origines), 36, 38; — service d'ami, 185, 186, 293, 314; — tacite, 337.
- Mandatum pecuniae credendae*, 310, 338, 343, 350.
- Manus injectio*, 29.
- MARC AURÈLE, 216, 218.
- Marchands (droit des —), 79, 91, 102, 137, 156, 162, 166, 240, 264.
V. *Jus mercatorum*.
- Mariage, 221, 303.
- Marque (droit de —), 239.
- MARTINUS, glossateur, 105, 154.
- Matérialisme, 27, 33.
- Maxime : « Dieu nous garde de l'équité... », 99; *Ex nudo pacta*, 113; *Fraus omnia corrumpit*, 132; « Le fait juge l'homme », 411; « Meubles n'ont pas de suite », 372; *Nemini jus ignorare...*, 134; « Nul ne plaide par procureur », 147; *Pacta sunt servanda*, 113; *Res perit emptori*, 285; « Témoins passent lettres », 120; « Vendage passe louage », 297; *Volenti non fit injuria*, 139.
- Mediator*, 313, 356.
- Merces* (droit romain), 291* ss.
- Messenger, 126, 147.
- Métayage, 291, 301, 306.
- Metus*, 52, 128* ss., 133, 158, 395* ss., 404; — (ancien droit), 130, 140, 346.
- Mineur, 136, 139, 205, 208, 225, 229, 237, 402.
- Mise en demeure. V. Demeure.
- Missio in possessionem*, 201.
- Mobile, 165.
- Modalités des contrats. V. Terme, Condition.
- Modus*, 171, 173.
- Mohatra (contrat de —), 264.
- Monarchomaques, 117.
- Monnaie (droit romain), 13, 28; — (ancien droit), 177, 269.
- Monts-de-piété, 260.
- Mora*, 191, 195. V. Demeure.
- Morale (règle), 88.
- Moratoire, 227.
- Mort-gage, 261*, 368, 376.
- Motif, 158, 160*.
- Mundium*, 312.
- Mutatio domini*, 294.
- Mutations monétaires, 177*, 179.
- Mutua petitio*. V. Demande reconventionnelle.
- Mutuum*, 32, 33, 37, 43, 58, 60, 145, 204, 247* ss., 255, 257-259, 265 ss.
- Mutuu dissensus*. V. *Consensus (contrarius)*.
- Nantissement, 367, 374.
- Natura contractus*, 127.
- Nauticum fenus*, 46, 250, 253, 266.
- Nécessité, 89, 191, 410, 417.
- Négligence, 133, 183*, 185, 233, 363.
- Negotium*, 352.
- Nemini jus ignorare licet*, 134.
- Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, 160*.
- Nexum*, 28* ss., 212.
- Nobles (droit des —), 79.
- Nomina transscripticia*, 48, 53.
- Normandie (réception du droit romain en —), 96, 101.
- Nota censoria*, 33, 35.
- Notice, 70.
- Notification, 237.
- Nova negotia*, 40-42, 52, 319*.
- Novation (droit romain), 16, 44, 51, 53, 206, 228* ss., 234, 235, 247; — (ancien droit), 234.
- Noxalité (droit romain), 383*, 394, 396, 399, 403, 404; — (ancien droit), 413, 417.
- Nullité, 118, 119*, 122, 132, 133, 141. V. Contrat (nullité du —).
- Nuncupatio*, 279.

- Objet de l'obligation, 49, 125, 126, 148 ss., 152*, 157, 187, 212, 217, 222, 235, 348.
- Obligatio bonorum*, 370*.
- Obligation abstraite, 157; — alimentaire, 327; — (classification. V. Sources); — contractuelle, 223, 337; — de fait, 207; — (définition), 13* ss.; — délictuelle, 16, 20, 223, 379 ss., 415; — (extinction), 167, 210* ss., 222 ss., 228; — générale, 370; — *in solidum*, 334, 335, 348; — naturelle (droit romain), 16, 44, 144, 168, 203* ss., 219, 250, 266, 341, 359, 365; — (ancien droit), 207*, 226; — (origines), 16; — par lettre, 83; — (sources), 18, 20, 50, 56; — spéciale, 371; — (transfert), 235* ss.; — (transformation), 228; — (transmissibilité), 168, 199, 200, 210; — (transmissibilité de l'obligation délictuelle), 388, 396 ss., 415.
- OCCAM, 112.
- Occentatio*, 387, 401.
- Officium*, 206.
- Offre, 125, 181.
- Operae*, 206.
- Opinion publique, 17.
- Ordonnance de Moulins, 120, 156, 369.
- Ordre (procédure d'—), 354, 374; — public (droit romain), 41, 128, 129, 136, 148, 158, 224, 225, 248, 382, 385, 395; — (ancien droit), 99, 109, 117*; (lois d'—), 118.
- ORESME, 177.
- Osculum*, 81.
- Otages, 345, 371, 417.
- Oulaw*, 408.
- Ouverture de crédit, 343.
- Pacte, 26, 40, 52, 58, 129, 169, 206, 238, 357, 397; — adjoint, 57*, 167, 335, 357, 397; — adjoint à la vente, 274, 281*, 288; — commissaire, 261, 369. V. Loi *commissoria*; — de constitut, 44, 46, 47, 57, 228, 343; — de *distrahendo*, 363; de *non petendo in rem*, 214, 349; — de réméré, 169. V. Vente; — de remise de dette. V. Dette (remise); — de restitution, 33; — de *retro vendendo*, 281; — de serment. V. Serment; — d'hypothèque. V. Hypothèque; — *displicentiae*, 169, 281, 282; — géminés, 44, 105; — légitime, 57; — nu (droit romain), 21, 43, 44, 51, 61, 62, 165, 190, 205, 208; — nu (ancien droit), 82, 84*; — prétorien, 43, 46, 57, 212, 358; — sur succession future, 148, 153; — tacite, 46.
- Pactum*, 126.
- Paiement, 145, 150, 174* ss., 207, 211* ss., 222, 224, 284, 332, 335, 348, 357, 360, 361; — de l'indu, 327. V. Indu.
- Paix, 406, 416.
- PAPINIEN, 145, 267, 310.
- Parallélisme des formes. V. Correspondance des formes.
- Paraphernaux (biens), 208.
- Pari, 149, 153, 156.
- Pariage, 307.
- Parjure, 17.
- Parole donnée, 35.
- Partage, 136, 316.
- Pas de porte, 297.
- Pater familias*, 48, 144, 145, 185, 204, 323, 381, 383.
- Patrimoine, 15, 43, 195, 198, 201, 217, 238, 253, 332, 352.
- PAUL, 14, 267.
- Paumée, 82, 97, 103, 126.
- Pays-Bas (réception du droit romain aux —), 107.
- Péché, 416.
- PEDIUS, 58, 125.
- Peine, 199, 380* ss., 399, 404.
- Pères de l'Eglise, 136, 252.
- Periculum*. V. Cas fortuit, Force majeure.

- Période suspecte, 201.
Permutatio. V. Echange.
Perpetuatio obligationis, 193.
Perquisitio lance licioque, 390, 401.
 Personnalité des dettes, 238 ; — des lois, 63, 68, 75, 409 ; — morale (droit romain), 304 ; — (ancien droit), 307, 309.
 Perte des récoltes, 298.
Pietas, 206.
Pignus. V. Gage.
Pignus ex causa iudicati captum, 364.
Pistis, 25.
 PLACENTIN, 95, 103, 108.
 PLAUTE, 32.
 Plégerie, 345, 371.
 Plévine, 345.
Poenā, 192. V. Stipulation de peine.
Poenitentia, 318. V. *Jus poenitendi*.
Pollicitatio, 125, 126, 128.
 POMPONIUS, 323.
 Pontifes, 17.
 Porte-fort, 155.
 Porteur (clause au —), 239 ; (titre au —), 240.
 Portugal (réception du droit romain au —), 94, 107.
 Possession, 271, 274, 287 ; — *ad interdicta*, 257, 355 ; — (transfert), 146.
Potentiores, 237.
 POTHIER, 115, 219, 231, 233, 255, 300.
Podatch, 63, 74.
Praes, 338.
Praescriptio, 167, 336.
Praestare, 14, 148.
 Pratique et genèse du contrat (en général), 28, 30, 33, 41, 49, 58, 61. V. Usages ; — et genèse du contrat de dépôt, 255, 256 ; — de louage, 291, 292 ; — de mandat, 309 ; — de vente, 279, 280.
 Pratique et interprétation de la volonté, 170 ; — et preuve, 211 ; — et représentation, 143 ; — et responsabilité contractuelle, 185, 193 ; — et stipulation-promesse pour autrui, 149, 151 ; — et sûretés, 341.
 Pratique bancaire, 44, 49, 60, 249, 257 ; — commerciale. V. Commerce ; — étrangère, 34, 35, 38, 39, 46, 53, 59, 273, 295.
 Précaire (droit romain), 274, 317* ss. ; — franque, 65, 69, 71.
 Préjudice, 25, 374, 393*, 397.
 Prescription (droit romain), 169, 181, 205, 224* ss., 361, 364 ; — (ancien droit), 226 ; — courte, 224, 227.
 Présomption, 47, 136, 230, 234, 314, 383, 385, 398 ; — irréfragable, 386, 398.
 Prestation, contre-prestation, 14-16, 125, 135, 136, 148, 157, 159, 160, 175, 180, 187, 190, 221, 273, 315, 317.
 Prêt (droit romain), 18, 24, 29, 37, 48, 133, 150, 158, 186, 247* ss., 253, 267, 270 ; — (ancien droit), 178, 259*, 327 ; — à intérêt, 263, 268 ; — à la grosse, 268. V. *Nauticum fenus* ; — à usage (commodat), 25, 27, 33, 42, 58, 183, 247, 254* ss., 266, 348, 353, 390 ; — de consommation. V. *Mutuum* ; — irrégulier, 249* ; — maritime, 265.
 Prêteur, 40, 42, 43, 46, 128, 144, 167, 196, 200, 211, 213, 225, 328, 388, 397 ; — pérégrin, 35.
 Prête-nom, 310.
Pretium doloris, 291.
 Preuve (droit romain), 23, 24, 53, 54, 59 ss., 176, 208, 211, 212, 238 ; — (ancien droit), 120*, 128 ; — écrite, 47, 53, 54, 56, 253, 254 ; — négative, 158.
 Prison, 411.
 Privilège (droit romain), 15, 267, 275, 353* ss. ; — (ancien droit), 372* ; — du gagiste, 369 ; — du vendeur, 285.

Prix, 284* ; — (juste), 137. V. Vente.
Procédure et cautionnement, 338, 343 ; — et commodité de la preuve, 51 ; — et compensation, 216, 219 ; — et exécution forcée, 187, 195 ss. ; — et genèse du contrat, 24, 40, 42 ; — et hypothèque, 357 ; — et terme extinctif, 168 ; — et transmission des obligations, 210, 220, 238 ; — facteur d'unité, 299 (louage), 315 (contrats innomés), 325 (quasi-contrat) ; — (unification des moyens de —), 185 ; — formulaire ; V. Formule.
Proculiens, 179, 271, 399.
Procuratio, 36, 40, 320, 328 ; — *in rem suam*, 236*, 240, 310.
Procureur, 127, 312.
Prodigue, 205, 353.
Professeur, 298, 313.
Promesse, 50, 80, 89, 125, 140 ; — de porte-fort, 151 ; — des armateurs, hôteliers, maîtres d'écurie. V. *Receptum nautarum, couponum, stabulariorum* ; — de vente, 284 ; — *post mortem*, 229 ; — pour autrui, 149, 151* ss., 154* ; — unilatérale, 43.
Propriétaire, 14, 275, 291, 357, 384, 385, 393 ; — apparent, 172.
Propriété, 13-15, 248, 273, 274, 294, 315, 325, 354, 356.
Proscription, 399.
Provence (réception du droit romain en —), 94.
Publicains, 404. V. Société de publicains.
Publicité, 23, 196 ; — des hypothèques (droit romain), 358, 363, 365 ; — (ancien droit), 374.
PUFFENDORF, 114.
Punition. V. Répression.
Pupille. V. Mineur.
Purgatio morae, 193.
Purge des hypothèques, 374.

Quasi-contrat (droit romain), 18-20, 34, 257, 320* ss. ; — (ancien droit), 326* ss.
Quasi-délit, 19, 116, 202, 326, 353, 397* ss.
Querela non numeratae pecuniae (droit romain), 51* ss., 158, 176, 225, 254, 267 ; — (ancien droit), 67, 100, 162.
Quittance, 177, 179.
Raison, 89, 127, 161 ; — écrite, 98, 99. V. *Ratio*.
Rapina, 403.
Rapport de dettes, 352 ; — en moins prenant, 216.
Ratio (raison), 86, 89, 161.
Réalisme, 32* ss., 42, 59.
Rebus sic stantibus, 173*.
Recel, 380, 390.
Recepta, 44-46.
Réception du droit romain, 100.
Receptum arbitrii, 46 ; — *argentarii*, 46, 47, 57, 343 ; — *cauponum*, 46 ; — *nautarum*, 46 ; — *stabulariorum*, 46.
Reconvention, 219.
Réméré (vente à —), 268, 368. V. Pacte de *retrovendendo*.
Remise de dette, 214.
Renonciations, 100*, 143, 153, 214 ; — jurées, 88.
Rente (droit romain), 13 ; — (ancien droit), 376 ; — (conversion), 242, 243 ; — (vente de —), 262 ; — viagère, 262 ; — volante, 263.
RENUSSON, 337.
Réparation, 183*, 379, 380* ss., 397, 399, 403. V. Dommages-intérêts.
Répétition, 160, 169, 206 ; — de l'indu, 327.
Report de dette, 44.
Représailles, 379.
Représentation (droit romain), 125, 143* ss., 238, 274, 310, 321, 336 ; — (ancien droit), 146 ; — en

- justice, 36, 335 ; — parfaite, 46, 145* ss., 210, 335, 359.
- Répression, 199, 379*, 380.
- Rescision, 118, 119 ; (lettres de —), 108, 122, 132 ; — pour lésion, 138.
- Res nec mancipi*, 33, 277.
- Res nullius*, 398.
- Résolution, 172 ; — de la vente, 285, 290 ; — du louage, 298.
- V. Contrat.
- Res perit emptori*, 275, 285. V. Risques dans la vente.
- Responsabilité (ancien droit), 411*.
- Responsabilité contractuelle (droit romain) ; — (clauses de non-garantie), 279 ; — dans les contrats de bonne foi, 24 ; — dans les contrats de dépôt, 257 ; — dans les contrats de louage, 292, 294, 295, 300 ; — dans les contrats de mandat, 314, 315 ; — dans les contrats de prêt, 255, 266 ; — dans les contrats de société, 304, 305, 308 ; — dans les contrats de vente, 276, 277, 279, 287 ; — dans les quasi-contrats, 321, 328 ; — des banquiers, 47 ; — des maîtres d'écurie, de navire et aubergistes, 183*, 186, 398 ; — du débiteur en demeure, 181, 192 ; — du *pater familias*, 48, 144 ; — du pollicitant, 126 ; — et transmission des obligations, 237 ; (théorie générale de la —), 57, 182* ss., 193.
- Responsabilité délictuelle (droit romain), 382* ss., 387, 399, 400 ; — collective, 382, 399.
- Res prestita* franque, 65*, 71, 258.
- Restitutio in integrum*, 118, 129, 195, 205.
- Restitution, 134.
- Rétention (droit de —), 27, 208, 216, 218, 222, 255, 272, 273, 331, 352, 353*, 362, 363.
- Réticence, 131.
- Retrait, 238 ; — litigieux, 243.
- Rétroactif (effet —), 171, 220.
- Rhétorique, 27.
- Risques (ancien droit), 285*, 385, 403 ; — dans le commodat, 255 · — dans les contrats innomés, 316 ; — dans le louage, 291, 293, 294, 301 ; — dans le *receptum cauponum*, 47 ; — dans la vente (droit romain), 271, 275, 276, 287, 288 ; — en cas de mise en demeure, 181 ; — supportés par le voleur, 392.
- Rites, 29, 36, 39, 49, 143, 149, 158, 159, 211, 399, 401.
- Rogatio* (mandat), 312.
- ROGERIUS, glossateur, 95.
- Sabinien, 179, 271, 399.
- Sacramentum*, 338.
- Sacrilège, 380.
- Saisie, 190, 370, 374 ; — gagerie, 370 ; — privée, 190, 345, 370.
- Saisine (du gage), 367, 368 ; — (pour hypothèque), 269.
- Salaire, 296, 298.
- Salmann*, 147.
- Sanction, 16, 17, 32, 35, 37, 42, 43, 129, 187, 280, 317, 398.
- Satisfacere*, 178.
- Satisfaction, 16, 235.
- Sceau, 120.
- Schuld*, 16-18, 76, 375. V. Devoir, *Haftung*.
- Scriptura exterior*, 54 ; — *interior*, 54.
- Securitas*, 408.
- Seing, 120.
- Sénatus-consulte Macédonien, 266, 267 ; — Néronien, 50 ; — Velleïen, 346, 350.
- SÉNÈQUE, 218.
- Séparation des patrimoines, 223, 353.
- Serment (droit romain), 30-32, 37, 43, 47 ; — décisoire, 44 ; — (ancien droit), 81, 86, 87*, 100, 103, 118, 128, 133, 260.
- Service d'ami, 32, 33, 40, 43, 181,

- 185, 248, 254-256, 270, 309 ss.
Servitude, 14, 358.
Sexte, 91.
Signature des parties, 120.
Silence, 139.
Simulation, 132*, 141.
Situation légale privilégiée, 215, 352* ss.
Societas alicujus negotiationis, 303 ; — *quaestus*, 303 ; — *unius rei*, 303.
Société (droit romain), 136, 161, 185, 190, 213, 223, 250, 270, 287, 302* ss., 309 ; — de publicains, 46, 145, 291, 304, 308 ; — léonine, 303 ; — (origines), 35, 38 ; — par actions, 46.
Société (ancien droit), 305* ; — anonyme, 307 ; — commerciale, 306 ; — léonine, 307.
Solidarité (droit romain), 51, 238, 331, 334* ss., 338, 348, 382, 388 ; — (ancien droit), 224. V. **Solidité** ; — des cautions, 347 ; — familiale, 414, 416 ; — (obligation délictuelle), 415.
« **Solidité** », 224, 336, 349, 415.
Sollertia. V. **Dol (bon)**.
Solutio. V. **Paiement** ; — *imaginationaria*, 212 ; — *per aes et libram*, 212*, 221.
Solvere, 175.
Sommation, 181, 192.
Spéculation, 237.
Sponsio, 31, 32, 37, 339, 340.
Statuts (théorie des —), 119.
Stellionat, 140, 374.
STÉPHANE, 61.
Stipulation, 30* ss., 49 ss., 56, 212, 227 ; — applications, 51 ; — novation, 229, 230 ; — prêt (intéret), 60, 248, 250 ; — rente viagère, 167 ss. ; — sûreté, 335, 339, 355 ; — vente (garanties), 277, 279, 280 ; — (origines), 34 ; — et cause, 158, 160, 161 ; — et erreur, 141 ; — et problème de la preuve, 49 ss. ; — alternative, 150 ; — aquilienne, 230, 235 ; — *duplae*, 277 ; — de peine (droit romain), 57, 62, 150, 151, 189, 194 ; — (ancien droit), 191, 195 ; — pour autrui, 149*, 156 ; — (ancien droit), 153* ; — *rem habere licere*, 277 ; — (époque franque), 70, 74.
SUAREZ, 113, 116, 121.
Subrogation (droit romain), 339* ss., 343 ; — (ancien droit), 241*.
Substance (erreur sur la —), 135.
Succession, 197, 223, 235, 236, 238, 333, 352, 380.
Suisse (réception du droit romain en —), 107.
Summa Perusina, 142 ; — *Tre-censis*, 94, 104.
Sûreté, 168, 197, 206, 215, 229, 247, 274, 276, 331* ss. V. **Garantie** ; — personnelle, 332, 334, 337* ss., 350 ; — réelle, 332, 354* ss.
Symbole, 29, 32.
Syngrapha, 50.
Tabou, 379.
Tacitas, 19, 41, 126, 213, 275, 292, 312, 321, 337, 359, 363, 365.
Talion, 381, 382, 387, 400.
Taxatio, 187.
Témoignage, 47, 50, 257.
« **Témoins passent lettres** », 120.
Temps, 260, 283.
Tentative, 380, 387.
Tenure, 296, 300.
Terme (droit romain), 44, 49, 50, 166* ss., 173, 189, 192, 213, 229, 237, 249, 256, 258, 274, 305, 348 ; — (déchéance), 217 ; — (ancien droit), 170*.
Testament, 47.
THÉODOSE II, 225, 237.
THÉOPHILE, 219, 397.
Tiers (fait d'un —), 129, 276 ; (inopposabilité aux —), 299, 365 ; (paiement de la dette d'un —),

- 175 ; (protection des —), 198* ; (responsabilité des —), 396 ; (sécurité des —), 15, 145, 217, 222, 231 ; (stipulation ou promesse pour un —), 149* ss., 190. V. Effet relatif des contrats.
- TIRAQUEAU**, 113.
- Titre au porteur ou à ordre, 239.
- Traditio*, 15, 33, 58, 170, 248, 274, 288.
- Tradition feinte, 284.
- Trahison, 380.
- Traités internationaux, 37.
- Transaction, 26, 230, 317*, 319.
- Transactions (sécurité des —), 23, 50, 61, 129, 133, 158, 160, 200, 222, 224, 278.
- Transcription, 374.
- Transfert de créance. V. Cession de créance ; — de droit réel, 47, 170, 196, 200 ; — matériel, 24, 32, 33, 43, 248, 274 ; — de puissance, 47 ; — de valeur, 249 ; — (ancien droit : dans la vente), 285.
- Transfert de dette, 241.
- Transcriptio*. V. *Nomina Transcripticia*.
- Travail (contrat de —), 298.
- « Tricherie », 130, 140, 164, 226.
- Triple contrat, 264.
- Triptyque, 53.
- Troc, 272.
- Tromperie, 130.
- Trust* ou *trustee*, 157, 312.
- Typicité des contrats, 26, 31, 40, 41, 43, 52, 61, 343, 386 ; — des délits, 386.
- ULPIEN**, 193, 321, 323.
- Universitas*, 307, 410.
- Usages, 17, 194, 250, 251, 281, 339, 381. V. Pratique.
- Usages de Barcelone, 94.
- Usucapion, 224, 277.
- Usufruit, 276, 358.
- Usure (droit romain), 51, 136, 189, 251* ss., 266, 282, 355, 356 ; — (ancien droit), 137, 153, 259*.
- Usureceptio fiduciae*, 37.
- Utilitas*, 184, 186, 188, 320.
- Utilité commune, 109 ; — publique, 101, 118. V. Commun profit.
- VACARIUS**, 93, 106.
- Vadimonium*, 65.
- Valet, 296.
- Variae causarum figurae*, 18.
- Vas*, 338.
- « Vendage passe louage », 296.
- Vendetta, 407.
- Venditio bonorum*, 196, 199, 201.
- Vengeance (droit romain), 16, 379* ss., 391 ; — (ancien droit), 73, 406*.
- Vente, 59*, 170, 270* ss., 287 ; — (ancien droit), 73 ; — (époque franque), 82 ; — (époque féodale), 282*, 289 ; — à crédit, 34, 35, 38 ; — (action en garantie), 179, 276* ss. ; — à réméré, 173, 260, 261, 368 ; — à vil prix, 137 ; — au comptant. V. Origines ; — aux enchères, 34 ; — de corps certain, 15 ; — de la chose d'autrui, 275 ; — de gage, 369 ; — du patrimoine du failli, 196 ; (erreur in *substantia* dans la —), 142 ; — et cause illicite et immorale, 161 ; — et cession de créance, 237 ; — et contrat innomé, 315 ; — et échange, 42 ; — et louage, 291, 295, 299 ; — et responsabilité du pollicitant, 126 ; — et société, 304 ; — (origines), 34 ; (prix de —), 58, 59, 135, 136, 142, 147, 217, 237, 271* ss., 274, 277 ss., 287, 315 ss. V. Arrhes, Lésion ; (réglementation de la —), 148 ; (rescision de la —), 275 ; — (stipulation de garantie), 62, 276 ss., 288, 366 ; — transfert. V. Ori-

- gines; — (vices cachés), 224, 278*, 353.
- Vérification d'écriture, 120.
- « Vêtements » (du pacte), 85, 93, 96, 97, 104.
- Vices du consentement. V. Consentement (vices du —); — de la chose louée, 292; — de la chose prêtée, 255; — de la chose vendue. V. Vente (vices); — (ancien droit); 131, 138, 286.
- Vif gage, 261, 368.
- Vinculum juris*, 17.
- Vindex*, 338.
- Violence, 41, 128* ss., 219, 222. V. *Metus*.
- Virement hors banque, 234.
- Vis. V. Violence; — *major*. V. Force majeure.
- Vœu (droit romain), 37, 125, 140; — (ancien droit), 88, 128.
- Voie parée. V. Clause de —; — de recours, 24, 179, 200.
- Vol, 192, 238, 255, 389* ss., 401, 403, 414, 418; — de la possession, 390; — d'usage, 255, 364, 390.
- Volonté, 125 ss., 163; (déclaration unilatérale de —), 127, 215; — et extinction des obligations, 211, 305; — et morale, 111; — et présomption, 230 ss.; — et raison, 127; — et transfert des obligations, 236. V. Autonomie de la volonté, Consentement (vices du —), Interprétation de la volonté, Silence, *Tacitas*.
- Wadiatio*, 65, 344.
- Wadium*, 71, 73.
- Wergeld*, 407.
- YVES DE CHARTRES, 84.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
AVANT-PROPOS	5
ABRÉVIATIONS	9
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	11
INTRODUCTION	13

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER. — Les classifications romaines des contrats...	23
CHAPITRE II. — Ancien droit romain : la genèse du contrat	28
Section I. — Formalisme	30
§ 1. Stipulation.....	30
§ 2. Le serment et la promesse de dot	31
Section II. — Réalisme	32
Section III. — Consensualisme	34
CHAPITRE III. — Droit classique : le Pragmatisme	39
Section I. — La technique	40
Section II. — Droit commercial	45
Section III. — La forme et la preuve.....	47
CHAPITRE IV. — Le Bas-Empire : le Dogmatisme	55
Section I. — La synthèse formelle	55
Section II. — Droit savant et droit vulgaire	58

	PAGES
CHAPITRE V. — Les contrats francs	63
Section I. — Le contrat salique	64
Section II. — La pratique du contrat	66
CHAPITRE VI. — L'époque féodale	78
Section I. — L'empirisme coutumier	80
Section II. — Règles techniques et règles morales	83
§ 1. Le droit romain	84
§ 2. Le droit canonique	86
§ 3. La réception du droit romain	90
Section III. — La liberté contractuelle	99
CHAPITRE VII. — Les siècles de l'individualisme et du contrat ...	111
Section I. — Individualisme et autonomie de la volonté ...	111
Section II. — L'ordre public	117
Section III. — La preuve des contrats	120

DEUXIÈME PARTIE

LA TECHNIQUE DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER. — La formation du contrat	125
Section I. — L'idée de vice du consentement	128
§ 1. Dol et violence	128
§ 2. L'erreur	132
§ 3. La lésion	135
Section II. — La représentation	143
Section III. — L'objet	148
I. — Droit romain	148
II. — Ancien droit	152
Section IV. — La cause	157
§ 1. Droit romain	157
§ 2. Ancien droit	161
Section V. — Le terme et la condition	166
I. — Droit romain	166
II. — Ancien droit	170
CHAPITRE II. — Effets des contrats	174
Section I. — Exécution volontaire	174
I. — Droit romain	174
II. — Ancien droit	177

	PAGES
Section II. — L'inexécution	180
I. — Droit romain	180
II. — Ancien droit	190
Section III. — La fraude contre les créanciers (<i>fraus creditorum</i>)	195
Section IV. — L'obligation naturelle	203
CHAPITRE III. — Extinction et transmission des obligations	210
Section I. — Modes volontaires d'extinction	211
I. — Correspondance des formes et remise de dette	211
II. — La compensation	215
Section II. — Modes non volontaires d'extinction	222
I. — La confusion	222
II. — La prescription	224
Section III. — Procédés d'extinction et de transformation	228
I. — Droit romain	228
II. — Ancien droit	234
Section IV. — Transfert des obligations	235
I. — Droit romain	235
II. — Ancien droit	238

TROISIÈME PARTIE

LES CONTRATS

CHAPITRE PREMIER. — Contrats réels	247
Section I. — Le prêt en droit romain	247
Section II. — Le commodat	254
Section III. — Le dépôt en droit romain	255
Section IV. — Les contrats réels dans l'ancien droit	258
CHAPITRE II. — Les contrats consensuels	270
Section I. — La vente	271
I. — Droit romain	271
II. — Ancien droit	282
Section II. — Le louage	290
I. — Droit romain	290
§ 1. Louage de choses	291
§ 2. Louage de services	293
§ 3. Louage d'ouvrage (contrat d'entreprise)	293
II. — Ancien droit	295
Section III. — La société	302
I. — Droit romain	302
II. — Ancien droit	305

	PAGES
Section IV. — Le mandat	309
I. — Droit romain	309
II. — Ancien droit	312
Section V. — Les contrats innomés	315
CHAPITRE III. — Les quasi-contrats	320
I. — Droit romain	320
§ 1. La gestion d'affaires (<i>negotiorum gestio</i>)	320
§ 2. L'enrichissement sans cause	322
II. — Ancien droit	326

QUATRIÈME PARTIE

LES SURETÉS

CHAPITRE PREMIER. — Les sûretés sans droit de préférence	333
Section I. — La pluralité des sujets	333
Section II. — Les sûretés personnelles	337
I. — Droit romain	337
II. — Ancien droit	344
CHAPITRE II. — Les sûretés par droit de préférence en droit romain	352
I. — La fiducie	354
II. — Le gage (<i>pignus</i>)	355
III. — L'hypothèque	357
CHAPITRE III. — Ancien droit : gage et hypothèque	367
Section I. — Le gage	367
Section II. — L' <i>obligatio bonorum</i> et l'hypothèque	370

CINQUIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS DÉLICTEUELLES

CHAPITRE PREMIER. — Droit romain	379
Section I. — La peine et la réparation	380
Section II. — La responsabilité	382
Section III. — Délits privés	386
I. — <i>Injuria</i>	386
II. — <i>Furtum</i> (vol)	389
III. — <i>Damnum injuria datum</i> (dommage causé sans droit)	392
IV. — Délits prétoriens	395

TABLE DES MATIÈRES

441

	PAGES
Section IV. — Actions reipersécutoires, pénales et mixtes ...	396
Section V. — Obligations quasi délictuelles.....	397
CHAPITRE II. — Ancien droit	406
Section I. — L'époque franque.....	406
Section II. — La faute	409
Section III. — Le dommage et sa réparation	414
INDEX	419
