



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

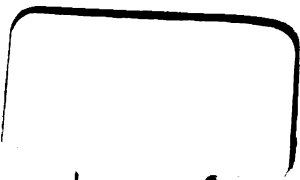
- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

2 uols

16, -



EY
DEV
WSLc
v.1

Edictum perpetuum Hadriani.

L'ÉDIT PERPÉTUEL

RESTITUÉ ET COMMENTÉ

PAR

LOUIS JOUSSERANDOT

Professeur de Pandectes à la Faculté de Droit de l'Université de Genève.

TOME I

PARIS

A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

20, RUE SOUFFLOT ET RUE VICTOR COUSIN, 17

1883

Tous droits réservés.

GENÈVE. — IMPRIMERIE SCHUCHARDT.

A LA MÉMOIRE

DE MONSIEUR

A. THIERS

**J'acquitte une dette de reconnaissance en déposant ce livre
sur la tombe du grand citoyen qui m'a honoré de son amitié.**

Genève, juin 1883.

L. J.

PRÉFACE

Pour que l'enseignement du Droit romain offre de l'intérêt aux jeunes gens qui fréquentent nos écoles et laisse dans leur esprit une trace durable, il doit appliquer ensemble deux méthodes :

L'une historique consistant à exposer le développement des Institutions romaines ;

L'autre technique commentant les Pandectes, qui renferment le Droit romain proprement dit et où l'on trouve les vraies sources de la partie de notre Droit moderne que nous tenons des Romains.

On voit pourtant encore des programmes conçus sous l'empire de cette idée étroite que les Institutes de Justinien doivent suffire aux étudiants. L'enseignement se trouve enfermé dans leurs quatre livres, et dès lors il ne saurait atteindre le but que je viens d'indiquer. En dépit de la science des professeurs, faisant tous leurs efforts pour sortir du cadre tracé, malgré le talent déployé par eux pour donner du charme à leurs leçons, ils ne parviennent que difficilement à rendre la vie à ce vieux monde juridique et à intéresser les jeunes gens à des Institutions qu'ils considèrent dès lors comme devant être étudiées pour elles-mêmes.

mes et en elles-mêmes, sans que l'utilité de cette étude leur soit démontrée; car il est avec ce système presque impossible de leur faire comprendre comment la formation et le développement du Droit romain ont été une des phases les plus importantes de la vie sociale du monde européen.

« Ce que nous devons étudier — dit M. Accarias ¹ — ce n'est pas seulement le Droit de Justinien, simple point d'arrêt; c'est surtout ce grand courant organisateur qui, partant du Droit grossier des XII tables, aboutit dans les II^{me} et III^{me} siècles de notre ère, à la constitution du Droit qualifié classique, puis s'arrêta tout à coup comme si la vie lui eût manqué, et fut remplacé par un mouvement de dissolution rapide, qui déforma la science, épuisa quelques-uns de ses principes, en rajeunit quelques autres et finalement détermina l'essai de réorganisation de Justinien. »

Déjà en 1827, Ortolan publiait son *explication HISTORIQUE des Institutes*, conçue et écrite sous une pensée dominante : « l'introduction de l'histoire dans l'étude du Droit ² ».

A Genève nous avons adopté le système indiqué dans les premières lignes de cette préface :

L'histoire du Droit est l'objet d'un cours spécial, dans lequel mon collègue M. Henri Brocher donne la plus large place au développement historique des Institutions romaines.

Chargé du cours de Pandectes, j'ai mis en exécution un projet conçu depuis de longues années et qui consistait simplement à revenir à ce qui s'est passé à Rome au siècle des Antonins, alors que, le Droit cherchant sa voie, les Jurisconsultes formulaient, sous l'influence du stoïcisme ³, les

¹ Accarias. *Précis de Droit romain. Introduction générale*, xv.

² Avis sur la neuvième édition.

³ Ch. Giraud, *Histoire du Droit romain. Introduction*, 1841, p. 180 et s.

grands principes sur lesquels il devait reposer désormais ; à cette époque où paraissait l'Édit perpétuel dans lequel se trouvait condensée l'œuvre accomplie par le Préteur pendant près de cinq siècles, qui devait servir de plan aux Pandectes⁴, et allait être le champ de l'enseignement du Droit, à Rome d'abord, à Constantinople ensuite, jusqu'à Justinien⁵. Il s'agissait en un mot, pour enseigner les Pandectes, d'expliquer l'Édit perpétuel, qui a été l'expression en même temps que la codification du Droit romain à cette époque, qui a été commenté par les grands Jurisconsultes, dont les œuvres ont servi à faire, à mal faire, la compilation Justinienne.

C'est qu'en effet c'est dans l'œuvre du Préteur que se trouve le Droit Romain.

Le vieux Droit civil de Rome est l'expression brutale des instincts juridiques d'une population peu nombreuse d'aventuriers de bonnes maisons peut-être, mais rudes et grossiers, bien qu'à l'époque des XII tables ils fussent déjà raffinés, ce qui n'a rien de contradictoire.

Le Droit de Justinien est un ensemble incohérent d'institutions, pour la plupart empruntées au vrai Droit Romain, mais sur lesquelles sont venues se greffer des dispositions parfaitement en rapport avec le milieu dans lequel elles sont nées, et qui font des Basiliques le digne complément du Code.

C'est l'œuvre du Préteur qui doit être l'objet de l'enseignement. Ce qu'il faut montrer aux jeunes gens, qui suivent nos leçons, ce sont les phases successives de cette longue évolution.

⁴ Pandectes, première préface, 5.

⁵ Ch. Giraud, *loc. cit.*, p. 267. Bouchaud, *Dissertation sur l'Édit perpétuel*, p. 406. Justinien, *Lettre à Théophile, Dorothee et autres*, dans la première préface du Digeste. n° 3.

Que ce qui a été fait sous Justinien trouve sa place dans l'histoire, rien de mieux. Qu'on nous parle, à propos du Droit de succession, des Nouvelles 118 et 127 et qu'on approuve, à merveille ! Qu'on nous dise que les praticiens de l'entourage de cet Empereur lui ont fait décider que la Donation serait désormais un contrat purement consensuel, que le père de famille aurait à l'avenir le droit absolu de tester ^{bis}, et qu'on blâme, c'est parfait ! Mais si les dispositions des Nouvelles 118 et 127 sont une phase naturelle de l'évolution du Droit de succession, quel intérêt les caprices juridiques de Tribonien peuvent-ils avoir pour nous au point de vue doctrinal ?

Mais montrer aux jeunes intelligences qui fréquentent nos écoles, comment s'est formé le Droit romain ; les faire assister aux luttes dont il a été l'objet ; les initier aux ressources merveilleuses à l'aide desquelles la raison, l'idée de justice, la moralité, les sentiments humains ont fini par l'emporter sur les vils instincts qui avaient pour eux la lettre de la Loi ; c'est là, selon moi, la mission que doit se donner l'enseignement.

Car, si le Droit Prétorien peut, avec un légitime orgueil, s'intituler la raison écrite, c'est que, s'inspirant de cette loi supérieure *non scripta, sed nata, quam non didicimus, accepimus, legimus ; verum ex naturâ ipsâ arripimus, hausimus, expressimus ; ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus*⁶, il a fini par briser les entraves du formalisme calculé qui convenait si bien au génie romain.

Le Romain est avare, cruel, fourbe, profondément

^{5 bis} Justinien, Nouvelle, I, ch. 2, § 2 ; L. 3, § 3, c. *de donationibus* (6.54). Inst. II, 7, 2. Voir t. II, n° 709, note 28 et n° 726, note 23.

⁶ Cicéron, *Pro Milone*, IV.

égoïste. On parle de la civilisation romaine. Je voudrais qu'on s'expliquât enfin sur ce qu'on entend par ces mots ⁷.

Je viens de dire qu'à l'époque des XII tables ces Quirites étaient déjà raffinés. On n'a, pour s'en convaincre, qu'à lire la table X, dont les dispositions sont évidemment dirigées contre les Plébéiens enrichis par la guerre ou le commerce qui prit de bonne heure un très grand développement, puisque Rome, en l'an 245, aurait déjà fait un traité avec Carthage. Cette table X, ch. 8 et 9 interdit le luxe dans les cérémonies funèbres et défend de brûler avec le cadavre des objets en or, « à l'exception des fils d'or qui peuvent lier les fausses dents du défunt, » *Neve aurum addito. Quoi auro dentes vincti escunt, ast im cum illo sepelire urereve se fraude esto*). Ce qui prouve qu'il y avait déjà à Rome des dentistes habiles.

Mais ce raffinement a-t-il rendu les contemporains de Claudius, Patriciens ou Plébéiens riches, plus accessibles aux idées sans lesquelles il n'y a pas de civilisation possible? En aucune façon. Le Romain est resté ce qu'il était. Il n'y a en lui rien d'humain que sa personne physique. Si un débiteur a plusieurs créanciers et qu'il ne les paye pas, ils peuvent couper son corps par morceaux et se les partager, et on ne considérera pas comme une fraude que les parts ne soient pas égales (... *partis secanto ; si plus minusve secuerint, ne fraude esto* ⁸).

⁷ Dans la conférence qu'il a faite à la Sorbonne le 29 mars dernier, sur : *l'Islamisme et la science*, M. Ernest Renan, parlant des grands événements de l'histoire qui ont exercé leur influence sur la culture intellectuelle, a bien soin de distinguer entre l'œuvre des Grecs et celle des Romains, en disant : la civilisation grecque et la conquête romaine, p. 2. Et dans ses *Souvenirs d'enfance et de jeunesse*, on lit ces mots, p. 60 : *Les Romains ne furent que de grossiers soldats*.

⁸ XII tables, III, 6.

Le Romain a conquis pour piller, pour détruire ou pour exploiter les populations qu'il n'exterminait pas.

Il a ravagé le monde comme les Spartiates la Grèce. Il n'a rien laissé du pays des Samnites; il a fait les marais Pontins du riche pays des Volsques. On ne sait pas ce qu'était Carthage. Il a épuisé l'Italie jusqu'à provoquer la guerre sociale et causé la disparition de la classe moyenne. Il a pressuré la Gaule au point de la ruiner, après avoir noyé ses propres crimes dans le sang de ses défenseurs, pour n'avoir plus devant lui que des Bagaudes⁹. Il a fait autour de ses aigles le vide en Espagne. Comment a-t-il traité les peuples qui vivaient à l'Orient de la Méditerranée? La conquête de la Grèce a-t-elle apporté quelques modifications dans ses tendances natives? Non! Ses dépouilles n'ont été pour lui que l'occasion de se livrer à un luxe effréné et à des débauches hideuses, constatées par le Sénatus-consulte des Bacchanales et les tableaux de Pétrone. Et, dans ses rapports avec les populations conquises, quel prodige de fourberie que ce calcul qui consiste à ne jamais reconnaître les lois d'un peuple et à ne jamais lui donner celles de Rome; si bien que le Proconsul n'avait à appliquer ni la loi nationale, parce qu'il était Romain, ni la loi romaine, parce que les habitants du pays n'étaient pas Romains, et que ces malheureux, ne pouvant invoquer aucune loi devant le représentant de Rome, étaient à sa discrétion (*adversus hostum æterna auctoritas esto*)¹⁰. Qu'on lise au surplus dans l'histoire de Jules César le chapitre intitulé : *le Bassin de la Méditerranée*¹¹.

⁹ Voir, t. II, n° 779, note 3.

¹⁰ XII tables, VI, 5.

¹¹ *Histoire de Jules César*. Plon, éditeur, 1865. Voir aussi comme exemple les détails du triomphe de Pompée, p. 391 et sq.

On verra dans quel état de paix féconde vivaient les peuples qui habitaient sur ses rives avant l'entrée des Romains sur la scène du monde, et on sait ce qu'ils devinrent après que Rome en eut fait la conquête.

Le Romain de la fin de la République est-il différent du Romain de l'époque des XII tables? Non! Jusqu'au siècle de Cicéron, et malgré les protestations des Jurisconsultes, l'idée de Justice est antiromaine. Jusqu'à cette époque le dol reste impuni et sa victime ne peut obtenir aucune indemnité¹². Cela est le digne pendant de l'histoire, racontée par Gaius, de ce plaideur du temps des *Legis actiones*, dont on avait coupé les vignes et qui perdit le procès qu'il avait intenté à l'auteur de ce vandalisme, parce que devant le Juge il avait parlé de ses vignes au lieu de prononcer le mot *arbres*¹³. Qu'étaient donc les actions de la loi, les Fastes; sinon des pièges tendus à la bonne foi? Quelle notion le Romain se faisait-il du droit le plus important, le droit de propriété? Une notion brutale, qui se résumait dans le mot *capere*, prendre par force ou par ruse, comme à la guerre; notion bien digne d'une horde de pillards¹⁴...

Ulpien donne enfin cette définition de la Justice : *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*; et il ajoute que les préceptes du Droit sont : *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*; mais il croit devoir rendre encore un suprême hommage à l'idée qu'avait du Droit l'antique cité, en disant : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum notitia*; puis, comme hon-

¹² Cicéron, *de officiis*, III, 14.

¹³ Gaius, IV, 11.

¹⁴ Voir t. I, nos 186 bis, 383 et note 61; t. II, nos 590, 648 et sq., 655, 664.

teurs de cette condescendance, il s'écrie bien vite : JUSTI ATQUE INJUSTI SCIENTIA ¹⁵ !

Mais quelle épopée que cette lutte soutenue pendant tant de siècles par les Jurisconsultes pour arriver à formuler une vérité aussi simple ? Et quels moyens il leur a fallu employer pour vaincre !

Ce fut par la procédure qu'ils pénétrèrent dans la place ; ils se forgèrent des armes comme les *actiones fictitiæ*, les *bonorum possessiones*, les *actiones in factum*, les *in integrum restitutiones*, les Exceptions, les Interdits, les stipulations prétoriennes... et ces formules dans lesquelles un mot changé ou ajouté, fait souvent entrer comme de force l'équité dans la législation. Ce sont là tout autant de preuves de la vérité de cette proposition que l'idée de Justice est antiromaine.

Ce qui a rendu le Romain pillard et rapace, c'est la guerre.

La dureté, la cruauté et l'avarice tenaient à sa nature. Il se passionnait pour les combats sanglants du Cirque. Il n'aurait rien compris aux jeux olympiques.

Ce qui explique sa disposition à la fourberie, c'est sa vie. Dans les murs de cette cité sont renfermés deux peuples, Patriciens et Plébéiens, condamnés à vivre ensemble, parce que les premiers événements de leur histoire les rendent nécessaires l'un à l'autre : les Plébéiens n'ayant rien, sans les Patriciens, de ce qu'il leur aurait fallu pour constituer ailleurs une société régulière reconnue par les autres cités italiques ; les Patriciens, ayant besoin, pour leurs guerres continuelles, des Plébéiens qui fournissaient des soldats à leurs armées. Mais en même temps les Patri-

¹⁵ Ulpian, L. 10. D. de Just. et jur. (1.1).

ciens, ne reconnaissant aux Plébéiens comme aux étrangers aucun droit, ne se faisaient aucun scrupule de manquer vis-à-vis d'eux aux règles les plus élémentaires de l'équité; pendant que de leur côté les Plébéiens s'habituèrent à rechercher et à appliquer les procédés les moins avouables dans leurs rapports d'intérêts soit avec les Patriciens, soit avec les étrangers, considérés par eux comme des ennemis. La Loi des XII tables a été une sorte de compromis qu'on a accepté ou plutôt subi de part et d'autre par nécessité, mais avec la pensée d'en éluder, autant qu'on le pourrait, les dispositions trop gênantes, et surtout d'en tirer parti au moyen d'un formalisme calculé¹⁶. L'histoire de la création des actions de la Loi en est la preuve.

Le Romain a donc été de très bonne heure habitué à demander à la ruse de le défendre : le Patricien contre les prétentions insultantes pour lui du Plébéien; le Plébéien contre ce qu'il appelait les iniquités du Patricien. C'est contre cet esprit que réagit incessamment la Jurisprudence et c'est cette réaction, toujours en mouvement, qui a contribué à former le Droit romain.

Aussi peut-on dire avec toute raison : non pas que Rome a civilisé le monde, mais que, en dépit du génie romain, il a été civilisé par l'art, la science, la philosophie de la Grèce et la Législation romaine.

Car il s'est trouvé heureusement de très bonne heure dans les rangs de ces patres (*patres*) quelques hommes qui

¹⁶ Le formalisme n'est pas particulier aux Romains. Tous les peuples ont été formalistes et même le sont encore. En France, avant la Révolution, on était encore esclave des formes. Aujourd'hui même qu'est-ce que le serment? Au lieu de demander à un témoin une déclaration impliquant obligation de dire la vérité, on lui impose une formule sacramentelle et on l'oblige à lever la main DROITE!

eurent l'intuition de cette loi que je viens de rappeler, que Cicéron devait si magistralement formuler un jour, et qui leur servit de guide pour battre en brèche l'édifice grossier construit par l'égoïsme, la cupidité, l'avarice, la fourberie, et élever sur ses ruines le temple de la Justice.

Le véritable Droit romain, ce monument impérissable, où puiseront éternellement les sociétés humaines, est le produit de la lutte soutenue par les Jurisconsultes contre l'esprit romain. Il a fallu qu'il se trouvât, dans la suite des âges, une société d'hommes aussi durs, aussi cruels, aussi fourbes, aussi rapaces, pour que l'honnêteté, la moralité, l'esprit de justice des Jurisconsultes, luttant contre cet esprit, pussent enrichir l'humanité de cet ensemble de règles qui forment le Droit Romain.

Car c'est seulement à Rome que se rencontre cet étrange phénomène. Partout ailleurs l'histoire enregistre des luttes très graves, très longues, trop souvent sanglantes, qui ont pour motifs des changements à introduire dans la législation. Alors il s'agit d'inégalités vis-à-vis de la Loi entre les habitants d'une même cité, d'un même pays; c'est le privilège, ce sont les souffrances qu'il engendre qui mettent les armes aux mains des déshérités. A Rome même les querelles entre les Patriciens et les Plébéiens ont ce caractère jusqu'à la Loi des XII tables. Mais cette Loi est faite pour tout le monde. A l'exception du droit qu'ont les comices de statuer sur les affaires capitales, intéressant dès lors les seuls citoyens accusés, elle défend toute disposition législative qui ne devrait s'appliquer qu'à telle ou telle personne en particulier (*vetant XII tabula leges privatis hominibus irrogari*); autrement dit les XII tables interdisent absolument la création d'aucun pri-

vilège (*in privatos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium, quo quid est injustius*)¹⁷.

Ces lois proclament donc l'égalité devant elles de tous les Romains habitant la cité. Aussi depuis cette époque, les changements dans la législation sont-ils le produit d'un travail, qui s'accomplit non à la suite de revendications violentes, mais par une évolution lente, patiente, continue.

Rome a eu encore des convulsions, par exemple les séditions causées par les questions agraires, sans parler des discordes civiles de la fin de la République ; mais ce n'est pas par là que le Droit fut modifié. Quelques-uns des privilèges des Patriciens, en matière de Droit public, avaient survécu ; ce ne fut pas la violence qui les fit disparaître ; ce fut l'élection, la paisible élection dans les comices qui donna successivement le Consulat, le Grand Pontificat, la Préture à des Plébéiens, bien que les *Patres*, passés maîtres dans l'art de manier la matière électorale, pour employer une expression moderne, eussent distribué les Centuries de façon à s'assurer de faciles victoires électorales.

Rome a donc une législation égalitaire. Seulement cette égalité n'est qu'apparente, car, au moyen de la Procédure : *actions de la Loi, Fastes...* les privilèges qu'on a feint d'abolir subsistent ; les Patriciens sont plus que jamais les maîtres de la Justice. Et, lorsque les modes de procéder sont publiés, si l'égalité se réalise alors, c'est le succès assuré au plus habile, c'est-à-dire au moins scrupuleux ; et le Plébéien, jusque-là victime de la perfidie de son ennemi séculaire, s'empresse d'en user, pour bénéficier à son tour des iniquités auxquelles leur application peut conduire.

¹⁷ Cicéron, *Pro domo*, 17 ; *de Legibus*, III. 19 ; *Pro Sextio*, 30.

Enfin, sous prétexte que cette loi est d'essence divine, jamais aucune proposition ne sera faite pour la modifier, encore moins pour l'abroger. On touchera à la procédure; et encore faut-il venir jusqu'à l'année 520 pour trouver la Loi *Æbutia* qui commence l'abrogation des actions de la Loi, dont le caractère, loin de s'effacer, continue à vivre dans le système formulaire. Tout cela convient si bien au génie Romain!

Déjà ce changement est dû à l'action des Jurisconsultes, qui sera désormais d'autant plus active et plus féconde que les formes lui présenteront moins d'obstacles et plus de ressources. Cette action dure cinq siècles, de la création de la Préture en 387 U. C. à la publication de l'Édit perpétuel en 131, E. V. et sans se démentir jamais.

Toutefois cette lutte de l'honnêteté juridique contre les vices du caractère des Quirites ne suffit pas à elle seule à donner la raison de la formation du Droit romain. Pour l'avoir, il faut la chercher aussi dans un autre domaine.

Sans doute les vices du caractère romain ont été un des éléments de cette longue évolution; mais à côté d'eux il importe de constater en lui des qualités, dont ils étaient en quelque sorte la contrepartie.

Ce qui caractérise surtout le Romain, jugé par les phases successives de son histoire, c'est une logique inflexible. Lorsqu'il a posé une règle, un principe, un fait, il en poursuit le développement, jusqu'à ses conséquences les plus extrêmes, avec une ténacité que rien ne rebute, que même rien n'émeut.

C'est là ce qui a fait le succès de Rome.

Jamais un Romain n'a reculé devant l'accomplissement d'un devoir civique, quelque cruel que fût l'acte que ce

devoir lui imposât ; et jamais le peuple ne lui a adressé un blâme.

Jamais le Sénat, même dans les circonstances les plus critiques, n'a hésité à prendre les résolutions les plus graves, pouvant entraîner les plus lourdes responsabilités.

Ainsi :

Manlius-Torquatus fait mettre à mort son fils victorieux, mais coupable d'avoir violé la discipline militaire, en combattant sans en avoir reçu l'ordre.

Avec quelle logique procède la conscience publique, lorsque, loin de se soulever d'indignation, elle applaudit un P. Attilius Philiscus tuant sa fille coupable d'impudicité, et un A. Fulvius mettant à mort son fils partisan de Catilina, après lui avoir dit : *non se Catilinæ illum adversus patriam, sed patriæ adversus Catilinam genuisse* (qu'il ne lui avait pas donné le jour pour servir Catilina contre la patrie, mais la patrie contre Catilina)¹⁸. Et pourtant alors la puissance paternelle était fort affaiblie.

A la bataille de Cannes, deux légions lâchent pied devant l'ennemi. Un des Consuls est tué, l'autre revient seul à Rome avec des débris informes de son armée exterminée. Le Sénat n'avait plus de troupes à opposer à Annibal qui pouvait marcher sur Rome et y entrer en triomphateur. Que fait-il, réduit à une telle extrémité ? Il se rend d'abord à la rencontre du Consul qui a survécu, pour le remercier, ainsi que les braves qui l'accompagnent, de n'avoir pas désespéré du salut de la patrie. Puis il décide que les deux légions qui avaient fui, seraient, bien qu'elles fussent alors la seule force disponible, exilées en Sicile et qu'elles y resteraient, sans qu'aucun homme, officier ou

¹⁸ Valère Maxime. V, 8, § 5.

soldat, pût en sortir, tant que les Carthaginois fouleraient le sol de l'Italie. Ces légions devaient être punies; le péril, dans lequel leur départ laissait la patrie, ne devait pas faire oublier qu'elles méritaient un châtement et qu'il était nécessaire de laisser une grande leçon aux armées de l'avenir. Rome d'ailleurs ne pouvait pas devoir son salut à des citoyens indignes d'elle.

Ces exemples suffisent¹⁹.

A un autre point de vue : Ne demandez pas à l'esprit romain de concilier des antithèses, d'envisager dans leur ensemble des points de vue complexes et de tenir compte des rapports qu'il peut y avoir entre eux. Ce qui le frappe, le séduit, c'est l'unité. Il n'a jamais recours à l'induction pour trouver la clef de ce qui pourrait être. Or, sans induction, pas de science, le progrès scientifique étant presque toujours dû à cette opération de l'esprit qui consiste à supposer, à deviner un fait inconnu caché derrière un fait connu. Ne demandez pas une telle opération mentale au Romain.

Il n'a pas davantage le sentiment de l'art. La beauté idéale ! Il n'y a jamais songé. Un général, voyant deux soldats jouer aux dés sur un tableau d'Appelles, ou des matelots charger pour les transporter à Rome des statues de Phidias et de Praxitèle, leur dit : si vous détériorez le tableau ou si les statues arrivent brisées, je vous en ferai faire d'autres. Ce Consul Lucius Mummius, grossier et ignorant, mais un modèle de désintéressement, qui a réduit la Grèce en province romaine et brûlé Corinthe, est le type du Romain de la fin du VI^me siècle.

Le Romain a-t-il du moins essayé de se rendre compte

¹⁹ Consulter Valère Maxime qui raconte à ce sujet des faits et donne des détails du plus grand intérêt.

des phénomènes de sa pensée ? Les idées qui troublent l'âme humaine, ses aspirations, ses besoins sont-ils l'objet de ses préoccupations ? C'est bon pour des Athéniens. La littérature, la philosophie, qui ont fleuri à Rome, sont d'origine grecque. Si Rome a conquis le territoire de la Grèce, le génie des Hellènes a subjugué Rome.

Le seul procédé que le Romain comprend, c'est la déduction ; c'est, de conséquences en conséquences, marcher vers un but qu'on entrevoit. Aussi quiconque est fort et logique est certain d'imposer le respect de sa personne et de ses actes. S'il se heurte, comme les Gracques, à de grands intérêts collectifs, son œuvre échouera peut-être, et il pourra succomber sous le poignard d'un Scipion Nasica ou par la trahison d'un Livius Drusus. Mais si, comme un Publicius, il ne fait la guerre qu'à des abus ou à des injustices nées du silence ou de l'insuffisance de la loi, les membres du *Populus*, contrariés dans leurs vices, maudiront individuellement le réformateur, mais la conscience publique l'absoudra, parce qu'elle trouve en lui son interprète.

On ne peut expliquer autrement l'élection à la Préture de ces Jurisconsultes que le peuple savait d'avance décidés à apporter de profondes modifications dans le Droit. On ne peut pas surtout expliquer autrement la durée de dispositions comme les *Bonorum possessiones* par exemple ; car le peuple n'avait qu'à défendre au successeur qu'il donnait au premier Préteur, qui avait osé en prendre l'initiative, de publier à nouveau dans l'*album* l'Édit de son prédécesseur.

Eh quoi ! Voilà des *Legitimi* exclus d'une succession par un fils émancipé ! Voilà des *Gentiles* exclus par un Cognat ! Et cela uniquement par la volonté d'un Préteur ! Et le

successeur de ce Magistrat, assez osé pour décréter et appliquer de telles énormités pendant l'année de sa charge, non seulement ne désavoue pas ce qu'il a fait en ne lui donnant pas de suite, mais il l'adopte et le transmet à celui qui va le remplacer.....! Et les *Legitimi*, les *Gentiles*, lésés dans leurs intérêts et qui ont pour eux la loi, ne prennent pas à partie le Magistrat révolutionnaire, ou, s'ils le font, leurs plaintes ne trouvent d'écho ni dans le prétoire du Magistrat auquel ils s'adressent, ni au *Forum* où, loin de leur donner raison, leurs concitoyens, bien que se sentant aussi lésés, semblent être fiers de voir assis au Tribunal du Préteur des hommes qui se font les interprètes de l'équité et des droits de la parenté naturelle.

C'est là assurément un phénomène bien étrange !

Le Romain avait les vices dont j'ai parlé, mais en même temps il était doué des qualités qui font les hommes d'État et les peuples forts :

Individu, il tenait à ses vices. — Citoyen, il savait en faire le sacrifice sur l'autel de la Patrie.

Individu, il ne cherchait pas à se guérir de ses mauvais penchants à la violence, à l'avarice, à la fourberie ; la morale n'a eu que peu de prise sur lui ; les Stoïciens n'ont été qu'une phalange d'hommes d'élite. — Citoyen, il était fier d'être le concitoyen d'un Caton, d'un Cicéron.

Individu, il se montrait extrêmement jaloux de ses droits. — Citoyen, il comprenait que la grandeur de Rome et le salut de l'État exigeaient l'unité dans la direction des affaires publiques, et il l'abandonnait sans hésiter, dans les moments de crise à un Dictateur, dans les temps ordinaires au Sénat.

Individu, il aurait désiré sans doute que le Droit restât ce qu'il était, un moyen commode de donner carrière à ses

mauvais instincts. — Citoyen, il avait l'intuition que les Jurisconsultes accomplissaient quelque chose de grand et il les laissait faire.

Et puis les hommes vicieux subissent malgré eux l'influence de la vertu personnifiée dans des natures d'élite. Ces Jurisconsultes, menant une vie austère, laborieuse, ayant pour unique préoccupation la recherche de la vérité, passionnés pour le bien public, devaient inspirer une sorte de respect superstitieux à ces porteurs de lances, toujours prêts à continuer entre eux dans le prétoire du Magistrat et pour leurs affaires privées, les guerres qu'ils déclaraient aux autres peuples. Les Jurisconsultes exercèrent ainsi une influence, dont les transformations du Droit à Rome peuvent nous donner une idée.

Telles furent les causes, extrêmement complexes, auxquelles le Droit romain a dû sa formation et son développement.

J'ai dit plus haut que partout ailleurs on a vu des révolutions violentes amener instantanément des modifications profondes dans le Droit. Ici c'est, je le répète, une œuvre qui s'accomplit paisiblement d'année en année, au moyen de l'*Album* du Préteur, et qui, sans toucher à la Loi, transforme le vieux Droit au point de n'en rien laisser debout. Et, lorsque le Préteur annonce qu'il va corriger le Droit (*corrigendi juris civilis gratiâ*), jamais une de ces protestations éclatantes qui prennent place dans l'histoire! cette violation de la Loi n'émeut pas le Romain, soit que l'habitude qu'il a prise de violer l'équité le rende indifférent à la violation de la Loi, soit que le Magistrat et son œuvre s'imposent à lui et paralysent toute résistance. Et le Préteur, qui a pris cette disposition, voit le plus souvent son successeur l'insérer dans son propre Édît (*Édictum translati-*

tium). Sous ce rapport, Rome présente un phénomène unique.

On a prétendu que le pouvoir, laissé au Préteur, avait été le résultat d'un calcul, afin de donner à la législation une élasticité sans laquelle le progrès se fût difficilement accompli. Cette théorie ne repose sur aucun fondement; mais en revanche elle prête à ces *Patres* grossiers de la fin du II^me siècle des aptitudes scientifiques peu en rapport avec leurs actes ^{19bis}. L'œuvre du Préteur, c'est la coutume qui prend un corps sous l'action bienfaisante des Jurisconsultes; mais jamais, dans aucun temps, dans aucun pays, les Jurisconsultes n'ont, pour faire parler la coutume, usé de tels procédés; nulle part ils n'ont agi avec cette ténacité, avec cette audace à ciel ouvert que rien ne rebute, avec ce calme grandiose.

Montrer comment s'est accompli ce grand travail juridique, tel est, selon moi, le champ de l'enseignement historique et technique du Droit romain.

J'ai pensé que, pour atteindre ce but en ce qui me concernait, et en même temps pour donner aux jeunes gens un fil conducteur, à l'aide duquel ils pussent se diriger sûrement dans le dédale des Pandectes, il fallait refaire ce qu'ont fait, dès le II^me siècle, les Professeurs de Droit: adopter pour programme l'Édit perpétuel.

Je ne dirai que quelques mots de son histoire, qui est trop connue ²⁰.

La multitude d'Édits, publiés chaque année par les Préteurs depuis la création de cette Magistrature, et même antérieurement par ceux *qui jus dicebant*, avait jeté dans la législation la plus grande confusion. Déjà, à l'époque de

^{19bis} Voir t. II, n° 931.

²⁰ Voir la note 27 *in fine*.

Cicéron, Servius Sulpicius, son ami, avait entrepris sur l'Édit un ouvrage dont il n'a écrit que deux livres (*duos libros perquam brevissimos ad Edictum subscriptos reliquit*)²¹. Après lui, Ofilius, son élève, ami de Jules César (*Cæsari familiarissimus*), a fait également sur l'Édit un travail de coordination, mais qui paraît avoir été beaucoup plus complet (*Edictum Prætoris diligenter composuit*)²².

Ces travaux révèlent la pensée qui agitait le monde judiciaire romain à cette époque. On voulait plus de certitude, plus de fixité dans la législation.

Les agitations qui suivirent la grande révolution d'où sortit l'Empire ne permirent pas sans doute de s'en occuper. Ce ne fut que sous le règne d'Adrien que cette idée fut reprise et trouva un Jurisconsulte capable de la réaliser.

Salvius Julianus fut chargé par cet Empereur de compiler les Édits et d'en faire un corps, une sorte de Code qui serait désormais la loi de l'Empire.

Salvius Julianus était Préteur ; il avait par conséquent le droit de publier son programme dans l'*Album*. Il adopta les dispositions antérieures qui lui parurent répondre aux besoins de son temps, et rejeta ce qui était tombé en désuétude. Ce travail de compilation et de coordination produisit l'Édit connu depuis sous le nom d'Édit perpétuel.

Cette qualification n'était pas nouvelle. En 687, une loi *Cornelia* avait décidé qu'en entrant en charge, chaque Préteur publierait le programme de la Jurisprudence qu'il entendait appliquer, et lui défendait de le changer pendant la durée de sa Magistrature (*Legem Cornelius.... tulit ut Prætores ex Edictis suis perpetuis jus dicerent, quæ res tam*

²¹ Pomponius, L. 2. § 44. D. de orig. juris. (1.2).

²² Eodem.

gratiam ambitiosis Prætoribus, qui varie jus dicerent adsueverant, sustulit)²³. Le mot perpétuel signifie ici continu, invariable. A partir de ce moment, chaque Édît eut ce caractère, mais il n'était pas devenu obligatoire pour le successeur du Magistrat qui l'avait rendu. Adrien paraît avoir eu la pensée de rendre celui de Julien réellement perpétuel, en ce sens qu'il serait le Code de l'Empire, tant que des changements réellement législatifs ne l'auraient pas modifié. Toutefois les Préteurs continuèrent à publier des Édits.

Quoi qu'il en soit, l'œuvre de Julien achevée fut sanctionnée par un Sénatus-consulte à la demande de l'Empereur, et devint obligatoire pour les Tribunaux²⁴.

Malheureusement elle est perdue : elle a disparu dans la tourmente qui a emporté l'empire des Césars. On a maintes fois tenté de la reconstituer avec les débris qui en restent épars dans le Digeste, avec les indications données par les compilateurs et avec les fragments des Commentaires qui ont échappé au naufrage. J'ai à mon tour entrepris cette restitution, en utilisant les essais qui en ont été faits ; mais je m'empresse d'ajouter qu'elle ne saurait être absolument complète, pas plus que ne peuvent l'être les tentatives de même genre qu'on a faites et qu'on fera sans doute encore pour retrouver la Loi des XII tables. Cependant, grâce à Tribonien et à ses collaborateurs, il est possible de reconstituer un ensemble de dispositions qui s'approche de très près de l'œuvre de Julien.

²³ Asconius-Dio Cassius, XXXVI, 23.

²⁴ Justinien, L. 2, § 18 ; L. 3, C. *veteri jure enucleando* (1.17). — Le petit-fils de Salvius Julianus. Didius Julianus, savant jurisconsulte comme son grand-père, mais ambitieux du pouvoir, envahit l'Empire à la tête d'une armée. Vaincu par Septime Sévère, il fut mis à mort (Eutrope, VIII, 9. Aurelius Victor, *Epitome*. XIX).

Pour leur travail, les compilateurs se sont servi des œuvres des Jurisconsultes de l'époque classique ; ils ont surtout fait de nombreux emprunts à leurs commentaires de l'Édit. Mais en coupant dans ces commentaires les fragments qu'ils devaient utiliser, ils ont pris le soin d'indiquer la partie de ces œuvres à laquelle ils les empruntaient. Ces indications sont restées dans le Digeste, et c'est ainsi que nous savons que l'Édit perpétuel a été commenté par Ulpien, par Paul, par Pomponius, par Furius Anthianus, l'Édit monitoire par Callistrate, l'Édit provincial par Gaius ; c'est ainsi que nous avons des fragments extraits de 81 livres du Commentaire d'Ulpien²⁵, de 78 livres de celui de Paul, de 30 livres de celui de Gaius.

Pour composer les Pandectes, Tribonien et ses aides ont certainement suivi l'ordre des matières adopté par Julien.

Ce qui tend à justifier cette hypothèse, c'est d'abord que, sous ce rapport, on trouve le même ordre dans tous les Commentaires, bien qu'il n'y ait pas parallélisme complet dans la succession des livres. Ensuite nous savons, par la première préface du Digeste, que l'ordre de l'Édit était celui que devaient suivre les compilateurs ; or l'ordre du Digeste est précisément celui des livres des Commentaires, sauf dans quelques cas très rares, où il a paru nécessaire ou utile de s'en écarter. Nous avons donc l'ordre des matières de l'Édit dans la succession des livres des Commentaires.

C'est du reste ainsi que l'ont en général compris ceux qui ont essayé de retrouver l'Édit perpétuel, soit qu'ils aient voulu seulement indiquer l'ordonnance de l'œuvre, soit qu'ils aient tenté de restituer les textes perdus²⁶.

²⁵ L'Index des Florentines donne 83 livres au commentaire d'Ulpien.

²⁶ Voir Rudorff. *Edicti perpetui quæ reliqua sunt*. Leipzig, 1869. *Præ-*

Parmi ces auteurs, il en est trois qui devaient particulièrement attirer mon attention. Ce sont : RANCHIN, HEINECCIUS et RUDORFF.

Guillaume Ranchin, professeur à l'École de Droit de Montpellier, dans son livre intitulé : *Edictum perpetuum ad ordinem digestorum restitutum*, Paris 1597²⁷, a, ainsi que ce titre l'indique, restitué l'Édit, c'est-à-dire non seulement reproduit les textes qui nous ont été conservés par les Commentateurs, mais rédigé ceux qu'ils n'ont fait qu'analyser. Ranchin suit servilement l'ordre du Digeste, livre par livre et titre par titre. Il est évidemment incomplet. Il manquait des documents que les découvertes modernes ont mis au jour. Mais sa restitution n'en est pas moins fort intéressante. Je lui ai emprunté ses textes, en modifiant ou complétant sa rédaction dans les cas où cela m'a paru nécessaire.

Heineccius s'est surtout attaché à faire l'histoire de l'Édit et à retrouver l'ordre des matières. Malheureusement la mort l'a surpris alors qu'il n'avait encore restitué que les deux premières parties, que son fils a publiées dans ses œuvres posthumes. Je lui ai emprunté quelques textes pour le préambule du Livre II : *de Judiciis omnibus*.

fatio. p. 20. Aux noms et aux ouvrages qu'il cite, il faut ajouter Gustave Hænel qui, dans son *Corpus legum*, Leipzig, 1857, p. 80, expose le tableau des matières dont l'Édit perpétuel devait être composé, et en indique les sources. Quant à Haubold, *Institutionum lineamenta*, il ne fait que réunir les textes officiels épars dans le Digeste.

²⁷ Il y a à la Bibliothèque nationale à Paris une autre édition de ce livre, imprimé à Parme en 1787. Cette restitution a été reproduite dans le *Corpus* de Denis Godefroy, Leipzig, 1703, et dans le tome II, des Pandectes de Pothier. Je dois ajouter que l'auteur qui, presque de notre temps, a étudié le plus complètement l'Édit perpétuel, est Bouchaud. On a de lui quatre mémoires publiés dans les tomes XXXIX et XLI des mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, et une très belle étude sur le même sujet, insérée à la fin du second volume de son commentaire de la Loi des XII tables.

Le travail le plus complet qui ait été publié sur l'Édit perpétuel est celui de Rudorff. Il ne s'est pas contenté, comme Jacques Godefroy, de dresser une table des titres; ni comme Hubert van Giffen (Giphanius)²⁸, ou Gustave Hænel²⁹, d'analyser les matières que devait contenir l'œuvre de Julien; mieux que ses devanciers, il a vu le système général de l'Édit³⁰.

Suivant Van Giffen, l'Édit aurait été divisé en dix parties, dont il donne les détails. Mais rien ne justifie cette division, qui n'a pas pour elle l'autorité de l'ordre observé dans les commentaires, et qui se contredit elle-même, soit parce que le fil conducteur cherché par l'auteur lui échappe à chaque instant, soit par le désordre qui règne dans l'ensemble.

Suivant Bouchaud³¹, l'Édit aurait été composé de sept parties; mais cette division est tout à fait arbitraire. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple: Les Interdits auraient eu leur place dans la sixième partie avec les questions d'État, les délits privés, les modes d'acquisition de la propriété et de la possession et le *damnum infectum*. C'est inadmissible.

Du reste Jacques Godefroi n'a pas pu se décider à ce sujet. Dans la table des titres, qu'il a laissée, on voit divisées par des traits ce que probablement il supposait avoir été les différentes parties de l'œuvre de Julien, et on en compte vingt-huit.

Autre est la conception de Rudorff, et il est assurément dans la vérité :

²⁸ Van Giffen, *Economia juris sive dispositio methodica omnium librorum totius juris*. Francfort, 1596; id. 1606.

²⁹ Voir la note 26.

³⁰ Alphonse Rivier, *Introduction historique au Droit romain*, p. 265.

³¹ Bouchaud, *Dissertation sur l'Édit perpétuel*, p. 482-484. Voir la note 27 *in fine*.

Le Droit romain est une procédure. C'est la nécessité pour tout droit d'être muni d'une action spéciale, à peine de ne pas avoir de valeur juridique, qui lui donne ce caractère. Les droits et les actions, ou, pour mieux dire, un droit et une action sont tellement unis, ils forment si bien un tout, une sorte d'unité, qu'on a pu se demander si les actions elles-mêmes n'étaient pas des droits? Il en résulte qu'en Droit romain tout se réduit à la mise en mouvement d'un droit qu'il s'agit de faire valoir et par suite à un jugement. C'est ainsi que la Loi, ou la coutume devenue Loi, avait organisé le Droit civil.

Mais d'un autre côté la Jurisprudence, par l'organe du Préteur, a non seulement modifié les procédés du Droit civil pour aider à son exécution, mais elle a introduit des remèdes juridiques dans le but de suppléer à son insuffisance et même pour en corriger les dispositions, lorsqu'elles pouvaient conduire à des résultats iniques (*adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratiâ*) ²².

Il en résulte que l'Édit perpétuel, qu'on peut considérer comme une codification réunissant dans un ensemble méthodique les éléments du Droit romain épars dans tant de dispositions législatives, devait être divisé en deux parties : La première comprenant toute la matière des jugements : *Præparatoria judiciorum*, *Judicia*, *Executio* ; la seconde les remèdes extrajudiciaires destinés à corriger le Droit ou à suppléer à son insuffisance : Interdits, Exceptions, Stipulations prétorienne.

Telle est la conception de Rudorff et elle a pour elle l'autorité des Commentaires.

²² Papinien, L. 7, § 4, D. *de justiciâ et jure* (1.4). Voir Ch. Giraud, *Analyse critique de l'Édit perpétuel de Rudorff*. Revue de législation ancienne et moderne, 1870-71, p. 212.

C'est cette leçon que j'ai adoptée, parce que d'un côté, pour la restitution que j'entreprenais, il eut été difficile d'en trouver une plus rationnelle et que de l'autre cette division est la seule capable de fournir une base méthodique à l'enseignement des Pandectes, c'est-à-dire du Droit prétorien. Le système des Institutes de Justinien serait insuffisant. Les matières y sont distribuées, comme dans celles de Gaius, dans un ordre tout différent de celui des Pandectes et par suite de celui de l'Édit. Pourquoi Gaius, qui a commenté l'Édit Provincial, qui a fait même un commentaire de l'Édit du Préteur Urbain dont il ne nous reste que quelques fragments, pourquoi Gaius n'a-t-il pas adopté le même ordre pour ses Institutes? Parce qu'il ne voulait écrire qu'un exposé très élémentaire, ce qui eut été très difficile, pour ne pas dire impossible en suivant l'ordre de l'Édit. Les Institutes ne sauraient servir de base à un traité systématique complet de Droit romain ⁴¹.

Toutefois Rudorff n'a pas restitué les textes. Il a reproduit ceux qui nous ont été transmis par les commentateurs. Quant aux autres, il se contente d'en indiquer les sources, avec surabondance de citations. Mais dans bien des cas sa vaste érudition lui a fait faire certainement fausse route, parce qu'il était autant Épigraphiste que Jurisconsulte et qu'il avait nécessairement une tendance à voir partout l'intervention du Préteur, alors que des considérations purement juridiques, dédaignées par lui, lui eussent démontré son erreur.

C'est probablement à la même tendance qu'il faut attribuer l'idée qu'il a eue de suppléer à l'absence des textes

⁴¹ Voir Mainz, *Cours de Droit romain*. -- Goudsmit, *Cours de Pandectes*. — Mackeldey lui-même, qui, pour exposer la théorie des Institutes, en abandonne le système dans son *Manuel de Droit romain*.

par les formules qu'il suppose avoir figuré sur l'*album* du Préteur à la suite de chaque Édit. Il a été sous ce rapport réfuté en ces termes par Charles Giraud²⁴.

« L'instrument des formules d'action ne forme-t-il pas l'objet d'un *album* à part. Les notes d'Einseldeln me semblent l'indiquer. Je vois donc une hypothèse de plus dans la grande restauration de M. Rudorff tout en reconnaissant sa haute valeur... »

« Les formules, qui accompagnaient l'Édit perpétuel étant complètement effacées des compilations de Justinien, si tant est que la plupart des Jurisconsultes eux-mêmes de l'époque classique n'aient pas négligé de les recueillir, Tribonien a du moins supprimé toute trace du contraire. Aucun des anciens éditeurs ou collecteurs des fragments de l'Édit n'avait soupçonné, avant les découvertes de notre siècle, la relation qui existait entre les formules naguère retrouvées et les *sententiæ* qui avaient échappé au naufrage. Tout ce qu'on avait su connaître, c'est que les formules figuraient sur les *albums* prétoriens. Cicéron, *pro Roscio Comædo*, et Ulpien, en plusieurs endroits, nous avaient appris que les Magistrats romains exposaient publiquement les formules qu'ils promettaient de délivrer aux plaideurs. Il restait la question indécise de savoir si cette exposition était l'objet d'un tableau particulier, ou bien si à chaque chef de l'Édit était jointe la formule de l'action. La découverte de Gaius paraît avoir inspiré à M. Rudorff l'idée de résoudre, par le fait même, cette difficulté, sans la discuter, en ajoutant à chacun des articles de l'Édit, restitués ou reproduits, la formule correspondante. »

²⁴ Charles Giraud, *loc. cit.*, p. 210.

« Malgré l'autorité du savant romaniste, j'incline pour le système opposé. Cicéron dit, *pro Roscio Comædo VIII* : *sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ... expressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore incommodo, calamitate, injuriâ, publicæ a prætore formulæ, ad quas privata lis accomodetur*. Ne voit-on pas là une indication de l'*album* spécial des formules ? Depuis Dioclétien, cet *album* n'a-t-il pas dû être supprimé comme inutile ? Les notes de Probus ne sont-elles pas des lambeaux de ces programmes de formules ? Cujas et Duarcin avaient cru que les formules et les *sententiæ* se lisaient sur le même *album*, mais Heineccius, dans son histoire de l'Édit perpétuel, les séparait en deux *albums* distincts et se fondait sur le texte où Ulpien nous dit, à propos de la production ou *édit*ion de l'action : *Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstrat quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit*²⁵, ce qui semble bien désigner l'*album* particulier des formules d'action, en présence duquel le demandeur vient indiquer au défendeur quelle est celle qu'il va choisir, et dont il se propose d'user contre lui, après l'avoir obtenue du Préteur. »

Cette critique a été reprise tout récemment, mais à un autre point de vue, par M. Otto Lenel, professeur de Droit romain à Kiel, qui trouve dangereuses les formules inventées par Rudorff, parce qu'elles ne s'appuient pas sur des textes, et que, si on a des données positives sur la forme de l'Édit, on n'en a pas qui permettent de reconstituer la formule dans ses détails²⁶.

²⁵ Ulpien (Lib. 4. ad Ed.), L. 1, § 1, D. de *Edendo* (2.13).

²⁶ Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1883. — J'ai reçu ce livre au moment où l'impression de celui-ci touchait à sa fin. Je n'ai pu que le parcourir très rapide-

Toutefois j'ai pensé qu'il serait intéressant et utile, pour les étudiants surtout, de pouvoir lire à la suite de chacun des chefs de l'Édit la formule à laquelle il a dû donner naissance et qui en est l'application. J'ai donc emprunté à Rudorff celles qu'il a rédigées, tout en en rédigeant moi-même quelques-unes. Ainsi on trouvera chaque chef de l'Édit restitué, suivi de son commentaire, et à la suite du commentaire la formule, lorsqu'elle en est une conséquence directe.

Mais les exigences de mon Cours m'obligeaient à traiter de matières étrangères à l'œuvre du Préteur : telles que la *Lex Aquilia*, les Donations... Rien de plus facile que de les faire entrer dans le cadre qui m'était tracé, en parlant par exemple de la *Lex Aquilia* à propos des actions noxales, et des donations à propos des legs. Il en a été de même pour la théorie générale des testaments et celle des legs, qui trouvaient leur place naturelle dans un préambule aux rares dispositions édictées à leur sujet par le Préteur. Il en est résulté que, sauf quelques lacunes inévitables dans un travail aussi élémentaire, il peut être considéré comme un précis systématique du Droit des Pandectes.

Enfin j'ai reproduit et commenté l'Édit des Édiles.

Le lecteur ne trouvera pas dans ces deux volumes tous les développements que comporte un tel sujet ; c'est à la leçon qu'ils sont donnés. Un certain nombre de chefs, qui n'ont pas d'intérêt pour nous, ne demandent qu'à être indi-

ment. Comme Rudorff, M. Lenel ne reproduit textuellement que les fragments officiels ; quant aux autres, il en donne les sources et en fait une analyse très complète, très savante, digne du prix Savigny qu'il a obtenu. Cela prouve qu'en Allemagne l'Édit perpétuel est toujours la préoccupation du monde savant.

qués comme se rattachant à l'ensemble de l'œuvre ; mais il en est d'autres qui exigent des explications étendues, détaillées. Le système de l'Édit perpétuel rend facile sous ce rapport la tâche du professeur. Ce que j'ai eu surtout l'intention d'exposer ici, c'est une méthode ou plutôt la partie de la méthode qui concerne l'étude technique du Droit des Pandectes. Quant à la partie historique de l'enseignement, absolument nécessaire si l'on veut qu'il porte ses fruits, je n'avais qu'à la mentionner.

Cette méthode a pour elle l'expérience qui en est faite à Genève depuis deux années. Je la crois préférable à ce qui se pratique d'ordinaire ; c'est-à-dire : au commentaire des Institutes quelque savant qu'il soit, à des conférences sur les Pandectes qui se spécialiseront toujours, à des cours systématiques comprenant le Droit ancien et le Droit nouveau et perdant l'étudiant dans un champ trop vaste.

Si ce mode d'enseignement était adopté ailleurs, si son adoption se généralisait, j'ai la conviction que cela aurait une influence considérable sur l'étude du Droit en général, parce que la législation romaine offrirait aux jeunes gens de l'attrait et serait pour eux d'une assimilation facile. D'autres complèteraient alors ce que je n'ai qu'ébauché ; et ce livre n'aurait pas été sans utilité.

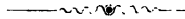
Genève, Juin 1883.

L. J.

AVIS DE L'ÉDITEUR

Nous publions à la fin du second volume, sans traduction ni commentaire, le texte de l'Édit perpétuel avec l'indication des sources et les formules.

Des chiffres renvoient, pour chaque paragraphe, à la page et au numéro du Commentaire de chaque volume.



EDICTUM PERPETUUM

PRÆFATIO EDICTI ADVERSUS EOS QUI QUID ADVERSUS EDICTUM FECERINT

L. un. Qui vetante Prætoꝛe fecit,
hic aduersus Edictum fecisse proprie
dicetur.

Ulpien (Lib. 4 ad Ed.) L. 102,
pr. *D. R. J.* (50.17).

Quiconque a agi malgré la dé-
fense du Præteur, est déclaré avoir
agi contre l'Édit.

1. L'Édit perpétuel, devant être sanctionné par un Sénatus-Consulte, allait avoir force de loi. Mais le Præteur est chargé de l'application, et il entend que toutes les décisions qu'il pourra rendre, soit par voie d'interprétation, soit autrement, aient la même autorité que l'Édit.

PREMIÈRE PARTIE

LIVRE I

PRÆPARATORIA JUDICIORUM

1 *bis*. L'Édit débute en posant des principes et des règles générales, auxquelles il soumet les actions, qu'on demandera au Préteur pour porter les contestations devant la Justice.

Il n'avait pas à régler la Procédure. Elle existait, elle fonctionnait. A l'époque de l'Édit, le système formulaire est en pleine application. La *formula* s'est probablement peu à peu introduite dans les différentes manières de procéder qualifiées par la Loi des XII tables de *Legis actiones*, abrogées en 520 par la Loi *Cebutia*, que complétèrent les deux Lois *Juliae Judiciarie* de J. César et d'Auguste. Les *Legis actiones* furent ainsi détrônées et remplacées par le système formulaire, pour qui le mot *actio* ne signifie plus telle ou telle manière de procéder : *per sacramentum*....., *per condictionem*....., mais exprime la faculté de poursuivre en justice tel ou tel droit, suivant certaines formes déterminées.

C'est l'*actio*, ainsi comprise, que le Préteur a en vue dans son Édit, quand il dit : *Actionem* ou *Judicium dabo*.

TITRE I

DE JURISDICTIONE

1^o 1 *ter*. Avant d'accepter la mission de prononcer sur une contestation portée devant lui, le Magistrat doit savoir s'il a pour cela Jurisdiction et dans quelles limites. Si le Préteur pouvait *dare, dicere, addicere*¹, toutes les Magistratures romaines n'avaient pas la même compétence. Le premier soin de l'Édit est de fixer les Juridictions et certaines conditions préliminaires, auxquelles il entend que soient soumis ceux qui les invoquent.

§ 1. De Actione dandâ vel denegandâ a Prætorè.

L. 1. Ubi cumque causæ cognitio est, ibi Prætor desideratur.
Paul (Lib. 1 ad Ed.) L. 105. *D. de Regulis Juris* (50.17).

Dans toute contestation, dont la justice doit connaître, il faut s'adresser au Préteur.

L. 2. Ejus est actionem denegare, qui possit et dare.
Ulpian (Lib. 1 ad Ed.) L. 102, § 1. *D. de Regulis Juris* (50.17).

Celui qui a le pouvoir de donner une action a celui de la refuser.

2^o 2. Ces lois consacrent un principe dont devraient bien tenir compte les législations modernes : c'est par l'élément contentieux qu'est saisi le Pouvoir Judiciaire, qui ne peut

¹ Ovide, *Fastes*, 47. Macrobe, *Saturnales*, I, 16 : *fasti sunt quibus licet fari Prætori tria verba solemnia : Do, Dico, ADDICO.*

être mis en mouvement que par lui ; d'où cette conséquence : que le Pouvoir Judiciaire puise sa compétence dans sa fonction, et que cette compétence ne saurait jamais lui être donnée par la matière, objet de l'élément contentieux¹.

3. Les Romains ont de tout temps appliqué ce principe, comme le prouve la MANUS INJECTIO, cet acte de procédure et de justice privée si bien en rapport avec les idées et les mœurs des Quirites, porteurs de lances, guerriers et pillards.

La MANUS INJECTIO était, disons-nous, un acte de procédure ; mais, à la différence de l'ACTIO SACRAMENTI, de la JUDICIS POSTULATIO et de la CONDICTIO, cet acte, comme la PIGNORIS CAPIO, ne donnait lieu à un procès que conditionnellement, c'est-à-dire dans le cas où le droit du créancier d'exercer la justice privée était contesté. Quand celui-ci avait mis la main sur son débiteur, il devait le conduire devant la Justice, non point pour se le faire adjuger, bien que cela pût être le résultat de l'instance engagée, mais parce que ce résultat ou la libération du débiteur ne pouvait avoir lieu qu'*in jure*, et qu'il fallait, comme le dit Jhering², laisser ouverte la possibilité de l'intervention d'un *Vindex*. Si le débiteur ne contestait pas, il était en aveu, son créancier l'emmenait chez lui, et alors le MANUS INJECTIO était un acte de justice privée ; mais si le débiteur trouvait un *Vindex*, ou s'il contestait en repoussant la main qui se saisissait de lui (*manum sibi depellere*), lorsqu'il lui fut permis de se défendre lui-même (*manus injectio pura*), cet acte de la part du créancier devenait par le fait même de la contestation un simple acte de procédure ouvrant le procès. Le Pouvoir Judiciaire était donc saisi par le seul fait de la contestation ; c'était l'élément conten-

¹ Du Pouvoir judiciaire et de son organisation en France, Marescq aîné, éditeur, 1878, p. 23 et s.

² L'esprit du Droit romain, t. I, p. 154. Traduction de Meulenaere.

tieux qui donnait compétence au Magistrat. *Rem ubi pagunt, orato* : s'ils pactisent (transigent), que l'affaire soit ainsi réglée, disait la Loi des XII tables (1, § 5); et elle ajoutait (§ 6) : *Ni pagunt, in comito aut in foro ante meridiem causam conjicito, quom perorant ambo presentes* : s'il n'y a pas de transaction, que l'exposé de la cause ait lieu, avant midi, au Comitium ou au Forum, contradictoirement entre les plaideurs présents tous deux.

4. La loi 2 fixe l'étendue du Pouvoir Judiciaire. Le Magistrat peut accorder l'action ou la refuser, c'est-à-dire libérer le débiteur ou donner au demandeur les moyens de le faire condamner.

§ 2. De Magistratibus municipalibus.

L. 1. Ea quæ magis imperii sunt quam jurisdictionis, Magistratus municipalis facere non potest.

Paul (Lib. 1 ad Ed.) L. 26. D. ad Municipalem et de Incolis (50.1).

Un magistrat municipal ne peut pas faire les choses qui sont plutôt du ressort de la Souveraineté que de celui de la Juridiction.

5. Les Magistrats municipaux n'ont pas l'*Imperium*; ils ne peuvent pas innover comme le Préteur, pour aider à l'exécution du Droit civil, pour suppléer à ses lacunes ou pour le corriger (*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*)¹; leur compétence est donc bornée à certaines affaires². Ainsi, il ne leur est pas permis d'accorder la restitution en entier, d'ordonner l'envoi en possession sous prétexte que ce serait le moyen de conserver la chose en litige, ou de garantir un legs³. Cependant, leur Juridiction peut être prorogée, en vertu de ce principe

¹ Papinien, L. 7, § 1, D. de justicia et jure (1.1).

² Voir h. t.

³ Paul, L. 26, § 1, D. ad Municipalem (50.1).

toujours respecté par les anciens Romains : que nous avons le droit de choisir nous-mêmes notre juge. C'est ce que décide Paul (Lib. 1, ad Ed). L. 28 D *ad municipalem* (50.1) : *Inter convenientes et de re majori apud Magistratus municipales agetur : Les plaideurs peuvent d'un commun accord soumettre à des Magistrats municipaux une affaire importante.* Ce n'est du reste qu'une application à une espèce particulière d'une règle générale donnée par Ulpien (Lib. 2 ad Ed.). Lib. 1 D. *de Judiciis* (5.1) : *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis qui tribunali præest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio : Si les parties se soumettent à quelque juridiction et consentent à être jugées par un juge quelconque qui préside un Tribunal ou à une autre juridiction, il est compétent.*

L. 2. Magistratus municipales cum unum magistratum administrant, etiam unius hominis vicem sustinent; et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur; verum etsi non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit.

Ulpien (Lib. 1 ad Ed.) L. 25 h. t.

L. 3. Ubi Municipales domicilium habere dicuntur, ibi unumquemque eorum conveniri ac publicis muneribus fungi jubebo.

Ulpien (Lib. 2 ad Ed.) L. 1.27 h. t.

L. 4. Incolam et his Magistratibus apud quos Incola est, et illis apud quod civis esse dicetur, atque in utroque loco publicis muneribus fungi jubebo.

Gaius (Lib. 1 ad Ed. prov.) L. 29 h. t.

Lorsqu'il y a à la tête d'un Municipale plusieurs Magistrats municipaux, ils peuvent administrer chacun à son tour; le plus souvent la loi municipale leur en donne le droit; quand même la loi ne le leur donnerait pas, la coutume les y autorise.

Là où des citoyens sont déclarés avoir leur domicile, j'ordonnerai que chacun d'eux plaide et exerce les charges publiques.

J'ordonnerai au simple habitant d'une ville d'obéir à ses Magistrats, ainsi qu'aux Magistrats de la ville dont il sera déclaré citoyen; et je lui ordonnerai de remplir les fonctions publiques dans l'une et l'autre de ces villes.

6. Un autre principe que les Romains ont toujours

rigoureusement appliqué, c'est celui de l'obligation pour tout citoyen de remplir les fonctions publiques. Toutes les Magistratures étaient à Rome autant de *munera publica* qu'il n'était pas permis de refuser, sans de graves motifs. Il en était de même dans les Provinces. Ce qui a fait dire à Modestin. L. 34. h. t. *Incola, jam muneribus publicis destinatus, nisi perfecto munere, incolatui renunciare non potest : Celui qui est domicilié dans une ville et y est appelé à des fonctions publiques, ne peut pas renoncer à son domicile avant de les avoir entièrement remplies.*

Ce principe a servi de base à l'organisation fiscale des Provinces conquises. La curie est l'assemblée des citoyens possesseurs des 25 jugères de terrain, acquis par héritage ou autrement, même par le commerce (*viginti quinque jugera... etiam in mercando*)⁴. Ces citoyens nomment leurs Magistrats, le Conseil de la Curie ou Sénat des Décurions, Principaux, Duumvirs, Quatuorvirs. Mais si ces Magistrats sont obligés d'accepter et de remplir les fonctions qui leur sont dévolues, les membres de la Curie ne peuvent rejeter le périlleux honneur qu'ils doivent à leur qualité de propriétaires. Une fois incorporés dans la Curie, ils ne peuvent jamais briser le lien qui les y rattache, eux et leurs descendants : *Quotiescumque se ex rescriptis nostris aliquid impetrasse contendant hi quos obnoxios curiæ vel origo fecerit nullam prorsus spem curiam declinandi ex colore sacræ jussionis accipiant*⁵. *Que ceux que leur origine rattache à la Curie et qui se prévaudraient de rescrits impériaux pour se soustraire à leurs obligations, n'espèrent pas se détacher de la Curie, sous prétexte que ces rescrits leur en donneraient le droit. Or, la Curie était responsable de l'impôt, et l'impôt finit par s'élever à un chiffre tellement écrasant, qu'un*

⁴ Constantin et Constance, L. 33, C. Th. (12-1).

⁵ Gratien. Valentinien et Théodose, L. 37, C. J. de *Decurionibus...* (40.31) et la plupart des Constitutions contenues dans ce titre.

moment vint où il fut impossible de le recueillir. C'est de là que sont sorties la misère des cités, leur dépopulation, la destruction de la classe moyenne, la ruine de l'Empire.

§ 3. De Vadimonio.

L. un. Ei, qui in jus vocatus fuerit, ni eo die finiverit negotium, ut vadimonium faciat, id est, ut promittat se certo die sisti jubebo.

Gaius. Inst., IV. 184.

J'ordonnerai à celui qui a été appelé en justice, si l'affaire n'est pas terminée le même jour, de proposer un *Vadimonium*, c'est-à-dire de promettre de se représenter à jour fixe.

7. Le *Vadimonium* est la promesse de se représenter devant le Magistrat, la *comperendinatio* est la promesse de se présenter devant le Juge.

Le délai du *Vadimonium* est de trente jours (*Postea reversis XXX diebus*)¹, en ce sens que, si l'affaire ne peut pas se terminer de suite *in jure*, les parties n'obtiennent pas immédiatement un Juge, mais elles doivent comparaître à nouveau, après ces trente jours écoulés, devant le Préteur qui alors délivre la formule. On appelle *Vades* ceux qui se portent caution de l'exécution du *Vadimonium*.

Le délai de la *Comperendinatio* est de trois jours². Les parties n'ont ici à fournir aucune garantie pour leur comparution; seulement il peut y avoir, comme de nos jours, défaut ou défaut congé, suivant que la non-comparution est le fait du défendeur ou celui du demandeur.

¹ Gaius, IV, 15.

² Cicéron, in *Verrem*. 11.1.9. Voir *Infra*, t. II, n° 1192.

§ 4. De Satisfando.

L. 1. Si de in rem actione agatur, ei, cui rei litigiosæ possessionem dabitur, prædes litis et vindiciarum vel iudicatum solvi; et si de in personam actione, iudicatum solvi prætare, jubebo.

Gaius, IV, 16.91.94.

Paul, I, XI. — Frag. - Vat., § 336.

En matière réelle, j'ordonnerai à celui, à qui je donnerai la possession de biens, de fournir à son adversaire, caution de lui restituer la chose et les fruits, ou de lui payer la somme comprise dans la formule; et en matière personnelle de lui payer cette somme.

8. Le propriétaire d'une chose, qui en a perdu la possession, a eu toujours le droit d'en poursuivre la restitution au moyen d'une *actio in rem*, la *rei Vindicatio*, qui, sous le régime des *Legis actiones*, était mise en mouvement par le *Sacramentum* et à l'aide de certaines formalités, dont Gaius (Inst. IV. 10, 16 et sq.), Aulu-Gelle (XX. 10) nous ont conservé les détails. Mais avant de renvoyer les parties devant le *Judex*, le Préteur donnait la possession à l'une d'elles qui était obligée, pour le cas où elle perdrait son procès, de fournir caution de restituer la chose et les fruits (*prædes litis et vindiciarum*)¹. Puis le *Judex* avait à décider lequel des plaideurs avait fait un *Sacramentum justum* ou *injustum*, et cette décision entraînait celle du procès.

A quoi le plaideur qui succombait était-il condamné? Ce point est resté obscur. Devait-il être condamné à restituer la chose en nature ou en payer la valeur? Gaius (IV. 48) s'exprime ainsi : *Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condem-*

¹ *Lis* désigne l'objet litigieux, et *Vindicatæ* les fruits. Gaius, IV, 16 : *Prædes litis et vindiciarum*, id est, *rei et fructuum*. V. Festus, *Vindicatæ* et Ortolan, Inst., t. III, p. 484 et s. pour tous les détails.

natio concepta est ; itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, mancipium, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, SICUT OLIM FIERI SOLEBAT, sed æstimata re pecuniam eum condemnat. — Dans toutes les formules qui contiennent condamnation, la condamnation est pécuniaire. C'est pourquoi si nous demandons un corps certain, comme un fonds, un esclave..... le Juge ne condamne pas le défendeur à restituer la chose elle-même, COMME ON AVAIT COUTUME DE LE FAIRE AUTREFOIS, mais il le condamne à en payer l'estimation.

Quoi qu'il en soit, les formalités du *Sacramentum*, de la *manuum consortio*, tombèrent en désuétude, et, dans le système formulaire, on ne conserva que la gageure qui se réduisit au simple engagement de payer l'enjeu (*sponsio*). Le défendeur restait en possession de l'objet du litige, et en garantissait la restitution par une caution solvable qui contractait son engagement au moyen d'une *stipulatio*.

La gageure disparut à son tour, et l'on finit par agir directement *per petitoriam formulam* ; la *rei Vindicatio* tend désormais directement à la reconnaissance du droit de propriété et, quant à la possession intérimaire, elle est réglée au moyen des Interdits possessoires¹. Ces formes de procédure ont passé des actions de la loi dans le système formulaire.

Quand on agit *per sponsionem*, le défendeur possesseur doit promettre de donner à son adversaire caution de lui restituer, s'il succombe, la chose et les fruits, et cela au moyen d'une *Stipulatio pro præde litis et vindiciarum*, qui a remplacé les *prædes litis et vindiciarum* des actions de la loi. Si on agit *per formulam petitoriam*, le défendeur pos-

¹ Gaius, IV. 92. — Cicéron, in *Verrem*. II, 2.12, nous a conservé en partie la formule : *L. Octavius judex esto : si paret fundum Capenatum, quo de agitur, ex-jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur...*

sesseur doit donner à celui qui se prétend propriétaire la caution *judicatum solvi*, c'est-à-dire lui garantir, en cas de condamnation, qu'il lui payera la somme à laquelle conclut la formule. Si le défendeur refuse, le Préteur donne au demandeur l'Interdit *quem fundum*, qui ordonne au possesseur de transférer la propriété à son adversaire ¹.

En matière personnelle, la Caution *judicatum solvi* est seule exigée.

8 (2). Les Romains avaient posé en principe que, dans toute revendication, la préférence, dans le doute, devait être accordée au défendeur possesseur de l'objet en litige : *In pari causa potior est possessor*, dit Paul, Sent. I, 11, § 1; *Favorabiliores rei potius quam actores habentur*, dit Gaius. L. 125. D. *de R. J.* (50. 17). Or, les solutions que nous venons de donner sont dans une sorte de contradiction avec cette règle. On veut favoriser le possesseur, parce qu'en l'absence de preuve, ou, en attendant la preuve, sa possession est une présomption de propriété, et on le soumet à des conditions très dures ! Parce qu'il plaira au premier venu de prétendre à la propriété d'une chose que j'ai en ma possession, je serai obligé de fournir des cautions ? On le conçoit à la rigueur, s'il s'agit de meubles, mais pourquoi ces précautions dans une contestation sur des immeubles. En cas d'abus de la part du possesseur, la mise sous séquestre serait assurément une garantie suffisante.

8 (3). Pourtant en matière de succession contestée, l'Édit a raison d'exiger des garanties du possesseur des biens héréditaires, qui jugerait nécessaire de vendre certains de ces biens avant la conclusion du procès.

L. 2. *Causâ cognitâ, etsi non talis data sit satisfactio, sed solita* Après avoir pris connaissance de l'affaire, quoique les garanties lé-

¹ Gaius. IV, 10, 91, 94. *Infrâ*, t. II, n^o 1022.

cautio, etiam post litem cæptam, hereditatis diminutionem concedam.

Ulpien (Lib. 14 ad Ed.) L. 5, pr. D. de hereditatis petitione (5.3).

Gaius (Lib. 6 ad Ed. prov.) L. 41, pr. D. eod.

gales n'aient pas été données, mais une simple caution, j'approuverai la diminution de l'hérédité, même après que le procès aura été entrepris.

Il peut arriver en effet que les héritiers aient intérêt à ce que certaines choses soient promptement payées, telles que : les frais funéraires, une somme due à un créancier nanti d'un gage qu'il menace de vendre; ou bien il est nécessaire de vendre des objets qui peuvent se détériorer; ou bien encore, il faut se procurer de l'argent pour nourrir les esclaves de la succession ⁴.

8 (4). Enfin dans les actions réelles, le Préteur a prévu le cas où celui qui possède nierait être en possession, pour ne pas être obligé de répondre à l'action en revendication. Si son adversaire parvient à prouver que, malgré ses dénégations, il possède la chose revendiquée, il obtient du Préteur la possession, sans être obligé de justifier de son droit de propriété :

L. 3. Si reus in vindicatione neget se possidere, ita ut si possit actor convincere rem ab adversario possideri, licet suam esse non adprobaverit, possessionem actori dabo.

Furius Anthianus (Lib. 1 ad Ed.) L. 80. D. de rei vindicatione (6.1).

Si sur une action en revendication, un défendeur nie être en possession, et que le demandeur puisse prouver que son adversaire possède la chose revendiquée, je lui donnerai la possession, quoiqu'il ne prouve pas que la chose lui appartient.

8 (5). Nous verrons quelles cautions doit fournir celui qui agit pour autrui ⁵. L'Édit détermine les cas et les espèces, dans lesquels celui qui défend pour lui-même en matière personnelle doit fournir caution.

⁴ Ulpien, *cod.*

⁵ Voir *infra*, t. I, n^{os} 75, 80.

L. 4. Si proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, satisfidari jubebo, sive propter genus actionis, velut iudicati deponsive, aut cum moribus mulieris agatur; propter personam, velut si cum eo agitur qui decoxerit, cujusve bona à creditoribus possessa proscriptave sunt, sive cum eo herede agatur, quem suspectum estimavero.

Gaius, IV, 102.

Si quelqu'un défend en son nom à une action personnelle, j'ordonnerai qu'il donne caution, soit en raison du genre de l'action, comme dans le cas de chose jugée, de chose payée, ou lorsqu'il s'agit des mœurs d'une femme; soit en raison de la personne, comme si on agit contre quelqu'un qui est ruiné, ou dont les biens sont possédés ou mis en vente par ses créanciers, ou lorsqu'on poursuit un héritier qui m'aura paru suspect.

8 (6). Plus tard la distinction, sous le rapport de la *sistendi cautio*, entre les actions réelles et personnelles s'efface; et le défendeur, qui agit par lui-même, n'a plus qu'à répondre qu'il restera en cause jusqu'à la fin du procès⁶.

§ 5. De mandata jurisdictione et iudice dando.

L. 1. Qui mandatam jurisdictionem omnem aut speciem unam suscepit, proprium nihil habet, sed et ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur; et fungetur vice ejus qui mandavit non sua.

Papinien, L. 1, § 1, D. de officio ejus... (1.21).

Ulpien, L. 16, D. de Jurisdictione (2.1).

L. 2. Si jurisdictionem suam mandaverit, ea mandata censebuntur, quæ ei jure magistratus competunt; non vero quæ ex legibus, senatusconsultis aut Principum constitutionibus specialiter delata fuerunt.

Papinien, L. 1, D. de officio ejus... (1.21).

Celui à qui une juridiction a été déléguée, n'a pas une juridiction qui lui soit propre, mais il exerce celle de celui qui l'a déléguée, et dont il remplit l'office.

Si le Magistrat délègue sa juridiction, le droit qui est dans sa compétence propre est censé seul délégué, et non ceux qui lui auraient été spécialement donnés par les lois, les Sénatus-Consultes ou les Constitutions des Princes.

⁶ Ins. J., IV, 11, de satisfactionibus. § 2, Infra, t. 2, 1189.

L. 3. Jurisdictio est iudicis dandi licentia.

Ulpien, L. 3, D. de Jurisdictione (2.1).

Le droit de donner des juges aux parties est un acte de juridiction.

L. 4. Si is, qui jurisdictioni præest, extra territorium jus dixerit, aut supra jurisdictionem suam velit jus dicere, id est de pecuniâ, nomine, opere, locato-conducto, aut alia re quæ jurisdictionis suæ modum excedat, impune ei non parebitur.

Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur quærandum est, non quantum debeatur.

Paul (Lib. 1 ad Ed.) L. 20, de jurisdictione (2.1).

Ulpien, L. 19, § 1, cod.

Si celui qui préside à la Jurisdiction (le Magistrat) dit droit hors de son territoire, ou sur une somme, une créance, une œuvre, une location ou autre chose qui excède les limites de sa compétence, on pourra impunément ne pas lui obéir.

Chaque fois qu'on cherche à déterminer la compétence d'une juridiction d'après la valeur du litige, c'est par la valeur demandée et non par la valeur due que cette compétence est fixée.

9. Les Magistrats romains étaient dans l'usage de déléguer leur juridiction¹, soit dans un cas de juridiction spéciale, quand ils étaient obligés de s'absenter², soit quand avant leur élévation, ils s'étaient occupés du procès qui leur était soumis³, soit lorsque le Magistrat avait un intérêt dans l'affaire ou qu'elle concernait sa femme, ses enfants, ses affranchis⁴. De plus, le Magistrat qui pouvait déléguer toute sa juridiction à une seule personne, pouvait aussi la déléguer à plusieurs et par parties⁵.

10. Quel est le caractère juridique de cette délégation et quelles en sont les limites ?

Suivant Paul⁶, c'est un mandat, et il en conclut avec Labeon que, si le Magistrat meurt avant que celui, à qui la Jurisdiction est déléguée, ait commencé à connaître de

¹ Ulpien, L. 16, D. de Jurisdictione (2.1).

² Papinien, L. 1. D. de Officio ejus... (1.21).

³ Ulpien, L. 17, D. de Jurisdictione (2.1).

⁴ Ulpien (Lib. 3, ad Ed), L. 10, D. cod.

⁵ Ulpien, L. 17, cod.

⁶ Paul (Lib. 2, ad Ed), L. 6, D. cod.

l'affaire pour laquelle la délégation a été faite, *solvitur mandatum sicut in reliquis causis*.

Toutefois si en général le mandataire ordinaire peut se substituer une tierce personne, et si cette faculté lui est interdite lorsqu'il a reçu un mandat spécial pour une affaire qu'il doit traiter lui-même, le délégué ne peut jamais déléguer à son tour la juridiction qu'il a reçue. La règle est qu'on ne peut déléguer que la juridiction qu'on a par soi-même et non celle que l'on tient de la délégation d'un autre⁷.

Les chefs 2 et 4 de cet Édit fixent des limites à la juridiction déléguée.

Si, pour certains cas spéciaux, la loi a donné compétence à certains Magistrats, c'est qu'elle a voulu qu'ils en connussent eux-mêmes, et dès lors ils ne peuvent se substituer personne, à moins qu'ils ne s'absentent⁸.

11. Mais la délégation donne-t-elle au délégué toute la juridiction propre au Magistrat? Les Jurisconsultes romains distinguaient entre l'*Imperium merum* et l'*Imperium mixtum*⁹. Suivant Paul¹⁰, la délégation ne donnait au délégué que l'*Imperium mixtum*, *quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est*. Toutefois, les données que nous avons à ce sujet sont insuffisantes et la distinction d'Ulpien se refuse à une analyse exacte.

* *Imperium*, dit Ulpien, *aut MERUM est, aut MIXTUM est. MERUM est Imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam POTESTAS appellatur. MIXTUM est imperium, cui etiam jurisdictio inest*¹¹. L'IMPÉRIUM est ou simple ou mixte. L'IMPÉRIUM simple est

⁷ Julien, L. 5, D. cod. Paul, L. 5, pr. de *Officio ejus...* (1.21).

⁸ Papinien, L. 1, D. cod.

⁹ Ulpien, L. 3, D. de *Jurisditione* (2.1).

¹⁰ Paul, L. 5, § 1, de *Officio ejus...* (1.21).

¹¹ Ulpien, L. 3, D. de *Jurisditione* (2.1).

le droit de glaive qui consiste à sévir contre les criminels, droit qui est aussi appelé POTESTAS. L'IMPÉRIUM mixte est celui qui comprend une juridiction.

Les Magistrats municipaux auraient donc une juridiction sans *imperium* bien déterminé.

12. Malgré son apparence de netteté, cette distinction d'Ulpien n'est rien moins que précise. D'abord, Ulpien ajoute que la Juridiction consiste dans le droit d'accorder la possession des biens et dans celui de donner des Juges aux parties (*In danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia*). Or, Ulpien lui-même ajoute au droit d'accorder la possession de biens, celui de constituer des tuteurs aux pupilles qui n'en ont pas¹², et Macer¹³ dit qu'on peut déléguer la connaissance des accusations portées contre les tuteurs suspects, le droit d'envoyer en possession un voisin pour cause de dommage éventuel, une mère au nom de l'enfant dont elle est enceinte (*ventris nomine*), un légataire par la conservation de son legs. Mais voilà qu'Ulpien lui-même¹⁴ refuse au délégué le droit d'obliger à donner caution par stipulation prétorienne (*caveri prætoria stipulatione*) et d'envoyer en possession (*in possessionem mittere*), parce que ce sont des actes : *qui imperii magis sunt quam jurisdictionis* ; et c'est la raison que donne Paul¹⁵ pour refuser aux Magistrats municipaux le droit d'accorder la restitution en entier et d'ordonner l'envoi en possession pour la conservation d'une dot ou d'un legs.

13. Suivant Ulpien, l'*Imperium mixtum* renferme la Juridiction (*Imperium mixtum cui jurisdictio inest*), qui paraît avoir cessé d'être comprise dans l'*Imperium merum*,

¹² L. 1, *eod.*

¹³ Macer, L. 4, D. de *Officio ejus...* (1.21).

¹⁴ Ulpien (Lib. 1, ad Ed), L. 4, D. de *Jurisdictione* (2.1).

¹⁵ Paul, L. 26, D. ad *Municipalem* (50.1).

depuis que le Préteur a été exclusivement chargé de rendre la justice. Le Préteur, qui délègue sa juridiction, délègue-t-il par cela même l'*Imperium*, dont il est revêtu ?

Il ne paraît pas qu'il y ait eu à ce sujet de règle générale. La délégation de la juridiction emporte, suivant les cas, délégation de l'*Imperium*. Ainsi :

Nous avons déjà fait remarquer, d'après Papinien ¹⁶, que le Magistrat ne peut rien déléguer quand il s'agit d'une affaire pour laquelle compétence lui a été donnée par une Loi, un Sénatus-Consulte, ou une décision du Prince, à moins qu'il ne s'absente (*non aliter mandare poterit, quàm si abesse coeperit*). Le Jurisconsulte dit encore au § 1 de cette loi que, dans l'opinion des anciens, la juridiction est transférée sans le droit de glaive (*merum Imperium*) ; c'est pourquoi personne ne prétend : *animadversionem legatum Proconsulis habere, mandata jurisdictione*, mais il ajoute aussitôt que Paul était d'avis que l'*Imperium*, attaché à la juridiction, passe avec elle au délégué ; *Paulus notat : et Imperium, quod jurisdictioni cohæret, mandata jurisdictione transire verius est*. Paul serait ici d'accord avec Javolenus ¹⁷, qui pose comme règle générale que celui à qui on donne la juridiction est censé avoir reçu tout ce qui est nécessaire pour l'exercer (*Cui jurisdictione data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictione explicari non potuit*). Mais Ulpien ¹⁸ décide que celui à qui le Président d'une Province a délégué sa juridiction *consilium non potest exercere*, et que, s'il s'agit de biens de mineurs, le Président seul pourra en permettre la vente, ce droit ne pouvant pas être délégué. Enfin, Papinien ¹⁹ et Ulpien ²⁰ déci-

¹⁶ Papinien, L. 1, D. de Officio ejus... (1.21).

¹⁷ Javolenus, L. 2, D. de Jurisdictione (2.1).

¹⁸ Ulpien, L. 2, D. de Officio ejus... (1.21).

¹⁹ Papinien. loc. cit.

²⁰ Ulpien, L. 6, pr. D. de Officio Proconsulis (1.16).

dent que jamais la juridiction ne peut être déléguée quand il s'agit de crimes ou de délits pouvant entraîner une peine corporelle; et cependant Ulpien lui-même²¹, tout en reconnaissant que les Magistrats municipaux ne peuvent pas condamner un esclave au supplice, se voit obligé de reconnaître qu'on ne peut pas leur refuser le droit de punir modérément (*modica castigatio eis non est deneganda*).

14. Il règne donc sur ce point une très grande incertitude dans nos sources. Mais il est probable que cette incertitude n'avait pas de graves inconvénients pratiques²². L'usage devait suppléer au silence de la Loi, et quelques règles d'un caractère général devaient aider à fixer les compétences. Ainsi, il paraît certain, comme on l'a vu, que lorsqu'il s'agissait de faits criminels pouvant donner lieu à l'application d'une peine sévère, l'*Imperium* n'était pas délégué avec la juridiction, bien que cependant le délégué eût le droit de punir²³. Ainsi encore aucune délégation ne pouvait être faite, sauf le cas d'absence, dans des causes intéressant un pupille, comme la vente de ses biens ou l'honneur d'une famille, comme le cas d'adultère²⁴.

Toutefois le 4^{me} chef de l'Édit témoigne de l'incertitude et de l'arbitraire qui devaient régner en cette matière; puisque l'Édit rappelle aux Magistrats les limites territoriales de leur juridiction, ainsi que les bornes de leur compétence; et il est bien permis de penser que ceux qui étaient chargés de dire le droit s'en écartaient trop souvent, puisque l'Édit permet aux parties lésées la désobéissance. Ce droit exorbitant était-il, à l'encontre des Magistrats en faute, un dernier vestige de la justice privée des temps

²¹ Ulpien, L. 12, D. de Jurisdictione (2.1).

²² Mainz, Cours de Droit romain, t. I, p. 376, 4.

²³ Paul, loc. cit. et L. 5, D. de Officio ejus... (1.21).

²⁴ Papinien, L. 1, D. de Officio ejus... (1.21).

primitifs, qui, en cas de poursuites, devait, à l'époque de Julien, avoir pour juge souverain l'Empereur ?

Enfin, l'Édit fixe la compétence d'après la valeur demandée et non d'après le chiffre de la dette.

§ 6. Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

L. un. Quod juris in aliquem statuerit is qui jurisdictioni præest, quodque novi juris quis ab eo obtinerit, ut is eodem jure utatur, quandoque adversario postulante; præterquam si quis eorum contra eum fecerit qui ipse eorum quid fecisset.

Ulpien (Lib. 3 ad Ed.) L. 1, § 1. 2, L. 3, pr. Gaius (Lib. 1 ad Ed. prov.), L. 4, D. h. t.

Qu'un Magistrat, à la demande de son adversaire, use pour lui-même du droit qu'il a appliqué ou du droit nouveau qu'il a obtenu, à moins que son adversaire n'ait fait contre lui ce que lui-même a fait contre son adversaire.

15. Les Magistratures romaines étaient annuelles. Au terme de ses fonctions, le Magistrat redevenait simple citoyen et justiciable. Dès lors, il était naturel que ceux, avec qui il avait une contestation, demandassent qu'on appliquât contre lui les décisions qu'il avait rendues comme Magistrat. Rien n'était plus juste, et Ulpien a raison de s'écrier¹ : Qui donc refusera d'être jugé comme il aura jugé lui-même ou fait juger les autres (*Quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici efficit*).

Néanmoins, nous devons croire que les Romains du second siècle étaient peu différents des rudes, égoïstes et rapaces contemporains de Claudius, puisque Julien se crut obligé à insérer dans l'Édit une règle à cet égard; et que

¹ Ulpien (Lib. 3, ad Ed.), L. 1, D. *quod quisque juris* (2.2).

Paul ² a pu dire : On a voulu par cet Édît punir la mauvaise foi des Magistrats (*Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri*).

Mais pour que l'Édît fût appliqué, il fallait que l'ancien Magistrat eût rendu une décision effective ; un simple projet, une opinion émise ne le faisaient pas tomber sous le coup de l'Édît ³. Une pensée ne saurait être punie (*Cogitationis pœnam nemo patitur* ⁴).

16. L'Édît provincial avait apporté à cette règle une exception que Gaius révèle en ces termes ⁵ : *præterquàm si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset*. C'est-à-dire que, dans ce cas, les parties sont simplement renvoyées dos à dos. *Et recte!* dit Gaius, car c'est afin que le Préteur, en voulant défendre l'Édît, ou le demandeur, en cherchant à obtenir l'avantage qu'il procure, *ne in pœnam ipsius edicti committat*.

§ 7. De Albo corrupto.

L. 1. In eum, eamve, qui quæve id, quod jurisdictionis perpetuæ causâ in albo propositum erit, dolo malo corruerit, quingentorum aureorum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 3 ad Ed.) L. 7 pr.
D. de jurisdictione (2.1).

L. 2. Si servi aut filii familias corrupisse dicantur, de eadem re in solidum adversus singulos judicium dabo.

Ulpien, L. 7, § 1, *cod*.
Paul (Lib. 3 ad Ed.) L. 9, *cod*.

Je donnerai action jusqu'à cinquante pièces d'or contre celui ou celle qui aura lacéré par dol ce qui aura été inscrit dans l'album du Préteur relativement à sa juridiction générale.

Si des esclaves ou des fils de famille sont déclarés être les auteurs de ces lacérations, je donnerai action solidairement contre chacun des coupables.

² Paul, L. 2, D. *eod*.

³ Ulpien, L. 1, § 2, *eod*.

⁴ Ulpien (Lib. 3, ad Ed), L. 18, D. de pœnis (48.19).

⁵ Gaius (Lib. 1, ad Ed. prov.), L. 4, D. quod quisque juris (2.2).

17. L'action était donnée contre le Père ou le Maître. Mais, à la différence de ce qui se passait dans l'action de vol, si plusieurs esclaves du même maître avaient commis le délit, il n'en était pas quitte pour payer au nom d'un seul des coupables, il était tenu de payer pour chacun d'eux ; probablement, dit Paul ¹, parce qu'il y avait là une atteinte portée à la majesté du Préteur. Cependant on pouvait venir au secours du maître dans le cas où tous les esclaves avaient conseillé le délit à l'un d'entre eux, qui seul l'avait commis, parce qu'alors il n'y avait qu'un seul conseil donné et non plusieurs faits accomplis (*Quia tunc unum consilium sit, non plura facta* ²).

18. Cette action est populaire ³.

FORMULE

Index esto. Si paret N^m N^m (Stichum-familiam ⁴ Nⁱ Nⁱ) id quod jurisdicundi causa in albo (in charta vel in alia materia) propositum (utilis : proponendum paratum) fuit, dolo malo corrupisse (utilis : corrumpendum mandasse ⁵, curavisse, sustulisse), Judex N^m N^m A^o A^o sestertiorum quingentorum milium nummorum condemnato, si non paret absolvito.

§ 8. Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

L. un. Si quis jus dicenti non obtemperaverit, quanti ea res erit, intra annum adversus eum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 1 ad Ed.) L. 1, pr.
D. *Si quis jus dicenti...* (2.3).

Si quelqu'un n'obéit pas aux Magistrats, je donnerai action contre lui dans l'année, jusqu'à concurrence de l'intérêt que le demandeur a dans l'affaire.

¹ Paul (Lib. 3, ad Ed.), L. 9. D. *de jurisdictione* (2.1).

² Paul, *eod.*

³ Ulpien (Lib. 3, ad Ed.), L. 7, h. t.

⁴ Ulpien, L. 7, pr., § 1.2.

⁵ Ulpien, *eod.*, § 5.

19. Cette action était pénale et par conséquent personnelle. Elle ne passait pas contre les héritiers, et s'éteignait par l'expiration de l'année.

Tous les Magistrats, dit Ulpien ¹, ont le droit de faire respecter leur autorité, et de prononcer des peines pour punir les contraventions à leurs décisions. Il fait pourtant une exception pour les *Duumviri juri dicundo*, Magistrats municipaux, dont la compétence était extrêmement bornée. Il est probable que, comme nos Juges de Paix actuels, ils ne pouvaient pas connaître de l'exécution de leurs sentences, dont la connaissance était portée devant le Président de la Province. Nous retrouverons ces Duumvirs dans la suite de cette étude ².

§ 9. De Edendo.

L. 1. Actionem, quâ quisque agere volet, itemque instrumenta, quibus in judicio uti oportebit, adversario edere cogam, sine die et Consule.

Ulpien (Lib. 4 ad Ed.) L. 1, pr. § 1.2, L. 6, § 7. D. de edendo (2.13).

Paul (Lib. 3 ad Ed.) L. 8 D. de verb. sign. (50.16).

Si quelqu'un veut intenter une action, je le forcerai de la notifier à son adversaire, ainsi que les titres dont il devra se servir devant le Juge, sans être obligé d'indiquer la date, ni le nom du Consul en charge.

20. Le demandeur doit faire connaître au défendeur la nature de l'action qu'il a l'intention d'intenter contre lui, car il est juste que celui-ci sache s'il doit acquiescer ou contredire; et tout plaideur doit notifier à son adversaire les pièces dont il entend se servir au cours du procès ¹. C'est là un principe de justice.

¹ Ulpien, L. 1, pr., D. h. t.

² *Supra*, n° 3. *Infrâ*, t. II. n° 73½ et sq.

¹ Ulpien, L. 1. pr., D. h. t.

Mais un plaideur ordinaire ne doit pas dater les pièces qu'il notifie, à l'exception de celles qui contiendraient une indication de paiement ². Il en est autrement du Banquier (*Argentarius*), que l'Édit traite plus sévèrement, parce qu'il a le caractère d'officier public (*Quia officium eorum atque ministerium publicam habeat causam* ³).

L. 2. *Argentariæ mensæ exercitores rationes, quæ ad se pertinent, edant, adjecto die et Consule, iis, qui id postulabunt, si prius juraverint non columniæ causâ petere.*

Ulpien, L. 4, pr. L. 6, § 2, D. h. t.

Paul (L. 3 ad Ed.) L. 9, § 3, D. h. t.

Ceux qui exercent la profession de banquier doivent produire leurs comptes à ceux qui les demandent, en ajoutant la date et le nom du Consul, si l'adversaire du banquier a préalablement juré que ce n'est pas par esprit de chicane qu'il fait cette demande.

21. Les Banquiers ouvraient des comptes courants par doit et avoir aux Citoyens. Nous trouvons au Digeste un exemple d'arrêté de compte envoyé par un *Argentarius* à un de ses clients ⁴ :

Ex ratione mensæ, quam mecum habuisti in hunc diem ex contractibus plurimis, remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octoginta sex.....

Il résulte du compte de banque que vous avez eu avec moi pour plusieurs affaires faites jusqu'à ce jour, que vous devez à ma banque trois cent quatre-vingt-six.....

Nous avons dit plus haut que les pièces de procédure et les titres doivent être notifiés à la partie adverse, sans contenir la date du jour où ces pièces ont été dressées, ni le nom du Consul en charge. Ulpien en donne une assez pauvre raison : c'est afin qu'on n'invente pas une date et le nom d'un Consul ou qu'on n'en tire pas de fâcheuses conséquences, et qu'on n'antidate pas (*Ne quid excogitetur e die*

² Ulpien, L. 1, § 2, D. h. t.

³ Gaius (Lib. 1, ad Ed. prov.). L. 10, § 1, h. t.

⁴ Scevola, L. 47, § 1, D. *de pactis* (2.14).

et Consule, et prælato die fiat⁵). Nous avons dit aussi que cette disposition ne concerne pas les actes qui contiennent une indication de payement ; car le jour du payement, comme la somme due, fait partie de la stipulation (*Nam dies solutionis, sicuti summa, pars est stipulationis*⁶). Il en est de même des comptes que doivent fournir les Banquiers à la demande de leurs clients, ils doivent être datés, parce que les recettes et les dépenses ne peuvent pas être constatées autrement (*Quoniam accepta et data non aliàs possunt apparere, nisi dies et Consul fuerit editus*⁷).

Toutefois, le Prêteur a pris une précaution contre les demandes indiscrettes qui peuvent être adressées au Banquier : il a le droit d'exiger que son adversaire jure qu'il n'agit pas par esprit de chicane (*calumniæ causâ*).

FORMULE

Judex esto. Quantæ pecuniæ paret A¹ A¹ interesse argentariæ mensæ rationes, quæ ad A^m A^m pertinent, cum id ab illo prætore decretum esset, dolo malo Nⁱ Nⁱ exhibitas non fuisse, si A^s A^s juravit non calumniæ causâ se postulare ut exhibeantur, neque plus quam annus est postea quam ab illo prætore id decretum fuit, tantam pecuniam, Judex. N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

22. Mais d'un autre côté, il est juste de prendre des précautions contre le mauvais vouloir des Banquiers, soit vis-à-vis les uns des autres, soit vis-à-vis de leurs clients.

L. 3. Argentario, eive, qui iterum edi postulabit, causâ cognitâ, edi jubebo.

Ulpien, L. 6, § 8 et s. D. h. t.
Paul, L. 7. D. h. t.

Après examen, j'ordonnerai qu'il soit remis un relevé de compte à un Banquier (par un autre Banquier) ou un duplicata du compte à celui qui en demandera un.

⁵ Ulpien, L. 1, § 2, D. de edendo (2.13). Modestin, L. 28, D. de Lege Cornelia de falsis (48-10). Ulpien, L. 2, § 6, D. testamenta quemadmodum aperiantur (29.3).

⁶ Ulpien, L. 1, § 2, D. de edendo (2.13).

⁷ Ulpien, eod.

En règle générale, le Préteur ne veut pas que, sans de bonnes raisons, on puisse demander une seconde fois notification de pièces déjà signifiées⁸. Pour l'obtenir, il faut que les pièces, déjà reçues, soient dans un lieu éloigné, perdues, ou qu'elles soient reconnues imparfaites⁹.

D'autre part, si le banquier ne peut pas refuser à un client l'état de son compte, il ne peut pas demander à celui-ci qu'il l'établisse, parce que, dit Ulpien, il est absurde d'admettre qu'étant obligé lui-même de fournir le compte, il demande qu'on le lui donne; et parce qu'ensuite il est instruit par ses livres des opérations qui ont été faites¹⁰.

Mais un Banquier peut avoir à demander un compte à un autre Banquier. Le Préteur ne veut pas que cette prétention soit admise sans examen, de même que les demandes de *duplicata* par toute personne. Aussi, dans ces deux cas, le Préteur se réserve de statuer, après avoir pris connaissance des motifs invoqués à l'appui de la demande.

23. Enfin l'Édit prend une précaution contre ceux, qui, obligés de produire des pièces, ne le feraient pas par dol.

L. 4. Si quis dolo malo non ediderit, quanti agentis intersit non edidisse, causâ cognitâ, in eum actionem dabo.

Ulpien, L. 6, § 4. L. 8, pr. et § 1. D. h. t.

Gaius (Lib. 1 ad Ed. prov.) L. 10, § 3. D. h. t.

Si quelqu'un ne notifie pas par dol les pièces dont il veut user, après avoir pris connaissance de l'affaire, je donnerai contre lui action pour l'intérêt que l'autre partie avait à cette production.

Cette disposition était sans doute générale, mais elle paraît avoir eu en vue surtout le Banquier¹¹, qui se rend

⁸ Ulpien, L. 6, § 10, D. h. t.

⁹ Paul. L. 7, pr., D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 6, § 9, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 8, pr., D. h. t.

coupable de dol, lorsqu'il fournit un compte méchamment conçu ou incomplet (*Qui malitiose edidit et in totum non edidit*).

L'action donnée est mesurée sur l'intérêt qu'avait l'adversaire du coupable; c'est-à-dire que le Banquier qui, par dol, ne produit pas le compte qui lui est demandé, est condamné à payer à son adversaire une somme proportionnée à l'intérêt qu'avait celui-ci à avoir ses pièces, quand le Prêteur lui a ordonné de les présenter, et non à son intérêt actuel¹³.

24. De ce que l'Édit paraît avoir eu un caractère général, il ne s'ensuit pas qu'il s'adresse à toutes les personnes qui, pour des motifs particuliers, sont obligées de présenter des comptes. Ainsi un mandataire, un associé qui a administré les affaires de la société, un tuteur, sont tenus assurément de produire leurs comptes, mais ce n'est pas en vertu de l'Édit, attendu qu'on a contre eux l'action de mandat, l'action de société ou l'action qui naît de la tutelle¹⁴.

24 (*bis*). Ces dernières dispositions de l'Édit ne concernent pas les femmes, parce que l'office de Banquier leur est interdit¹⁵.

25. Quand un Banquier intente une action contre un de ses clients, il ne doit demander que la différence entre ce qu'il doit lui-même à son débiteur et ce que celui-ci lui doit. S'il demande plus, s'il ne fait pas insérer la compensation dans l'*intentio* de la formule qu'il sollicite, il encourt la déchéance pour plus-pétition¹⁶.

¹³ Ulpien, L. 8, § 1, D. h. t. Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.), L. 10, § 3, D. h. t.

¹⁴ Paul. L. 9, pr., D. h. t.

¹⁵ Callistrate (L. 1, ad Ed. Monit.), L. 12, D. h. t.

¹⁶ Gaius. IV, 64, 68.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m non edidisse (malitiose edidisse — in totum non edidisse), quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

N.B. Le Banquier, qui promet de payer à quelqu'un une somme d'argent pour un de ses clients, est passible de l'action *receptitia* ¹⁶.

§ 10. De Pactis.

L. un. Pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.

Ulpien (Lib. 4 ad Ed.) L. 7, §§ 7, 11. *D. de pactis* (2.14).

Je respecterai les pactes qui seront faits sans dol, qui ne seront pas contraires aux Lois, aux Plébiscites, aux Sénatus-consultes, aux Édits, aux Décrets des Princes, et ne seront pas faits dans le but d'éluider ces dispositions légales.

26. En principe, les pactes ne produisent des actions qu'autant qu'ils ne conservent pas cette dénomination, mais qu'ils prennent le nom d'un contrat : vente, louage, société, commodat, dépôt et autres semblables ¹.

Pourtant, on a fini par admettre que, s'il y a exécution par une partie, il en résulte pour l'autre une obligation, qui a sa cause dans cette exécution, et qui donne naissance à une *Condictio ob causam datorum* ou *Condictio causà datà causà non secutà*, au moyen de laquelle celui qui a exécuté peut répéter ce qu'il a donné, dans le cas de la dation d'une chose, et à une *Condictio incerti* dans le cas des hypothèses présentées par Paul : *Do ut des, do ut facias ; facio ut des, facio ut facias* ².

¹⁶ Voir *infra*, n° 293.

¹ Ulpien, L. 7, pr., § 4, D. h. t.

² Paul, L. 5, D. *de præscriptis verbis* (19.5).

C'est là un des principaux cas d'application de la *Prescriptio*. Dans la nécessité où l'on était d'indiquer la cause de l'obligation, et en présence de l'impossibilité de le faire dans la *demonstratio*, dans laquelle on distinguait par son nom le rapport obligatoire qui donnait lieu aux actions vulgaires, on remplaça la *demonstratio* par une *prescriptio*, dans laquelle on pouvait exposer les faits dont on voulait faire découler l'obligation. De là la *præscriptis verbis actio*, l'action *in factum præscriptis verbis* ³.

C'était assurément un grand progrès. Mais le Préteur devait aller plus loin, en déclarant dans l'Édit qu'il respectera les pactes, toutefois sous certaines réserves.

L'Édit divise les pactes, auxquels il refuse toute valeur, en deux catégories : ceux qui sont entachés de dol, et ceux qui sont contraires aux lois, plébiscites, sénatus-consultes, édits, décrets des princes, ou faits en fraude de ces dispositions légales.

27. Il y a dol dans une convention toutes les fois que, pour tromper quelqu'un, on convient d'une chose en feignant de convenir d'une autre (*Aliud agitur, et aliud agi simulatur* ⁴).

La proscription du dol n'a pas seulement pour objet les relations privées; il y a là en jeu un intérêt de moralité publique. Aussi est nulle la convention par laquelle un des contractants stipulerait qu'il ne répondra pas de son dol (*Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur* ⁵).

28. Pour le même motif, les conventions qui ont une cause honteuse ne doivent pas être exécutées ⁶, et celles qui sont contraires aux règles du droit civil, ne sont pas ratifiées par le Préteur (*contra juris civilis regulas*

³ Gaius, IV, 130, 131 : *Infrà*, n° 361.

⁴ Ulpien, L. 7, § 9, D. h. t.

⁵ Paul (Lib. 3, ad Ed.), L. 27, § 3, D. h. t.

⁶ Paul, *eod.* § 4.

*pacta conventa rata non habentur*⁷). C'est pour cela qu'on ne peut pas, par une convention, renoncer au droit de famille (*jus adgnationis non posse pacto repudiari*⁸), ou à une succession future; ni modifier les obligations de droit public (*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*⁹); ni convenir avec quelqu'un qu'on n'intentera pas contre lui l'action de vol ou d'injures, dans le cas où il s'en rendrait coupable¹⁰. C'est pour cela encore que, si les défenseurs des procès peuvent réclamer leurs avances, il leur est interdit de convenir qu'ils auraient une part dans le gain du procès¹¹. Et, dans tous ces cas, la promesse par serment que ferait un contractant de ne pas réclamer son droit, n'aurait aucune valeur¹².

29. Mais, tout en déclarant qu'il entend respecter les pactes qui ne seront pas affectés d'un des vices qu'il indique, l'Édit ne pouvait aller, à cette époque, jusqu'à enlever à une simple convention, le caractère que lui avait donné le génie juridique des Romains.

Une simple convention, sans *causa civilis*, ne peut être qu'un *nudum pactum*, impuissant à créer une obligation¹³. Or, la cause peut résider, soit dans la nature de l'engagement, comme dans les contrats consensuels pourvus d'une action; soit dans sa forme, comme dans la stipulation, le contrat *litteris*; soit dans l'exécution par l'un des contractants. Dans les conventions qui se spécialisent (*qui transeunt in proprium nomen contractus*), la *causa civilis* est dans la nature de l'engagement; dans celles qui *in alium contractum non transeunt*, elle réside dans l'exécution. Si

⁷ Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.), L. 28 pr, D. h. t.

⁸ Modestin, L. 34, D. h. t.

⁹ Papinien, L. 38, D. h. t.

¹⁰ Paul, L. 27, § 4, D. h. t.

¹¹ Gaius, L. 53, D. h. t.

¹² Ulpien, L. 7, § 16, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 7, § 4, D. h. t.

donc une convention est ajoutée à un contrat, mais à un contrat de bonne foi, au moment où il vient d'être conclu, elle a sa cause dans ce contrat, dont elle fait en quelque sorte partie ; mais, si elle est faite après, plus tard, pour modifier le contrat conclu antérieurement, on ne peut plus dire que c'est le contrat qui est sa cause. Si la convention emprunte une des formes du droit civil, la cause qui oblige est précisément cette forme ; et il n'y a plus de cause, il n'y a plus qu'un motif dépourvu de sanction, si un simple consentement a été donné au sujet d'une prestation à faire ou à ne pas faire. L'exécution seule pourra le transformer en obligation.

30. Mais si l'Édit n'a pas pu aller jusqu'à donner au simple pacte force obligatoire, du moins la généralité de ses termes ne sera pas un miroir trompeur. Le *nudum pactum* produira une exception, à l'aide de laquelle le défendeur pourra repousser l'action de son adversaire¹⁴. Si le simple pacte ne donne pas une action, c'est qu'on n'a pas voulu que des pactes privés pussent détruire les actions créées par la Loi ou par le Préteur¹⁵.

31. Toutefois, on finit par admettre que l'effet des *pacta ex intervallo* devait varier, selon qu'ils devaient avoir pour résultat de diminuer l'obligation ou de l'augmenter. Dans ce dernier cas, ils n'avaient aucune valeur. Lorsqu'ils tendaient à diminuer l'obligation, ils agissaient *ipso facto*¹⁶.

¹⁴ Ulpian, *eod.* et § 5, *in fine*.

¹⁵ Pomponius, L. 27, D. R. J. (80-17).

¹⁶ Papinien. L. 72, pr., D. *de contrahendâ emptione* (18.1).

TITRE II

DE IN JUS VOCANDO

31 bis. Appeler en justice, c'est assigner devant le Magistrat pour faire décider le Droit (*In jus vocare est juris experiundi causa vocare*¹).

§ 1. De his qui in jus vocari non possunt.

L. 1. In jus vocari non oportet, Consulem, Præfectum, Prætozem, Proconsulem, neque cæteros Magistratus qui imperium habent, nec Pontificem dum sacra facit, nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt, nec eum qui causa publica transvehatur, nec eum qui uxorem ducat, nec eam qui nubat, nec Judicem dum re cognoscat, nec eum dum quis apud Prætozem causam agit, neque funus ducentem familiare justave mortuo facientem.

Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæ, in jus sine permissu meo ne quis vocet.

Ulpien (Lib. 5 ad Ed.) L. 2 et 4, § 1. D. de in jus vocando (2.4).

L. 2. Si quis adversus ea fecerit, rem quinquaginta aureorum iudicium intra annum dabo.

Ulpien, L. 24 ad.

On ne doit pas appeler en justice un Consul, un Préfet, un Préteur, un Proconsul, ni les autres Magistrats revêtus de l'*Imperium*, ni un Pontife pendant qu'il fait les sacrifices, ni ceux qui par devoir ne peuvent pas quitter leur poste, ni celui qui s'est absenté pour un service public, ni l'homme ou la femme qui se marie, ni le Juge pendant son audience, ni celui qui défend une cause devant le Préteur, ni ceux qui assistent aux obsèques d'un membre de leur famille.

Que personne n'appelle en justice sans ma permission, son parent, son patron, sa patronne, les enfants ni les parents de son patron, ni ceux de sa patronne.

Je donnerai action dans l'année, jusqu'à cinquante écus d'or, contre celui qui aura contrevenu à ces dispositions.

¹ Paul (Lib. 4, ad Ed), L. 1, D. de in jus vocando (2.4).

32. L'Édit établit deux catégories de personnes qu'il n'est pas permis d'appeler en justice. Pour les unes, la défense est absolue; pour les autres, la permission du Préteur est nécessaire. Dans la première catégorie figurent les Magistrats revêtus de l'*Imperium*, qui représentent la communauté sociale; et ceux qui, en raison de leurs fonctions ou de leurs occupations, ne peuvent pas être momentanément assignés. Dans la seconde sont compris les parents, c'est-à-dire les membres de la famille principale et ceux de la famille accessoire. Il en est de même des parents adoptifs, tant que dure l'adoption¹.

Ces dispositions reposent sur ce principe qu'on ne peut en général assigner les personnes à qui on doit du respect², ou déranger celles qui remplissent un office ou un devoir.

C'est à propos de l'appel en justice que Paul et Gaius³ rappellent les règles relatives à l'inviolabilité du domicile. La maison d'un citoyen est pour lui un asile sûr et inviolable; on se rendrait coupable de violence, si on l'arrachait de chez lui pour le conduire devant le Magistrat. Un homme qui reste caché sans se défendre est assez puni par l'envoi de son adversaire en possession de ses biens. Si on le trouve hors de chez lui, on peut le citer, mais non l'arracher de sa demeure.

33. Le Préteur avait-il une certaine latitude dans l'application de la pénalité? L'Édit paraît s'être exprimé en termes absolus, ou du moins Paul remarque que le Préteur n'avait pas ajouté les mots *causà cognità* (*quamvis non adjiciat Prætor causà cognità se pænale judicium daturum*⁴),

¹ Ulpian, L. 10, § 7, D. h. t.

² Modestin, L. 13, D. h. t.

³ Gaius (Lib. 1, sur la loi des XII tables), L. 48, D. h. t., et Paul (Lib. 1, ad Ed), L. 49 et 21, D. h. t.

⁴ Paul (Lib. 4, ad Ed), L. 11, D. h. t.

ce qui laisserait supposer que, puisqu'il ne devait pas prendre connaissance de l'affaire, il n'avait qu'à prononcer la condamnation, une fois le fait prouvé. Mais Paul cite l'opinion de Labéon qui était d'avis que le Préteur devait user de modération, par exemple si un affranchi se repent d'avoir assigné son patron et abandonne l'instance..., bien que les termes de l'Édit n'admettent pas ce tempérament (*licet edicti verba non patiantur*). Ce qui donnerait lieu de penser que le Préteur s'était interdit la faculté de prendre connaissance de l'affaire et de juger *ex æquo et bono*, c'est que Ulpien⁵ dit que si un affranchi demande au Préteur la permission d'assigner son patron, le Préteur doit statuer sur cette demande en connaissance de cause (*totum hoc, causâ cognitâ, debet facere*); tandis qu'il ne dit rien de semblable pour le cas d'une assignation directe donnée par un affranchi à son patron.

34. Mais il n'y a pas lieu d'appliquer la pénalité, si la personne, indûment assignée, comparait volontairement et renonce à se prévaloir de sa qualité.

FORMULE

Recuperatores sunt. Si paret illum Patronum ab illo Patroni ejus liberto contra Edictum illius Prætoris (in hoc anno) in jus vocatum esse, Recuperatores illum libertum illi Patrono quinquaginta aureorum Condemnate, si non paret absolvite (Gaius IV, 46).

§ 2. In jus vocati ut eant, et qui neque sequantur, neque ducantur.

L. 1. Ex quâcumque causâ, ad eum, qui jurisdictioni præest, in jus vocatus venire debet.

Paul (Lib. 1 ad Ed.) L. 2 pr. D. *si quis in jus vocatus...* (2.5).

Celui qui est appelé devant le Magistrat doit s'y présenter, quelle que soit la cause de l'assignation.

⁵ Ulpien (Lib. 5. ad Ed.) L. 10, § 12, D. h. t.

§ 2. D. IN JUS VOCATI UT EANT, ET QUI NEQUE..... (2.5). 35

L. 2. Si quis in jus vocatus non ierit, causâ cognitâ, multâ eum coercebo. Si celui qui est appelé en justice ne comparait pas, je le condamnerai à une amende.

Paul, L. 2, § 1. D. *cod.*

35. C'est un principe admis par toutes les législations que celui qui est appelé devant la justice doit s'y présenter. Si cet appel est inconsideré, la Loi punit le plaideur téméraire.

Lorsque celui qui est assigné ne se présente pas, il est censé reconnaître la légitimité de la demande, et dès lors, il est juste qu'il soit condamné tout au moins aux frais. Ce principe se trouve déjà dans Papinien¹. Ne faut-il pas d'ailleurs que le Magistrat sache s'il est compétent, et comment le saurait-il en l'absence du défendeur² ?

36. Ce n'est qu'après avoir pris connaissance de l'affaire (*causâ cognitâ*) que le Magistrat punit de l'amende le défendeur défailant, ce qui implique la faculté pour lui d'être indulgent. Il en est encore ainsi dans la procédure française. Mais, dans la pratique, l'art 150. C. pr. est à peu près lettre morte.

37. Quant à la témérité des plaideurs, elle était réprimée à Rome plus ou moins sévèrement suivant la gravité des faits³. Il n'en est pas de même en France où le plaideur téméraire est puni tantôt d'une façon insignifiante, tantôt avec une inflexibilité inique. L'amende de 10 francs, à laquelle est condamné l'appelant qui succombe devant la Cour d'appel est une mesure illusoire qui n'arrête jamais personne; tandis que le demandeur en cassation, dont le pourvoi, admis par la Chambre des requêtes, est repoussé par la Chambre civile, non seulement perd 165 francs

¹ Papinien. L. 78, § 2, D. de *legatis* 2 (31).

² Paul (Lib. 1, ad Ed), L. 2, pr. D. *si quis in jusvocatus* (2.5).

³ Gaius, IV, 174 et s.

qu'il a dû consigner, mais est encore condamné à une seconde amende égale à la première, en tout 330 francs, bien qu'il soit impossible de voir de la témérité dans son pourvoi ⁴.

38. On trouve dans le Droit de Justinien des dispositions plus conformes au bon sens et à la justice. Il suffit de lire aux Institutes le titre 16 du livre 4 : *de pœna temere litigantium*. De plus, Justinien avait adopté une constitution de Zénon ⁵, qui décidait qu'un plaideur de bonne foi ne doit pas être condamné aux frais, quand il n'y a vraiment pas témérité dans son action et que la question est au moins douteuse (*Si judex inveniatur eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem*). Chaque partie supportait donc les dépens qu'elle avait faits.

39. Lorsque le défendeur, après avoir donné caution de se présenter, ne comparait pas et n'est pas défendu, le Préteur envoie le Créancier demandeur en possession de ses biens ⁶.

39 bis. Mais il est des personnes qu'il n'est pas permis de conduire devant la justice et qui peuvent refuser de suivre leur adversaire.

L. 3. Si quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit, qui vocatus erit neque sequatur, neque ducatur.

Valère-Maxime, II, 1, 5.

Gaius (ad Ed. Prætoris urbani titulo qui neque sequantur, neque ducantur) L. 48, D. de Verb. Sign. (50.16).

Si on appelle en justice quelqu'un qui d'après l'Édit n'aurait pas dû être assigné, que celui qui aura été ainsi appelé ne suive pas son adversaire et ne soit pas conduit devant le Magistrat.

C'est l'application pure et simple de l'Édit ⁷.

⁴ Bonjean, *Traité des actions*, t. II, p. 570.

⁵ Zénon. L. 5. C. J. de fructibus et litium expensis (7.51).

⁶ Infra, n° 57. 129. 134, t. II. 855 et sq.

⁷ Supra, 1^{er} § de ce titre.

§ 3. De Cautione judicio sistendi et Vadimonio deserto.

L. 1. Qui in jus vocatus est, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se sisti. Si certo die non erit, adversus eum judicium dabo.
Gaius, IV, 185.
Infra, t. 2, n° 1189.

Celui qui est appelé à comparaitre devant le Préteur doit proposer à son adversaire un *vadimonium*, c'est-à-dire promettre de se présenter. S'il ne comparait pas au jour fixé, je donnerai action contre lui.

40. L'expression *Cautio judicio sistendi*, qu'on lit dans la rubrique de ce paragraphe et que nous trouverons plus bas (infra : Loi 11), est relativement moderne. Gaius, pour exprimer la même idée, n'emploie que le mot *Vadimonium*. Le *Vadimonium* et la *Cautio judicio sistendi* sont en effet une seule et même chose, c'est-à-dire la promesse, bien que garantie d'une manière différente, de se présenter devant la Justice au jour indiqué. Mais ce qu'il ne faut pas confondre, c'est la promesse faite avant toute comparution, et l'engagement pris *in jure*, après que les parties se sont déjà rencontrées devant le Préteur¹. Gaius, il est vrai, ne parle que du *Vadimonium in jure*, toutefois s'il s'agissait non pas de la chose jugée, mais d'une simple prétention du demandeur, et qu'au moment de l'*in jus vocatio*, le défendeur refusât de se rendre devant le Magistrat, il est de toute évidence qu'il pouvait promettre de se présenter à jour fixe. Les deux premiers paragraphes de la première des lois des XII tables, ne laisse aucun doute à cet égard.

Si la promesse a été faite *extra jus*, la défaillance du défendeur le fait supposer *indefensus*, et il est traité comme s'il avait été condamné ; il doit payer le montant du *Vadi-*

¹ et ² Bonjean, *loc. cit.*, t. I, p. 432.

monium (*Vadimonium desertum*), et son adversaire peut user contre lui de toutes les voies de droit ³.

41. Le *Vadimonium* s'accomplissait de quatre manières ⁴ : 1° simplement, sans caution (*purum id est sine satisfactione*); c'est-à-dire qu'on se contentait d'une simple promesse. 2° Avec caution (*cum satisfactione*), le défendeur donnait un fidéjusseur. 3° Avec serment (*jurejurando*), il ajoutait à sa promesse le serment de comparaître. 4° Par la nomination de Récupérateurs (*Recuperatoribus suppositis*), qui avaient pour mission de condamner le défaillant au montant du *Vadimonium*. Ces quatre modes concernent le *Vadimonium in jure*.

Le chiffre du *Vadimonium* est en rapport avec l'objet de la demande ⁵. En principe, il s'élève à la valeur de ce que le Créancier a juré demander de bonne foi et non par esprit de chicane (*quanti actor juraverit non calumniæ causâ postulare*); mais en général il est fixé à la moitié de la somme demandée et ne doit jamais s'élever à plus de cent mille sesterces. Or le sesterce valait environ 19 centimes de notre monnaie. Cent mille sesterces valaient 19,000 francs. La garantie, donnée au créancier, était donc des plus sérieuses. Toutefois le défaillant pouvait se faire relever des effets du *Vadimonium desertum*, en invoquant des motifs légitimes d'excuse ⁶.

Le *Vadimonium* a pour but la comparution du défendeur : il est donc une phase de l'*in jus vocatio*; et dès lors les personnes qu'on ne peut pas appeler en justice, ne peuvent pas être obligées malgré elles au *Vadimonium*. (*Easdem nec Vadimonio invitas obligare possumus* ⁷.)

³ Voir infra, n° 57.

⁴ Gaius, IV, 185.

⁵ Gaius, eod. 186.

⁶ Ulpien. L. 2. Paul, L. 5, §§ 1, 2. Gaius, L. 8, D. *si quis cautionibus in judicio sistendi causâ factis non obtemperaverit* (2.11).

⁷ Gaius, IV, 187.

Le *Vadimonium* peut se faire *cum satisfactione*. Mais le défendeur n'est pas libre dans son choix ; des conditions sévères lui sont imposées.

L. 2. Fidejussor judicio sistendi causâ pro rei qualitate locuples datur.

Paul (Lib. 1 ad Ed.) L. 1 D. in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent (2.6).

Que le Fidéjussor, donné pour garantir la comparution du défendeur, soit riche en proportion de l'importance de la demande.

42. Le *Fidejussor* est une création prétorienne^o qu'il ne faut pas confondre avec l'ancien *Vindex* prenant la cause en main, se chargeant du procès, dégageant celui contre qui on exerce la *manus injectio*, soit *extra jus*, soit *in jure*. Le *Fidejussor judicio sistendi causâ* s'oblige seulement à faire représenter le défendeur au jour fixé. Il n'est pas responsable du procès, mais seulement de la comparution ; si le défendeur meurt auparavant, il est libéré^o ; tandis que le décès du défendeur ne déchargeait pas le *Vindex*, pas plus que la mort d'un débiteur ne libérerait aujourd'hui sa caution.

Mais le *Vindex* et le *Fidejussor judicio sistendi causâ* ont un rapport commun : ils doivent être solvables, et la solvabilité de ce *Fidejussor* doit être en proportion de l'importance de l'affaire (*pro rei qualitate*).

FORMULE

Recuperatores sunt. Si paret N^m N^m, cum ab A^o A^o ad illum Prætozem in jus vocatus esset, neque venisse, neque vadimonium Romam ex decreto ejus, qui Mutinæ jure dicundo præfuit, promisisset aut vindicem locupletem non dedisset, Recuperatores, N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia c. s. n. p. a.

^o Paul (Lib. 1, ad Ed), L. 1. D. in jus vocati (2.6).

^o Paul (Lib. 4, ad Ed), L. 4, D. qui satisfacere (2.8).

43. Toutefois à cette règle il y a des exceptions, et il est tenu compte de la nature des biens du Fidéjusseur présenté, de la qualité des personnes et des circonstances.

L. 3. Si quis Parentem, Patronum, Patronam, liberos aut Parentes Patroni Patronæ, liberosve suos, eumve quem in potestate habebit, vel uxorem, vel nurum, in judicium vocabit, qualiscumque fidejussor judicio sistendi causâ accipiat.

Ulpien (Lib. 5 ad Ed.) L. 2, § 2.

D. qui satisdare cogantur (2.8).

Paul (Lib. 1 ad Ed.) L. 1. *D. in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent* (2.6).

Ulpien (Lib. 5 ad Ed.) L. 4, § 1.

D. de in jus vocando (2.4).

Callistrate (Lib. 1 ad Ed. mon.)

L. 2. *D. in jus vocati* (2.6).

Si quelqu'un appelle en justice son ascendant, son Patron, sa Patronne, les enfants ou les Parents de son Patron ou de sa Patronne, ou celui qu'il a sous sa puissance, ou son épouse, ou sa bru ; qu'un Fidéjusseur quelconque soit accepté.

Paul ¹⁰ donne pour raison de cette règle que le Fidéjusseur, offert par les personnes qui tiennent à nous par un lien étroit de parenté, de clientèle (*personæ necessariæ*), doit être considéré comme suffisamment riche (*pro locuplete accipitur*). Sans doute ! mais c'est résoudre la question par la question. Le vrai motif est dans le principe qui défend d'assigner ces personnes sans la permission du Préteur.

Et si un fils, un client, un mari..., ayant appelé en Justice, père, patron, épouse..., qui comparaitrait volontairement, refuse de recevoir le Fidéjusseur offert, tout en connaissant la qualité de la personne assignée (*necessitudinem personæ*), il est passible d'une amende considérable.

L. 4. In eum, qui sciens non Je donnerai action pour cinquante

¹⁰ Paul (Lib. 4, ad Ed.) L. 3. *D. in jus vocati* (2.6).

acceperit, quinquaginta aureorum
judicium dabo.

Callistrate (Lib. 1 ad Ed. moni-
torium) L. 2. *D. in jus vocati ut
eant aut satis vel cautum dent*
(2.6).

écus d'or contre celui qui, connais-
sant les qualités des personnes, aura
refusé le Fidéjusseur.

FORMULE

Recuperatores sunt. Si paret N^m N^m, cum in hoc anno permissu illius
prætoris A^m A^m Patronum in jus vocasset, vindicem ab A^o A^o datum
scientem non accepisse, Recuperatores, N^m N^m A^o A^o quingenta aureo-
rum condemnate. Si non paret absolvite.

L. 5. In fidejussorem, qui ali-
quem judicio sisti promiserit, quanti
ea res erit, judicium dabo.

Ulpien (Lib. 5 ad Ed.) L. 2, § 5.
D, qui satisfacere cogantur (2.8).

Je donnerai action, pour l'intérêt
que le demandeur a dans l'affaire,
contre le Fidéjusseur qui aura pro-
mis que quelqu'un se présenterait
en justice.

44. Ulpien se demande s'il n'est pas juste que le Fidé-
jusseur soit tenu de la valeur de l'objet de la contestation
et il répond affirmativement.

Cette conclusion est justifiée par cette opinion de
Gaius¹¹ : que, si l'action du demandeur est au double, au
triple ou au quadruple, le Fidéjusseur est tenu de la même
manière, parce qu'il est tenu de la valeur réelle de la chose
contestée (*quia tanti res esse intelligitur*).

FORMULE

Recuperatores sunt. Si paret N^m N^m cum inter A^m A^m et Titium de
illa re controversia esset, Titium illa die illo loco sisti promississe, neque
Titium illa die ibi statum esse, quanti ea res erit, tantæ pecuniæ,
Recuperatores N^m N^m A^o A^o condemnate s. n. p. a.

45. Mais il peut arriver que, par esprit de chicane, le

¹¹ Gaius (Lib. 1. ad Ed. prov.); L. 3, *D. qui satisfacere cogantur* (2.8).

demandeur refuse le Fidéjusseur, suffisamment riche, offert par le défendeur. Celui-ci n'a aucun moyen de contraindre son adversaire à l'accepter, et le Préteur ne peut pas l'imposer. S'il y a contestation sur la solvabilité du Fidéjusseur proposé, le Préteur nomme un arbitre *ad fidejussores probandos*, dit Gaius¹³. Si l'arbitre déclare le Fidéjusseur suffisant, il doit être regardé comme tel¹⁴, et cependant le demandeur peut persister à le refuser. Le Préteur donne une ressource au défendeur : celle d'intenter contre son adversaire l'action d'injures (*injuriarum actio adversus eum esse potest*), parce que c'est une injure que de trainer devant la justice celui qui fournit un Fidéjusseur suffisant (*idoneum*). Et même le Fidéjusseur, refusé dans ces conditions, peut de son côté intenter aussi contre le demandeur l'action d'injures (*tanquam de injuria sibi facta queri poterit*¹⁵).

46. Il y a une catégorie de personnes qui sont dispensées de fournir des Fidéjusseurs. Ce sont les propriétaires d'immeubles¹⁶. Aux yeux des Romains, et surtout des Romains des premiers siècles, ils présentaient en effet des garanties suffisantes.

47. Lorsque Rome eut étendu ses conquêtes et envoyé au loin des Colonies, créé des Municipales, les habitants de ces provinces, venus à Rome pour leurs affaires, pouvaient y avoir des procès et ne trouver personne qui voulût répondre qu'ils se présenteraient devant la justice. L'Édit vint à leur aide :

¹³ Gaius (Lib. 5, ad Ed. prov.), L. 9. D. *qui satisdare...* (2.8).

¹⁴ Paul (Lib. 75, ad Ed.). L. 10. D. *cod.* Bien que Paul n'ait en vue ici que les fidéjusseurs ordinaires, la présence de ce fragment dans le titre 8 du livre 2 du Digeste prouve que les compilateurs jugeaient la règle applicable aux fidéjusseurs *judicio sistendi causâ*.

¹⁵ Gaius (Lib. 1, ad Ed. prov.), L. 5, D. *qui satisdare* (2.8).

¹⁶ Macer, L. 15, D. *cod.*

L. 6. Si quis cum Romæ satisfacere non posset, in municipium ejus rei causâ evocaverit, causâ cognitâ, ad Magistratus municipales eum remittam, ut apud eos caveat, si prius juraverit, non calumniæ aut vexandi adversarii causâ se id postulare.

Paul (Lib. 14 ad Ed.) L. 8, § 5.
D. qui satisfacere cogantur (2.8).

Si quelqu'un, ne pouvant pas trouver à Rome des Fidéjusseurs, évoque l'affaire devant le Tribunal de son Municipie, après en avoir pris connaissance, je le renverrai devant les Magistrats municipaux, pour qu'il donne caution devant eux, si auparavant il a juré que ce n'est pas par esprit de chicane et pour vexer son adversaire qu'il a fait cette demande.

Nous qui avons une procédure, dont une des principales dispositions veut que, en matière personnelle et mobilière, on soit assigné devant le Tribunal de son domicile, et, en matière immobilière devant le tribunal dans le ressort duquel est situé l'objet en litige, nous avons peine à comprendre que le Préteur ait été obligé de prendre sous sa protection un étranger à la ville de Rome, quoique jouissant peut-être du *commercium*. Il ne faut jamais oublier que la procédure romaine avait conservé ce caractère : d'être une série d'actes de justice privée. Un habitant d'un Municipie, se trouvant à Rome, rencontre un Romain qui, à tort ou à raison, se dit son créancier, l'appelle en justice et exerce sur lui la *manus injectio*. S'il n'a pas la somme suffisante pour déposer le *Sacramentum*, si sa solvabilité personnelle ne répond pas du *Vadimonium*, s'il ne trouve ni *Vindex*, ni *Fidejussor*, il sera adjugé à ce Romain, et s'il demande à être conduit devant le Juge de son Municipie, on le lui refusera, parce que le Romain ne peut être jugé qu'à Rome. C'est là une situation qui a dû se présenter souvent, et par conséquent donner lieu à une iniquité contre laquelle le Préteur a dû réagir.

Le Préteur décide, *causâ cognitâ*, comme dans toutes les matières dont la bonne foi est un élément essentiel, et il n'accorde la demande qu'après avoir exigé un serment dont la violation a les conséquences les plus graves pour celui qui s'en rend coupable.

48. L'Édit prend une autre précaution, pour le cas où la demande n'est qu'un moyen de gagner du temps, et pour celui où il n'aurait pas été convenu entre les parties d'un jour pour la comparution :

L. 7. Ei qui cautionibus in urbe se judicio sisti promiserit, si de die non fuerit conventum, itineri faciendō vicena millia passum in singulos dies dinumerari jubebo; præter eum diem, quo cautum promittitur, et in quem sistere in judicium oportet.

Gaius (Lib. 1 ad Ed. prov.) L. 1. *D. si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit* (2 11).

Si quelqu'un a promis, en donnant des cautions, de se présenter en justice et que le jour de la comparution n'ait pas été convenu, j'ordonnerai qu'on lui accorde un jour de plus pour chaque distance de vingt mille pas, et de plus encore le jour où il doit se présenter.

49. Le mot *Urbs*, dans ce texte, indique que la disposition concerne des plaideurs habitant Rome ¹⁶; mais l'Édit est d'une application générale, et dès lors celui qui demande à être renvoyé devant les Juges de son Municipie, et à qui le Préteur accorde cette faveur, y est soumis. L'Édit va même plus loin. Dans le cas où la distance serait de vingt mille pas et une fraction, cette fraction doit compter pour un jour de marche ¹⁷.

50. Que si celui, qui a promis de se présenter en justice, en est empêché par une cause grave, l'Édit vient à son secours.

L. 8. Si valetudine, vel tempestate, vel vi fluminis, aut quo alio justo impedimento prohibitus, sine dolo malo se sistere non potuerit, eo nomine, causâ cognitâ, ei exceptionem dabo.

Ulpien (Lib. 74 ad Ed.) L. 2, § 3. *D. si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit* (2.11).

Si celui, qui avait promis de comparaître en justice en est empêché par maladie, tempête, inondation, ou quelque autre juste cause, je lui donnerai à ce titre une exception, après avoir pris connaissance de l'affaire.

¹⁶ Paul (Lib. 1, ad Ed.), L. 2, *D. de V. S.* (50.16).

¹⁷ Ulpien (Lib. 2, ad Ed.), L. 3, pr. *D. de V. S.* (50.16).

Une seule condition est exigée, c'est que l'empêchement ne soit pas causé par le dol de celui qui l'invoque (*dolo malo impeditus*¹⁸).

L. 9. Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat, neve faciat dolo malo quo magis eximeretur. Si quid adversus ea factum fuerit, in factum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 5 ad Ed.) L. 1, pr. L. 5, § 1. *D. ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat* (2.7).

Paul (Lib. 4 ad Ed.) L. 4, pr. § 2. *D. eod.*

Gaius, IV, 46.

Que personne n'enlève violemment celui qui est appelé en justice, et ne fasse en sorte par dol qu'il soit enlevé. S'il est fait quelque acte contre ces défenses, je donnerai une action expositive des faits.

51. Ulpien¹⁹ donne pour raison de cette disposition que le Prêteur a voulu contenir, par la crainte du châtement (*metu pœnæ compescere*) ceux qui enlèvent violemment les personnes conduites devant la Justice.

52. Rien de plus naturel en effet que la violence soit à l'ordre du jour dans une société où l'on exerce la justice privée ; mais aussi, étant donnée la mission que le Prêteur

¹⁸ Ulpien (Lib. 74, ad Ed), L. 2. §§ 1 à 9, *D. si quis cautionibus...* (2.11). Ce fragment est extrait du livre 74 du commentaire d'Ulpien sur l'Édit. Mais cela ne contredit pas l'ordre des matières que nous avons adopté dans cette restitution. La fidéjussion pouvait s'adjoindre à toute espèce d'obligations, quelles qu'en fussent les causes. Les commentateurs de l'Édit ont donc été conduits à parler de la fidéjussion chaque fois que l'Édit contenait une disposition sur une matière qui comportait une garantie. Il est donc naturel que leurs opinions à cet égard aient été réparties un peu partout dans leurs commentaires, d'où les compilateurs du Digeste les ont extraites pour les distribuer dans les différents titres, où ils pouvaient trouver place. C'est ainsi que dans le titre 11 du livre 2 : *si quis cautionibus*, nous trouvons des fragments de Gaius, Lib. 1, 29, ad Ed. prov. ; d'Ulpien, Lib. 74, 77, ad Ed ; de Paul, 69, ad Ed ; et dans le titre 1 du livre 46 : *de fidejussoribus et mandatoribus* des fragments de Gaius, Lib. 5, 8, ad Ed, prov. ; d'Ulpien, Lib. 11, 22, 23, 76, 77 ; de Paul, Lib. 18, 25, 72, 76. — Ce fait se reproduit à tout instant. Nous faisons cette observation une fois pour toutes.

¹⁹ Ulpien, L. 1, pr. *D. ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat* (2.7).

s'était attribuée, rien de plus rationnel que des dispositions comme celle qui nous occupe, ainsi que les Édits *Unde vi* et *vi armata*, pour mettre un terme à un tel état d'anarchie. Ces mesures sont le miroir fidèle de la société romaine. S'il en était ainsi au temps d'Adrien, qu'était-ce donc aux premiers siècles de Rome ?

53. L'Édit prévoit deux cas, ou plutôt il vise deux catégories de personnes : celles qui enlèvent elles-mêmes celui qui est conduit devant la Justice, et celles qui sont indirectement les auteurs de l'enlèvement, sans doute pour l'avoir combiné et fait exécuter. Ces deux catégories de personnes se distinguent par une différence essentielle. Pour que les sévérités de l'Édit soient applicables aux premières, la violence suffit, le dol n'est pas nécessaire (*sufficit vi, quavis dolus malus cesset*²⁰); tandis qu'il est indispensable pour que, dans le second cas, l'enlèvement violent puisse tomber sous le coup de l'Édit²¹. Du reste, cette différence résulte des termes mêmes dont s'est servi Julien, qui n'a pas dit : *vi dolo malo eximat*, mais seulement : *Vi eximat*²², tandis que, pour le second cas, l'Édit porte : *ne faciat dolo malo quo magis eximeretur*.

Il est assez difficile de se rendre compte de la raison de cette différence. Paul en donne une qui n'est rien moins que juridique : C'est, dit-il, que, pour le second cas, on peut avoir une juste raison d'empêcher la comparution (*veluti cum justa causa est exemptionis*²³), et que par conséquent on agit alors sans mauvaise foi.

Mais on peut avoir aussi de justes raisons d'empêcher la comparution dans le premier cas, où la mauvaise foi n'est pas nécessaire : si par exemple un fils ou un affran-

²⁰ Ulpien, L. 3, § 2, D. *ne quis eum...* (2.7).

²¹ Paul, L. 4. pr. D. *eod.*

²² Ulpien. L. 3, § 2, *eod. cité.*

²³ Paul, L. 4, § 2, D. *eodem.*

chi conduit en Justice son Père ou Patron et qu'il soit enlevé violemment²⁴.

Si la personne enlevée violemment est conduite devant un Magistrat incompétent (*qui alio quam quò debuerat in jus vocabatur*²⁵), ou devant un Juge pédané chargé des affaires sommaires (*ad pedaneum judicium vocatum*²⁶); dans ces divers cas, il n'y a pas lieu à l'application de l'Édit, alors que la violence seule suffit pour rendre coupable celui qui a personnellement agi. Pourquoi exiger la mauvaise foi dans l'autre cas?

Il est d'autant plus difficile de s'en rendre compte que Paul a soin de donner le sens du mot *eximere*²⁷ : c'est, d'après l'avis de Pomponius, un terme général (*verbum generale est*); et il fait une distinction curieuse : si *eripere* signifie arracher avec violence, *eximere* veut dire enlever de quelque manière que ce soit (*quoquo modo auferre*). De sorte que si on a seulement retardé la personne qui devait comparaître (*si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit quominus in jus veniret*), de façon à laisser s'écouler le jour fixé pour l'action (*ut actionis dies exiret*); si on a causé la perte de la chose en litige (*si res tempore amitteretur*); on sera censé avoir enlevé le plaideur, quoiqu'on n'ait pas touché à sa personne (*videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit*). Or, il est évident que celui qui a agi ainsi a plutôt fait *quo magis eximeretur* que *vi eximere*, et cependant, suivant Paul, *videbitur exemisse*.

54. On pourrait peut-être expliquer cete anomalie par la différence morale qui existerait entre les deux catégories d'actes. Celui qui enlève lui-même violemment paye de sa personne et assume hautement la responsabilité de l'acte

²⁴ Ulpien, L. 1. § 2, D. *eodem*.

²⁵ Paul. L. 2, D. *eodem*.

²⁶ Ulpien, L. 3, § 1, D. *eodem*.

²⁷ Paul, L. 4, pr. D. *eodem*.

qu'il accomplit. Au contraire celui qui complotte dans l'ombre l'enlèvement violent et le fait exécuter par d'autres, est censé chercher à se soustraire à toute responsabilité, et commet une sorte de lâcheté. Est-ce pour cela qu'on exigeait de celui-ci le dol? Mais cette explication ne saurait tenir devant la définition que Paul donne du mot *eximere*, puisque celui qui retarde simplement la comparution pour laisser écouler le jour de l'action, est censé avoir enlevé violemment et que dès lors le dol n'est pas exigé pour qu'il tombe sous le coup de l'Édit.

En présence des exceptions à son application signalées par Ulpien, il serait logique d'admettre que le dol est nécessaire dans tous les cas; mais c'est impossible en face du texte formel de ce Jurisconsulte : *sufficit vi, quamvis dolos molus cesset*.

55. Pour résoudre cette difficulté, il suffit de ne pas attacher plus d'importance qu'elle n'en mérite à la signification si étendue que Paul donne du mot *eximere*.

Le Préteur en effet distingue entre l'enlèvement violent du plaideur et l'empêchement mis à sa comparution :

L. 10. *Adversus eum, qui dolo malo fecit quominus in judicium vocatus sistat, quanti actoris interfuerit, in factum judicium dabo.*

Ulpien (Lib. 7 ad Ed.) L. 1, pr. et § 1. *D. de eo per quem factum erit quominus quis in judicio sistat* (2.10).

Julien, L. 3, pr. *D. cod.*

Je donnerai une action expositive des faits, pour l'intérêt qu'avait le créancier, contre celui qui par dol a empêché quelqu'un de comparaître en justice quand il y était appelé.

Quand il y a enlèvement violent accompli par l'agent lui-même, on n'exige pas le dol, parce qu'on se trouve en présence d'un fait qui a le caractère d'un délit. Quand on a été la cause de l'enlèvement violent ou qu'on a empêché sans violence un plaideur de comparaître, on ne s'est pas rendu soi-même coupable d'un fait délictueux et la preuve

de la participation à ce fait est à faire comme la preuve de la part qu'on a prise à l'empêchement, pour qu'une responsabilité en soit la conséquence. C'est probablement pour ce motif que, si le dol n'est pas exigé dans le cas de *vi eximere*, il l'est dans les deux autres : *facere quo magis eximeretur*, et *facere quominus in iudicium vocatus sistat*.

56. Dans les trois cas, le Préteur donne dans l'année une action *in factum* qui compète aux héritiers, s'ils y ont intérêt (*si eorum intersit*). Elle n'est pas donnée contre eux dans le cas d'enlèvement violent (*neque in heredem, neque post annum dabitur*²⁸). S'il y a seulement empêchement, elle est donnée contre les héritiers, pour les empêcher de s'enrichir par le dol du défunt (*ut ex dolo defuncti hæres non lucretur*²⁹). Il est difficile de donner une raison de cette différence, car les héritiers de celui qui s'est rendu coupable d'enlèvement violent, accompli ou combiné par lui, pourront tout aussi bien s'enrichir des conséquences de ses actes, que les héritiers de celui qui aura simplement empêché la comparution.

FORMULE

Recuperatores sunt. Si paret Titium, cum in hoc anno ab A° A° in jus vocatus esset, a N° N° vi exemptum dolove malo Nⁱ Nⁱ factum esse, quo magis Titius, cum ab A° A° in jus vocatus esset, vi eximeretur, Recuperatores, quanti ea res, qua de agitur, ab A° A° æstimata est, tantæ pecuniæ N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

57. A ces sévérités de l'Édit, il fallait une sanction :

L. 11. In bona ejus, qui iudicio Si celui qui a promis avec cau-
sistendi causa fidejussorem dedit, si tion de se présenter en justice, ne

²⁸ Ulpian (Lib. 5, ad Ed.), L. 5, § 4, D. *ne quis eum...* (2.7).

²⁹ Ulpian (Lib. 7, ad Ed.), L. 1, § 6, D. *De eo per quem factum erit...* (2.10).

neque potestatem sui faciat, neque defendatur, iri jubebo³⁰.

Ulpien (Lib. 5 ad Ed.) L. 2, pr. *D. quibus ex causis in possessionem eatur* (42.4).

donne pas accès auprès de lui, et n'est pas défendu, j'ordonnerai de prendre possession de ses biens.

Nous avons dit (supra n° 40) que la défaillance du défendeur le fait supposer *indefensus* et qu'il est traité comme s'il avait été condamné. Il doit payer le montant du *Vadimonium* (*Vadimonium desertum*), et son adversaire peut user contre lui de toutes les voies de droit.

Mais le droit civil n'admettait que la *Manus injectio*, à supposer qu'elle put être appliquée à l'*indefensus*, ce qui est invraisemblable, car il est peu probable que la loi de la Gaule cisalpine ait édicté des dispositions plus rigoureuses que celles des XII tables³¹; or cette mesure était illusoire à l'égard d'un défendeur qui se cachait. Le Préteur comble cette lacune du Droit civil au moyen de la *missio in bonorum possessionem*.

L'Édit ne dit pas à qui le Préteur ordonnera de se mettre en possession; il sous-entend le Demandeur ou Créancier. Ce sous-entendu donne à la disposition un caractère général: *iri jubebo* à toute personne qui se dira créancière de l'appelé en justice, à quelque titre que ce soit. C'est en effet la signification du mot Créancier telle que l'entendaient les Jurisconsultes romains³².

³⁰ Nous ferons remarquer que ce fragment, extrait du livre 5 du commentaire d'Ulpien sur l'Édit, a été placé par des compilateurs du Digeste dans le titre 4 du livre 42.

³¹ Bonjean, *loc. cit.*, t. I, p. 461 et note 3. *Lex Rubria Galliae Cisalpinæ*, ch. 21. *Siremps res, lex, jus, causaque omnibus omnium rerum esto, atque uti esset, esseve oporteret, si is, qui ita confessus erit, aut de ea re non responderit, aut se sponsione judicioque, uti oportebit, non defenderit, ejus pecuniæ ei, qui eam suo nomine petierit, cuive eam dare oportebit, ex judiciis datis, judicareve recte jussis, jure, lege damnatus esset, fuisset.*

³² Ulpien (Lib. 6, ad Ed.), L. 10, 12. Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.), L. 11, D. *de Verb. sign.* (50.16). *Infrà*. t. II, n° 856.

58. Enfin, à Rome où les *Capitis diminutiones* pouvaient changer à chaque instant et si facilement les responsabilités, il a dû en être fait un fréquent usage; et, en matière d'actions noxales, alors qu'il s'agissait de la poursuite d'un délit commis par un homme libre ou par un esclave, il était facile : à l'homme libre en changeant d'état, au maître en vendant son esclave, de mettre à néant l'action dirigée contre eux. C'est pour empêcher cette fraude que l'Édit dispose ainsi :

L. 12. Si quis eum, de quo noxalis actio est, judicio sisti promiserit, in eadem causâ, in quâ tunc est, cum exhibere, donec judicium accipiatur, jubebo.

Ulpien (Lib. 7 ad Ed.) L. 1, pr. § 1. D. si ex noxali causa agatur quemadmodum caveatur (2.9).

Si quelqu'un a promis de représenter en justice celui contre qui est dirigé une action noxale, j'ordonnerai qu'il soit représenté dans la même situation qu'au moment où il a donné lieu à l'action.

59. Ulpien⁵⁵ a soin d'expliquer ce qu'il faut entendre par ces mots *in eadem causâ*; et il décide que l'individu doit être représenté dans une situation telle que le droit du demandeur ne soit pas diminué. Par exemple : si l'esclave a cessé d'appartenir à celui qui a promis de le représenter (*si desinat servus esse promissoris*); ou si son nouveau maître est soumis à une autre juridiction; ou s'il est plus puissant que l'ancien (*si potentiori datus sit*); ou si l'adversaire, homme libre, est dans une condition moins bonne (*si quis pari loco erat in litigando coepit esse in duriore*); dans tous ces cas, l'individu à représenter n'est plus considéré comme étant dans la même situation (*non videtur in eadem causa sisti*).

60. Et Paul résume la doctrine en disant : toutes ces causes ne libèrent pas de l'action noxale, parce que cette

⁵⁵ Ulpien, L. 1, § 1. D. Si ex noxali causâ... (2.9).

action suit l'esclave partout (*perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset*³⁴).

§ 4. De postulando.

61. — A propos du droit de postuler, l'Édit établit trois catégories de personnes : Aux unes, il est défendu absolument de postuler (*quosdam in totum prohibuit postulare*); d'autres ne le peuvent que pour elles-mêmes (*quibusdam pro se permisit*); à d'autres enfin, il est permis de postuler pour elles et pour certaines personnes (*quibusdam et pro certis personis et pro se permisit*¹).

L'Édit s'occupe d'abord de celles à qui il est absolument interdit de postuler, en raison de leur âge ou d'infirmités dont elles sont affligées.

L. 1. *Minorem annis decem et septem, qui non eos in totum complevit; surdum quoque qui prorsus non audit, in totum postulare veto.*

Si non habebunt advocatum, ego dabo.

Ulpian, L. 1. §§ 3 et 4. *D. de postulando* (3.1).

Je défends absolument de postuler au mineur de dix-sept ans qui ne les a pas encore accomplis, ainsi qu'au sourd qui est entièrement privé de l'ouïe.

S'ils n'ont pas d'avocats, je leur en donnerai.

62. Le Préteur n'admet pas qu'on puisse postuler avant l'âge de dix-sept ans, parce qu'avant ce moment un jeune homme ne doit pas se présenter en public; bien qu'on puisse opposer à cette défense l'exemple de Nerva le fils, qui, à cet âge, donnait publiquement des consultations sur le droit (*publice de jure responsitasse*); c'est ensuite le sourd, parce qu'il ne pourrait pas entendre la décision du

³⁴ Paul (Lib. 6, ad Ed.), L. 2, pr. *D. eodem*.

¹ Ulpian (Lib. 6, ad Ed.), L. 1, § 1, *D. de postulando* (3.1).

Préteur, et que, s'il ne s'y soumettait pas, il serait exposé à être puni¹.

63. L'Édit ajoute que si ces personnes n'ont pas d'avocat, il leur en donnera.

Cette faveur n'était pas accordée seulement au mineur et au sourd ; le Préteur l'avait étendue à tous ceux qui, par les intrigues de leurs adversaires ou par les craintes qu'ils inspiraient, ne trouvaient pas de défenseurs de leurs intérêts².

64. Puis l'Édit passe à la seconde catégorie, c'est-à-dire aux personnes à qui il est interdit de postuler pour d'autres.

L. 2. Mulier, Cœcus, corpore suo muliebria passus, is etiam qui operas suas. ut cum bestiis depugnaret, locavit, pro aliis in jure apud me ne postulent.

Ulpien, L. 1, §§ 5.6. D. h. t.

Que la femme, l'aveugle, celui qui se prostitue, celui qui se loue pour combattre les bêtes féroces, ne postulent pas pour d'autres devant moi.

Il ne convient pas à la pudeur d'une femme, dit Ulpien³, de se mêler des affaires des autres et de remplir des offices qui doivent rester réservés aux hommes. Ce furent l'effronterie et les importunités d'une femme très méchante (*improbissima*), nommée Carfania, qui donnèrent lieu à cette disposition de l'Édit.

Il est assez difficile d'expliquer l'interdiction qui frappe l'aveugle. C'est, dit Ulpien⁴, que, privé de la vue, il n'éprouverait pas cette crainte respectueuse qu'inspire la majesté du Préteur (*quod insignia Magistratus videre et revereri non possit*). Pitoyable raison, qui révèle les tendances orientales de l'Empire.

¹ Ulpien, L. 1, § 3, D. h. t.

² Ulpien, id., § 4, h. t.

³ Ulpien, L. 1, § 5, D. h. t.

⁴ Ulpien, *eod.*

Mais l'interdiction se comprend parfaitement, quand il s'agit d'êtres qui se prostituent ou qui font le métier de gladiateurs.

65. Pour les personnes de la troisième catégorie, l'Édit s'exprime en ces termes :

L. 3. Qui Lege, Plebiscito, Senatus-Consulto, Edicto, Decreto, Principum Placito, nisi pro certis personis postulare prohibentur, hi pro alio, quàm pro quo licebit, in jure apud me ne postulent.

Ulpian, L. 1, § 8. D. h. t.

Que ceux à qui il est défendu de postuler, si ce n'est pour certaines personnes, par une Loi, un Plébiscite, un Sénatus-Consulte, un Edit, un Décret, un Placet des Princes, ne postulent pas devant moi pour d'autres.

Cette disposition comprend tous ceux que le Préteur regarde comme infâmes, et qui ne peuvent postuler que pour eux et pour certaines personnes. Nous verrons bientôt quelles étaient les personnes dites infâmes.

Et l'Édit ajoute :

L. 4. Qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit, pro alio ne postulet; præterquam pro parente, patrono, patrona, liberis parentibusque patroni, patronæ, liberisque suis, fratre, sorore, uxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, novercâ, provigno, provignâ, pupillo, pupillâ, furioso, furiosâ, fatuo, fatuâ, cui eorum a parente, aut de majoris partis tutorum sententiâ, aut ab eo cujus de eâ re jurisdictio fuit, ea tutela curative data erit.

Ulpian, L. 1, §§ 9.11. L. 3. D. h. t.

Gaius (Lib. 1 ad Ed. prov.) L. 2. D. h. t.

Que tous ceux, ci-dessus désignés, qui n'auront pas été restitués en entier, ne postulent pas pour d'autres, si ce n'est pour un ascendant⁶, un patron, une patronne, leurs enfants, les ascendans du patron et de la patronne, pour leurs propres enfants, pour un frère, une sœur, une épouse, un beau-père, une belle-mère, un gendre, une bru, un beau-fils, une belle-fille, un pupille, une pupille, un fou, une folle, lorsqu'ils auront reçu la tutelle ou curatelle de ces personnes d'un parent, ou de la décision de la majorité des tuteurs ou du Magistrat compétent.

La restitution en entier, accordée par le Prince, par le

⁶ Gaius, L. 51, D. de V. S. (50.16).

Sénat ou par le Préteur en vertu de sa juridiction, avait pour effet de soustraire à l'infamie celui qui en avait été frappé, et de lui rendre le droit de postuler⁷. Toutefois, même pendant la durée de la flétrissure, les infâmes pouvaient postuler pour certaines personnes, qui leur étaient unies par des liens de parenté, de mariage, de patronage ou de clientèle. L'Édit fait une exception pour ces personnes, dont il donne la nomenclature. Mais cette nomenclature n'est pas complète, et, sous ce rapport, elle a été critiquée par les commentateurs qui lui ont reproché, en parlant des curateurs, de n'avoir pas ajouté ceux qu'on est dans l'usage de donner à d'autres personnes, telles que les sourds, les prodiges, les adolescents, et à ceux qui sont affligés de quelque infirmité⁸.

66. La défense est absolue, à ce point que ceux, à qui il est interdit de postuler, ne peuvent pas le faire, même du consentement de l'adversaire (*etiam si adversarius eos patiatur postulare*⁹).

§ 5. De his qui notantur infamia.

L. un. Infamia notatur qui ab exercitu, ignominia causa, ab Imperatore, eovo cui de ea re statuendi potestas fuerit, demissus erit; qui artis ludicrae pronunciantive causa in scaenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in iudicio publico calumniae praevagationisve causa quid fecisse iudicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit, qui

Est noté d'infamie celui qui a été chassé de l'armée pour cause ignominieuse par l'empereur ou par celui qui avait le droit de le décider; celui qui s'est produit sur la scène pour y jouer la comédie ou déclamer; celui qui fait commerce de prostitution; celui qui a été condamné par jugement public pour calomnie ou prévarication; celui qui a été condamné en son nom pour vol, pour avoir enlevé des

⁷ Ulpian, L. 1, § 40, D. h. t.

⁸ Ulpian, L. 3, § 3, D. h. t. Paul (Lib. 5, ad Ed.), L. 4, h. t.

⁹ Gaius (Lib. 7, ad Ed. prov.), L. 7, D. h. t. Voir infra *de Cognitoribus*, n° 75.

pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario judicio, damnatus erit; qui eam quæ in potestate ejus esset, mortuo genero, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum inoris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit; eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est; et qui eum, quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine, non jussu ejus, in cujus potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.

Julien (Lib. 1 ad Ed.) L. 1. D. de his qui notantur (3.2).

biens avec violence, pour injure, dol et fraude. ou qui a transigé avec son accusateur; celui qui a été condamné en son nom, sur une action directe, pour cause de société, de tutelle, de dépôt, de mandat; celui qui a marié la fille qu'il avait sous sa puissance après la mort de son mari qu'il savait décédé, pendant le cours de l'année de deuil; et celui qui l'a épousée, connaissant son état, sans l'ordre de celui sous la puissance duquel il était; celui qui a souffert qu'un fils sous sa puissance épousât une femme dans ces conditions; celui qui, de sa propre volonté, et non par l'ordre de la personne sous la puissance de laquelle il se trouvait, a contracté dans le même temps deux fiançailles ou deux mariages.

67. Deux catégories de personnes sont ici visées par l'Édit : Celles qui sont condamnées pour certains faits et dont la condamnation entraîne l'infamie et celles qui sont notées d'infamie pour certains actes, sans qu'il y ait eu condamnation.

On conçoit qu'un jugement puisse avoir pour conséquence l'infamie; nos condamnations à des peines infamantes ne sont pas autre chose; mais l'infamie frappant un individu sans qu'un jugement la prononce, semblerait de nos jours et serait tout à la fois une hérésie et une iniquité. C'est, dans certains cas, une peine purement morale que nous laissons à l'opinion publique le soin de prononcer. Il en était autrement à Rome :

68. De tout temps les Romains ont attaché à l'*existimatio*, c'est-à-dire à l'opinion publique touchant l'honneur des individus, une si grande valeur qu'elle a acquis une importance juridique. Ils ont toujours considéré que l'opinion publique avait le pouvoir de rendre certaines personnes

incapables d'actes qui ne pouvaient être faits que par d'honnêtes gens.

La loi des XII tables (VIII, § 22) déclarait *improbis intestabilisque* celui qui, témoin ou porte-balance dans un acte, refusait son attestation. Elle le déclarait par cela même infâme, incapable de témoigner et indigne qu'on témoigne pour lui. Cicéron ¹ nous apprend que certains hommes, frappés d'infamie (*infamia, ignominia*) voyaient leur *existimatio* diminuer assez pour être privés de droits politiques; or ici il ne s'agit pas d'une condamnation ayant pour conséquence le déshonneur; mais il est probable qu'il était le résultat de la décision du Censeur qui, tous les cinq ans, dans la cérémonie de la Lustration, avait le pouvoir arbitraire de classer les citoyens et de priver l'un d'eux de tous droits, même un chevalier, même un sénateur, en le plaçant dans la classe des *ærarii* ou en l'inscrivant sur la table des *Cærites*. Puis la Loi attachait le déshonneur à certains crimes, délits et actes, jusqu'à ce que cela devint une institution qui trouva sa formule dans l'Édit perpétuel, le Préteur lui attribuant alors des effets civils, en déclarant les infâmes incapables de postuler devant lui.

69. Quelques dispositions de l'Édit paraissent avoir donné lieu à des interprétations erronées. Sans doute, il n'est que juste quand il déclare que dans les cas de vol, de rapine, d'injure, de dol, celui qui transige avec son accusateur est noté d'infamie, comme s'il eût été condamné, parce que celui qui transige en pareil cas est censé avouer son crime (*quoniam intelligitur confiteri crimen qui paciscitur* ²): Aussi Ulpien ³ a-t-il soin de dire que, pour que la transaction ait cet effet, il faut qu'elle ait été faite moyennant une somme d'argent (*cum pretio*), car si elle avait été obtenue

¹ Cicéron, *pro Cluentio*, 42.

² Paul (Lib. 5, ad Ed.), L. 5, pr. D. h. t.

³ Ulpien (Lib. 6, ad Ed.), L. 6, § 3, h. t.

de l'accusateur par les prières du coupable, et qu'on eût quand même maintenu l'infamie, il n'y aurait jamais eu lieu au pardon (*nec veniæ erit nulla ratio*).

70. La même solution doit être donnée lorsqu'une condamnation est prononcée sur l'action contraire, à l'occasion de l'exécution des contrats qui la font naître. Si en effet l'infamie doit être la conséquence d'une condamnation prononcée sur l'action directe dirigée contre un associé, un mandataire, un dépositaire, le jugement, qui condamne sur l'action contraire, ne statue jamais que sur les dépenses qu'a faites l'associé demandeur, le mandataire, le dépositaire, et dont il entend se faire tenir compte ⁴. Il est certain qu'il ne saurait y avoir de rapport entre le mandataire condamné parce qu'il a trahi la confiance du mandant et le mandant condamné à payer quelque indemnité au mandataire; tandis qu'on trouve la plus grande analogie entre le mandataire coupable et le débiteur qui ne rembourse pas celui qui a payé sa dette ⁵.

71. L'Édit vise le commerce de prostitution. Le fléau avait envahi Rome après les guerres d'Asie, comme les Bacchanales après les guerres de Macédoine. La répression terrible dont ces dernières furent l'objet, n'avait pas extirpé le vice. Il trouva un aliment nouveau dans l'établissement des lupanars qui se généralisèrent à ce point que les Édiles se virent dans l'obligation de régler la prostitution, en exigeant de chaque fille qu'elle demandât une autorisation (*licentiam Stupri*). Le Préteur à son tour intervint et, considérant comme infâme celui qui se livre à cet ignoble commerce, il lui interdit de postuler devant lui ⁶.

⁴ Ulpian, L. 6, § 7, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 6, § 5, D. h. t.

⁶ Avant l'établissement des lupanars, les filles publiques (*meretrices*) se cachaient autour de la ville, sous les voûtes de fours abandonnés (*fornix*)

Qu'est-ce que la prostitution ? Ulpien a cherché à la définir⁷, à propos des dispositions de la loi *Julia et Papia Poppæa* ; mais la définition qu'il en donne est peu satisfaisante, car il place sur la même ligne la femme *quæ in*

(Tit. Liv. XXXVI, Horace, 11.30) d'où est venue l'acception de *fornix* pour lieu de débauche et le mot *fornicatio*. Mais peu à peu le fléau pénétra dans la ville avec l'audace que révèlent les fouilles de Pompéi, où on lisait sur les portes de certaines demeures : *hic habitat felicitas*. En 711, le culte d'Isis attirait à lui même les matrones. Les Édiles d'abord, les Empereurs ensuite et enfin le Préteur durent sévir. La débauche avait gagné toutes les classes, et le cynisme ne connaissait plus de bornes. En 180, l'Édile Marcius fut chassé d'un lupanar où il était entré pour rétablir l'ordre. Déjà Tibère avait interdit aux filles et femmes des chevaliers la prostitution légale, et décidé que la jeune fille prostituée ne pourrait pas se marier. Dioclétien interdit le mariage aux filles des directeurs de maisons de débauche (*lenones*). Les filles publiques (*Properce*, 11.23) furent obligées de porter un costume jaune et des chaussons rouges, jusqu'à Adrien qui réserva la chaussure rouge pour les Empereurs. La prostitution continua à fleurir à Rome sous les Empereurs chrétiens et sous les Papes ; et, à la fin du moyen âge, sous le pontificat de Paul III, un recensement, qui fut fait à Rome du nombre des filles publiques inscrites sur les registres de la police, constata qu'il y en avait 45,000 (H. Estienne, apolog. pour Hérodote, ch. 38). L'usage s'était établi de percevoir un impôt sur ces malheureuses. Le pape Innocent VI, en 1353, le défendit par la bulle *quamvis omnes*. Malgré cette défense, non seulement cet usage se perpétua, mais ce droit monstrueux fut accordé aux Prélats comme un bénéfice ecclésiastique. Au dire de de Potter (Hist. du Christianisme, t. 5. p. 84), le peuple disait librement : *habet ille duo beneficia curata aureorum viginti, alterum prioratum ducatorum quadraginta, et tres putanas in burdello, quæ reddunt singulis hebdomadibus julios viginti*. Les Papes et les souverains firent leur possible pour lutter contre le mal. On sait avec quelle énergie, avec quelle ténacité le grand pape Grégoire VII tenta de réformer les mœurs du clergé romain (de Vidaillan, *Vie de Grégoire VII*). La plupart de ses successeurs eurent à cœur de continuer son œuvre et s'attachèrent à combattre la prostitution (Léon X, Const. *Salvator noster*. Clément VII, Const. *Cum ex corpore*) en apportant des entraves à ce honteux commerce. Efforts inutiles ! Aujourd'hui ceux qui exploitent ces malheureuses jouissent de tous les droits civils et politiques ; et un honnête homme, en se rendant à l'urne électorale, est exposé à coudoyer le directeur d'une maison dite de tolérance ou le propriétaire qui lui loue son immeuble. Ceux qui s'occupent des moyens de combattre la prostitution devraient penser à l'Édit du Préteur.

⁷ Ulpien, L. 43, D. *de ritu nuptiarum* (23.2).

lupanario se prostituit et palam corpore questum facit, et celle *quæ sine questu palàm se prostituerit*; et cependant il ne considère pas une femme comme prostituée, *quia cum uno et altero pecunia accepta commiscuit*. La question est donc restée indécise à Rome, tout autant qu'elle l'est aujourd'hui, toutefois avec cette différence capitale : qu'à Rome le commerce de prostitution avait des conséquences très graves⁸, tandis que de nos jours il ne modifie pas la capacité juridique. Alors comme aujourd'hui, chaque fois qu'on a voulu réglementer cette plaie sociale, on a dû le faire avec plus ou moins d'arbitraire. Cependant, s'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de définir la prostitution, et de faire à ce sujet des lois assises sur une base positive; il est facile au contraire de définir le *lenocinium* et d'atteindre les *lenones* et les *lenas*, qui *mulieres quæstuarías prostituunt*. C'est ce qu'avait fait le Préteur romain.

72. La Veuve était obligée de porter le deuil de son mari, mais le mari veuf n'était pas obligé de porter le deuil de sa femme⁹. L'Édit déclare infâme celui qui épouse une femme pendant l'année de deuil, alors même que le mari défunt eût été de ceux dont il était défendu de porter le deuil; et cela *propter turbationem sanguinis*¹⁰; mais à la condition que le nouvel époux connaisse la situation de la femme.

73. La veuve (*cum suæ protestatis esset*) était notée d'infamie, lorsqu'un jugement l'avait condamnée pour avoir faussement annoncé qu'elle était enceinte, et s'être fait envoyer en possession pour l'enfant qu'elle disait porter dans son sein¹¹.

⁸ Voir l'Édit, la note 5 ci-dessus. *le Sénatus-consulte des Bacchanales*.

⁹ Paul (Lib. 5. ad Ed.), L. 9. D. *de his qui notantur infamiâ* (3.2).

¹⁰ Ulpien, L. 11, §§ 1, 3, *eod.*

¹¹ Ulpien (Lib. 8, ad Ed.), L. 15, 17, 19, D. *eod.* Paul (Lib. 8, ad Ed.), L. 16, D. *eod.*

§ 6. De plus petendo.

L. 1. Si quis intentione plus complexus fuerit quam deberetur, non restituam.

Gaius, Com. 4.53.

Si quelqu'un a, dans l'*Intentio*, demandé plus qu'il ne lui était dû, je ne le restituera pas.

74. La perte du procès et du droit de renouveler l'instance, pour cause de plus-pétition, était une conséquence rigoureusement logique du système formulaire. En effet, le Juge ne pouvait condamner le défendeur qu'autant que la prétention du demandeur, inscrite dans l'*Intentio*, était justifiée : *Si paret*. Or, dans le cas où le défendeur prouvait qu'au lieu de 10, qui lui étaient réclamés, il ne devait que 8, le Juge se voyait contraint de débouter le demandeur, et, si celui-ci voulait plus tard renouveler sa poursuite, le défendeur avait à lui opposer l'exception *rei in iudicium deductæ*.

74 bis. Il peut y avoir plus-pétition de quatre manières : par la chose (*re*), par le temps (*tempore*), par la cause (*causâ*), par le lieu (*loco*).

Il y a plus-pétition *par la chose*, quand le chiffre de la demande est supérieur à la dette ; *par le temps*, quand l'action est intentée avant le terme ; *par la cause*, quand, dans une obligation alternative, on ne laisse pas au débiteur le choix que lui avait réservé la convention ; enfin *par le lieu*, lorsque l'action est intentée ailleurs que dans le lieu fixé pour le paiement.

Toutefois dans les cas de plus-pétition *re* ou *loco*, le Préteur chercha à atténuer les rigoureux effets d'une demande exagérée.

D'abord la plus-pétition *loco* peut amener des difficultés, et être contraire aux intérêts des deux parties.

Le créancier ne peut pas intenter son action ailleurs

que dans le lieu fixé pour l'exécution de l'obligation. Mais le débiteur a un moyen de la paralyser en n'y paraissant pas. Le Prêteur donne au créancier une action utile pour poursuivre son débiteur :

L. 2. Si quis certo loco, sibi dare stipulatus esset, cum reus non accederet nec satisfaceret, adversus eum, ut arbitrio judicis condemnatur, utilem actionem dabo.

Gaius (Lib. 9 ad Ed. prov.) L. 1. *D. de eo quod certo loco dari oportet* (13.4).

Si quelqu'un a stipulé que la dette lui serait payée dans un certain lieu, et que le débiteur n'y paraisse pas, ni ne fournisse des garanties, je donnerai au Créancier une action utile, pour faire condamner son débiteur par l'arbitrage du Juge.

Mais pourquoi l'Édit ne se contente-t-il pas de promettre au créancier le moyen d'obtenir l'exécution de l'obligation, et pourquoi ajoute-t-il ces mots : *ut arbitrio judicis condemnatur*? C'est qu'il veut rendre cette action arbitraire, pour le cas où, soit le créancier, soit le débiteur, a intérêt à ce que la dette soit payée dans un lieu autre que celui qui a été fixé; et pour que, dans un de ces cas, le Juge puisse augmenter ou diminuer l'obligation¹.

La *condemnatio* est subordonnée au défaut de paiement dans l'action utile donnée au créancier qui ne trouve pas son débiteur au lieu convenu; et le Prêteur la rend incertaine pour que le Juge puisse, dans le second cas, prendre en considération l'intérêt des parties et en tenir compte dans sa sentence.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m A^o A^o Ephesi illud dare oportere, quanti arbitrato tuo alterutrius interfuerit eam pecuniam Romæ : potius quam Ephesi dari, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Mais le créancier, qui a obtenu l'action utile, ne peut

¹ Ulpien, L. 2, pr. 4, § 1 et 9. *D. de eo quod certo loco* (13.4).

pas actionner partout son débiteur. Il a le choix entre le domicile de celui-ci² et Rome, la commune patrie des Romains³.

Dans le cas de la plus-pétition par la chose, lorsque l'acheteur ne peut demander pour le moment que la mancipation de la chose achetée, le Préteur, pour lui éviter la déchéance de son action, l'autorise à demander qu'une *præscriptio* soit insérée en tête de la formule, pour restreindre sa demande à la mancipation et se réserver l'usage de l'*actio empti* (*ea res agatur de fundo mancipando*). Il agit de même en faveur d'un créancier de prestations périodiques, qui, en demandant les prestations échues, eût été exposé à ne plus pouvoir réclamer les prestations futures (*ea res agatur cujus dies fuit*)⁴.

Quant à la plus-pétition *tempore* et *causà*, elle est telle que le créancier doit nécessairement succomber.

FORMULES

Judex esto. Quod A^s A^s de N^o N^o fundum capetanum emptus est, de quo fundo mancipando agitur, si paret N^m N^m A^o A^o hunc fundum mancipare oportere, quanti arbitrato tuo interfuerit fundum capetanum A^o A^o mancipatum fuisse, Judex tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Judex esto. Quod A^s A^s de N^o N^o in singulos annos (menses) decem stipulatus est, cujus rei dies fuit, neque ea pecunia ei soluta est, si paret N^m N^m A^o A^o decem dare oportere, judex, N^m N^m A^o A^o decem c. s. n. p. a.

² Ulpien, L. 19, § 1 et 2, D. *de judiciis* (5.1). Dioclétien et Maximien, Cons. 2, C. J. *de jurisdictione*... (3.13). Valentinien, Théodose et Arcadius, Cons. 3, C. J. *ubi in rem actio*... (3.19).

³ Modestin, L. 33, D. *ad municipalem* (50.1).

⁴ Gaius, IV, 129, 131. *Infra*, t. II. n^o 1147.

TITRE III

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS

74 *ter*. La possibilité de se faire représenter en Justice est un progrès consacré par l'Édit, qui fixe les conditions exigées pour l'application des nouvelles règles établies.

§ 1. De Cognitoribus.

75. Sous l'empire des *Legis actiones*, on ne pouvait pas se faire représenter en justice¹, à moins qu'on n'intentât une action *pro populo libertatisque causâ*. Cependant le *Vindex*, autorisé par la loi des XII tables, était bien un représentant. Les Institutes de Justinien² ajoutent à cette exception celles qu'avait consacrées la Loi *Hostilia*, qui avait permis d'intenter l'action de vol au nom de ceux qui étaient prisonniers de l'ennemi ou absents pour le service de la République, ainsi que pour les personnes dont ils étaient les tuteurs. Une autre exception est encore signalée par Cicéron : c'est l'action *de pecuniis repetundis* (*actio repetundarum*), qu'on pouvait intenter pour des étrangers, alliés ou amis du peuple romain³. Tant il est vrai que les lois les plus rigoureuses s'inclinent devant les nécessités sociales, et les exigences de la vie⁴.

¹ Gaius, IV, 82. Ulpien (Lib. 14, ad Ed.), L. 123, D. R. J. (50.17), infra, n° 331.

² Ins. J., IV, 10, pr.

³ Cicéron, in Q. *Cæcilium. Divinatio*, § 20.

⁴ Ins. J., IV, 10, pr. *in fine*.

Le système formulaire admit la représentation, qui finit par devenir d'un usage général.

La première forme fut celle du *cognitor*, qui était constitué devant le Magistrat avec des paroles solennelles ⁵. Le *cognitor* était un véritable fondé de pouvoir. Il était considéré comme *domini loco*. Peu importait qu'il fût présent ou absent au moment où il était constitué; mais, en cas d'absence, il n'était *cognitor* qu'autant qu'il avait accepté ⁶.

76. L'Édit a deux dispositions relatives : l'une à ceux qui sont proposés pour *cognitores*, l'autre à ceux qui ont le droit de constituer des *cognitores* ⁷.

L. 1. Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.

Paul, I, 2.1 (Voir supra, n° 66).

L. 2. Si is, qui per Edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, vel dandi quidem cognititoris jus habeat, sed eum det cui non licet cognituram suscipere, adversus eum exceptionem dabo.

Gaius, IV, 124.

Tous ceux qui sont notés d'infamie et à qui il est interdit de postuler, ne peuvent pas être constitués *cognitores*, même du consentement de leurs adversaires.

Si celui à qui l'Édit défend d'agir par *Cognitor* agit par *Cognitor*, ou si, ayant le droit d'avoir un *Cognitor*, il en constitue un qui ne peut pas l'être, je donnerai contre lui une exception.

Tous ceux qui étaient notés d'infamie et à qui par conséquent il était défendu de postuler ne pouvaient pas être constitués *cognitores*. Il en était de même d'un militaire, à moins que l'adversaire n'eût pas contesté sa qualité avant la *litis-contestatio* ⁸; que si le constituant persistait à agir avec un *cognitor* incapable, son adversaire lui opposait

⁵ Gaius, IV, 83.

⁶ Gaius, *eod.*

⁷ Vat. frag. 323.

⁸ Ulpien. L. 8, § 2, D. de *procuratoribus* (3.3). Gordien, L. 13, C. J. de *procur.* (2.13).

l'exception *cognitoria*, et il perdait son procès. Les femmes pouvaient dans certains cas *suscipere cognitoriam operam*⁹. Le fils de famille et l'esclave pouvaient avoir des *cognitores* : l'un pour l'action d'injure ; tous deux pour les affaires de leur pécule¹⁰.

77. Le *cognitor* pouvait être changé en tout état de cause. Si le *dominus* avait commencé le procès, il pouvait le continuer par *cognitor* ; ou, s'il avait d'abord constitué un *cognitor*, il était libre d'en constituer un autre ou de reprendre personnellement le procès. Mais cela n'était possible qu'avec cette distinction : Avant la *litis-contestatio*, le *dominus* pouvait révoquer le *cognitor* ou le changer, ou suivre lui-même le procès. Après la *litis-contestatio*, il n'avait plus cette faculté : il devait s'adresser au Préteur qui statuait *causâ cognitâ*, parce qu'il était nécessaire de délivrer une nouvelle action¹¹.

L. 3. Ei qui cognitorem dederit, causâ cognitâ, permittam iudicium transferre.

Vat. frag., 341.

A celui qui a constitué un *Cognitor*, je permettrai, après examen, de faire passer l'instance de ce *Cognitor* à un autre ou au constituant.

78. Cette disposition était applicable non seulement au demandeur et au défendeur, mais encore à leurs héritiers¹².

79. Le *cognitor* ne pouvait pas abandonner son mandat, sans de graves motifs que le Préteur avait à apprécier¹³.

⁹ Paul, I, 2.2. Paul (Lib. 9, ad Ed), L. 41, 54, pr. D. de procur. (3.3)

¹⁰ Ulpien, L. 8, 35, § 1, D. de procur. (3.3). *Infra*, t. II, n^{os} 820.821.

¹¹ Paul, L. 16. Ulpien, L. 17, pr. D. de procur. (3.3). Voir *infra*, n^o 81.

¹² Vat. frag. 341.

¹³ Ulpien, Gaius, Paul, L. 8 à 15, D. de procur. (3.3).

§ 2. De procuratoribus.

80. La nécessité de la présence du constituant devant le magistrat pour constituer le *cognitor* rendait impossible ce mode d'agir en justice, précisément dans les cas où il avait le plus d'utilité, par exemple en cas d'absence du *dominus*. Cette difficulté eut pour conséquence de faire appliquer aux actions judiciaires les principes du mandat. Mais le mandat ne pouvait être donné que dans les causes où il eût été possible de constituer un *cognitor*.

L. 1. Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam, in his causis, in quibus neve deni Cognitores, neve dentur.

Vat. frag., 322.

Je ne permettrai pas d'agir au nom d'un autre, ni pour d'autres, dans les causes dans lesquelles on ne donne ni ne reçoit de *Cognitores*.

Le *cognitor* peut donc être remplacé par un simple mandataire; mais sous quelles conditions?

L. 2. Procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit, judicium accipere cogam.

Ulpien (Lib. 7 ad Ed.) L. 8, § 3. *D. de procuratoribus* (3.3).

Si un procureur fondé a été chargé de poursuivre une affaire, au sujet de laquelle celui qu'elle concerne a promis d'exécuter le jugement, je le forcerai d'accepter le renvoi *in Judicium*.

Ainsi un simple mandataire (*procurator*), dont la nomination n'exigeait aucune formalité, put agir, soit pour le demandeur, soit pour le défendeur.

81. Mais ce *procurator* fut soumis aux règles du mandat, c'est-à-dire qu'il ne représentait pas le mandant comme le *cognitor* représentait le *dominus*; il agissait en son propre nom, il prenait pour son compte le procès et la sentence, il était *procurator in rem suam*. Il n'était plus,

comme le *cognitor*, *domini loco*, il devenait *dominus litis*. Aussi, quand il agissait comme demandeur, l'adversaire avait droit d'exiger de lui une *cautio ratam rem dominum habiturum*, et, s'il se présentait comme défendeur, il devait fournir la caution *judicatum solvi*, qui, dans le cas de la constitution d'un *cognitor*, devait être fournie par le *dominus*. Les mêmes règles étaient applicables au tuteur et au curateur, dans les cas où il n'y avait pas lieu à l'ancienne exception *pro tutela* des actions de la loi ¹.

La formule avait cela d'intéressant que le nom du *dominus* demandeur pouvait seul figurer dans l'*intentio* où étaient consignées les énonciations sur lesquelles on fondait le droit, et c'était au nom du *procurator* que la *condemnatio* était rédigée; que si le *procurator* était nommé par le défendeur, c'était le nom de celui-ci qui était inséré dans l'*intentio*, et la *condemnatio* retombait sur le *procurator* ². Peu importait que l'action fut réelle ou personnelle.

Les règles relatives au droit du *dominus* de révoquer le *cognitor*, soit avant, soit après la *litis-contestatio*, étaient applicables au *procurator* ³.

Le Préteur annonce qu'il obligera à agir le *procurator*, dont le *dominus* a promis de ratifier ce qu'il ferait. Cette règle avait de nombreuses exceptions, et l'excuse ne pouvait être admise qu'après examen ⁴.

82. Mais la nature même de cette institution exigeait un développement plus complet.

Ces promesses, ces cautions paralysaient les avantages que le *procurator* avait sur le *cognitor*. Or, les Romains procédaient toujours méthodiquement. Aussi, quand il

¹ Gaius, IV, 97-101. *Infra*, t. II, n° 1233.

² Gaius, IV, 86, 87.

³ Paul (Lib. 8, ad Ed), L. 16. Ulpien (Lib. 9, ad Ed), L. 17, D. *de procuratoribus* (3.3).

⁴ Ulpien, L. 8, § 3. Gaius, Ulpien, L. 9 à 13. D. h. t.

s'agissait d'un *procurator praesens*, c'est-à-dire constitué personnellement devant le magistrat, il fut assimilé au *cognitor*, en ce sens qu'il représentait le *dominus*; et on finit par mettre sur la même ligne le simple porteur d'une procuration. Dès lors, plus de promesses, plus de cautions, et l'*actio judicati*, qui jusque-là était au *procurator*, puisque la condamnation était prononcée en son nom, fut donnée au *dominus*, tant contre lui que pour lui⁵. Le *cognitor* était dès lors détrôné par le *procurator*.

83. Mais une personne pouvait demander à agir au nom d'une autre, sans être munie d'un mandat. L'Édit avait prévu ce cas et s'exprimait ainsi :

L. 3. Cujus nomine quis actionem dare sibi postulaverit, is eum boni viri arbitrato defendat; et ei, quo nomine agit, id ratum habere eum ad quem res ea pertinet, boni viri arbitrato satisdet

Ulpien (Lib. 9 ad Ed.) L. 33, § 3. *D. de procuratoribus* (3.3).

Gaius (Lib. 3 ad Ed. prov.) L. 46, § 2. *D. h. t.*

Ulpien, L. 53. *D. h. t.* L. 56. *D. de judiciis* (5.1).

Que celui qui demandera à agir en justice au nom d'un autre le défende; et qu'il donne caution à celui contre qui il agit que celui, à qui l'affaire appartient, ratifiera ce qu'il aura fait.

Il est juste en effet que celui, qui prend en main l'affaire d'un autre, garantisse à l'adversaire les conséquences du jugement⁶.

84. Les femmes pouvaient dans certains cas être constituées *procuratores*, par exemple pour leurs parents âgés ou malades⁷.

85. On n'admettait pas qu'il fût possible en général de

⁵ Vat. frag. 347.

⁶ Vat. frag. 332. 333. Gaius, IV, 84, 104. Ulpien, L. 40. § 4, *D. de proc.* (3.3). Julien, L. 6, § 12, *D. de negotiis gestis* (3.5). *Infra.* t. II, n° 1195.

⁷ Paul, L. 41. *D. de proc.* (3.3).

constituer un procureur pour intenter les actions populaires ; mais cela était permis à celui qui avait souffert personnellement du fait délictueux et pour l'action d'injures⁶.

§ 3. **Quod cujuscumque Universitatis nomine vel contra eam agatur.**

L. 1. Quæ communiter agi fierique oportebit Universitatis nomine, Actori sive Syndico, cui lex agere permittit, aut qui ab ordine electus erit, de iis rebus actionem dabo ; non tamen judicati, nisi in rem suam procurator datus fuerit.

Gaius (Lib. 3 ad Ed. prov.) L. 1, § 1. *D. quod cujuscumque universitatis nomine...* (3.4).

Ulpien (L. 8 ad Ed.) L. 3. *D. eod.*

Paul (Lib. 9 ad Ed.) L. 6, § 3. *D. eod.*

S'il importe d'agir au nom d'une Université pour les choses communes, je donnerai action pour cela à l'agent ou au Syndic, à qui la loi permet d'agir ou qui a été élu par les Communistes ; cependant, je ne lui donnerai l'action en exécution d'un jugement que s'il a été fait procureur dans sa propre affaire.

86. Une *Universitas* est une abstraction qui ne saurait avoir capacité juridique que quand l'État la lui a donnée¹. Elle est alors susceptible d'avoir des droits, mais il lui est impossible d'agir autrement que par le ministère d'un représentant légal ou élu. Dans les procès qui l'intéressent, elle peut être demanderesse ou défenderesse, et son représentant a tous les caractères d'un *procurator*. Si elle est demanderesse, le représentant doit être constitué *procurator in rem suam*, comme si elle lui avait cédé son action (*judicati actio ei ex edicto non datur, nisi in rem suam datus sit*)², parce que le jugement ne pourrait pas

⁶ Paul, L. 42, pr. et § 1, D. h. t.

¹ Gaius, L. 1, pr. § 1, D. h. t.

² Paul, L. 6, § 3, D. h. t.

recevoir d'exécution. Nous avons vu en effet au précédent paragraphe qu'à la différence du *cognitor* le *procurator* n'était pas *loco domini*, mais *dominus litis*, et que, si l'*intentio* de la formule était conçue au nom du représenté, la *condemnatio* était prononcée pour ou contre le représentant. Il en résultait que l'*actio iudicati* se donnait non pas au *dominus* ou contre lui, mais au *procurator* ou contre lui (*interveniente procuratore; iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit*)^a.

87. Si l'*Universitas* est défenderesse, l'Édit s'exprime ainsi :

L. 2. Eundem actorem, si agat, defendere cogam, ubi adversus Universitatem agetur.

Ulpian (Lib. 9 ad Ed.) L. 6, § 3 (Lib. 10 ad Ed.) L. 7. D. h. t.

Si le représentant légal ou élu d'une Université agit, je le forcerai à défendre dans le cas où elle serait attaquée.

88. Mais si le représentant n'agit pas, si l'Université, au lieu de se mettre en mesure de se défendre, ne fait aucune diligence pour répondre à l'action dirigée contre elle, son adversaire ne doit pas rester impuissant devant la force d'inertie qu'on lui oppose :

L. 3. Si nemo Universitatem defendat, quod cuius commune erit, possideri; et, si admoniti, non excitentur ad sui defensionem, venire jubebo.

Gaius (Lib. 3 ad Ed. prov.) L. 1, § 2. D. h. t.

Si personne ne défend l'Université, j'ordonnerai l'envoi en possession des choses communes; et si, avertis de la sorte, les communistes ne sont pas excités à se défendre, j'ordonnerai la vente.

89. Enfin :

L. 4. Si extraneus Universitatem defendere velit, id ei permittam.

Gaius (Lib. 3 ad Ed. prov.) L. 1, § 3. D. h. t.

Si un étranger veut défendre l'Université, je le lui permettrai.

^a Vat. frag. 317.

90. Ces dispositions de l'Édit ne concernent que les corporations licites. Quant aux corporations illicites, non seulement elles ne peuvent pas ester en justice, parce qu'elles n'ont pas la capacité juridique; mais, établies en violation des lois, elles ont commis un délit en se constituant et leur existence, jusqu'au jour où elles sont dissoutes, est un délit continu. Elles ne pourraient donc pas invoquer l'Édit.

Leurs biens, ou, pour parler plus exactement, les biens qui leur servaient à vivre, c'est-à-dire à perpétuer le délit continu dont elles se sont rendues coupables, ne sauraient appartenir à leurs membres; ils tombent dans le domaine public, parce qu'ils sont *res nullius*.

Cette question ne paraît pas avoir été traitée par les jurisconsultes romains; ou du moins on ne trouve au Digeste qu'un seul fragment de Marcien qui émet une opinion contraire :

Collegia, si qua fuerint illicita, Mandatis et Constitutionibus et Senatusconsultis dissolvuntur. Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri. L. 3, pr. *D. de Collegiis* (47. 22).

Les corporations illicites doivent être dissoutes en vertu des Mandements, des Constitutions et des Sénatus-consultes. Mais, lorsqu'elles sont dissoutes, il est permis à leurs membres de se partager entre eux les biens et les capitaux communs.

Cette opinion isolée ne doit pas être considérée comme une règle générale.

D'abord le Jurisconsulte ne dit pas que les membres d'une corporation illicite ont le droit, lors de sa dissolution, de se partager les capitaux et les biens; il dit qu'on le leur permet (*permittitur*), ce qui implique l'idée de faveur.

Mais à quel titre ce partage pourrait-il être exigé? La corporation illicite n'existe pas, n'a jamais existé; ses

biens sont *res nullius*, comme ceux qui composent une hérédité jacente.

Quelle action ses membres pourraient-ils demander au Préteur? Des deux *Judicia divisoria*, aucun n'est applicable : Ce ne peut pas être l'*actio familiae erciscundæ*, puisqu'il n'y a pas de parenté entre eux ; ce ne peut pas être davantage l'*actio communi dividundo*, puisqu'ils ne sont pas propriétaires de cet ensemble de biens dont l'existence seule est un délit, de ces biens réunis, non dans leur intérêt individuel, comme dans le cas de société, mais dans un but délictueux. Et quel titre invoqueraient-ils pour intenter au sujet de ces biens une action quelconque, puisqu'ils ne pourraient le faire qu'en une qualité, dont la seule mention prouverait une violation de la loi? *Nemo suâ turpitudine arguere potest.*

L'un des membres réclamera-t-il les biens, en se disant seul propriétaire en vertu d'un titre régulier d'acquisition? Sa prétention ne saurait être admise.

Il est de notoriété publique qu'il n'a pas acheté pour lui-même, mais pour la corporation. Or le droit de propriété, si respectable, ne doit pas servir à violer la loi. D'un autre côté, cet acquéreur en son nom personnel n'est pas resté propriétaire, il a remis ces biens à l'être moral dont il était membre; ces biens ont cessé de lui appartenir; et la preuve en est dans ce fait que, s'il avait voulu cesser d'appartenir lui-même à la corporation, il n'aurait rien eu à réclamer dans ces biens, à la différence de ce qui aurait eu lieu s'il avait fait partie d'une société : il aurait eu le droit de lui demander sa part de l'actif, dans le cas où il aurait voulu la quitter. D'ailleurs on lui répondrait : *fraus omnia corrumpit.* Et la preuve de la fraude résulte non seulement de la notoriété, mais de l'aveu de ce singulier propriétaire, qui n'a jamais usé de son droit de propriété et l'a laissé exercer par la corporation.

L'État, en recevant ces biens, serait-il tenu d'éteindre les *jura in re* que les administrateurs auraient pu consentir en faveur de tiers? Assurément non, car un droit d'hypothèque, par exemple, ne peut être consenti que par le propriétaire de la chose, puisqu'il constitue un démembrement du *dominium*. Or, de deux choses l'une : ou le créancier a traité avec un des communistes qui se disait propriétaire, et il ne doit s'en prendre qu'à lui-même de ne s'être pas suffisamment renseigné sur la capacité de celui avec qui il a traité, et que la notoriété publique lui signalait d'ailleurs comme incapable; il aura le sort de tous les créanciers imprudents. Ou bien il a su qu'il prêtait à une personne incapable, à un coupable, et il s'est rendu ainsi complice du délit, la perte de sa créance sera sa punition; à supposer que ce ne soit pas une créance fictive destinée à sauver les biens, en cas de dissolution, auquel cas il faudrait répéter : *fraus omnia corrumpit*.

A tous ces points de vue, il est impossible d'admettre comme règle générale en cette matière l'opinion isolée de Marcien. La Constitution, publiée en 415 par Honorius et Théodose et qu'on cite à l'appui de la thèse contraire à la nôtre, ne renferme qu'une disposition pénale contre ceux qui affectent des biens à des fins païennes et ordonne qu'ils soient confisqués par le fisc. Elle n'a donc aucun rapport avec la question⁴.

§ 4. De negotiis gestis.

L. un. Si quis negotia alterius, Si quelqu'un a géré les affaires
sive quis negotia, quæ cujusque, d'autrui, ou les affaires d'une per-

⁴ Honorius et Théodose, L. 5, C. J. de *Paganis* (1.11). Au sujet des biens que peuvent acquérir des corporations au mépris de la loi, qui le leur défend, voir l'Arrêt du Tribunal Fédéral suisse des 20 et 21 octobre 1882 : État de Genève contre Reynolds, Serrure et autres.

cum is moritur, fuerint, gesserit, sonne décédée, je donnerai action à
 iudicium eo nomine dabo. ce titre.

Ulpien (Lib. 10 ad Ed.) L. 3,
 pr. *D. de negotiis gestis* (3.5).

91. Cette disposition de l'Édit a pour but de sauvegarder les intérêts des absents, qui, sans elle, eussent été exposés, faute d'être défendus, à perdre la possession de leurs biens, à en souffrir la vente ainsi que la vente du gage qu'ils auraient donné, ou à être condamnés à une peine¹. Celui qui a ainsi géré les affaires d'autrui, même à son insu, a contre lui une action pour se faire rembourser les dépenses utiles qu'il a faites ou se faire garantir des obligations qu'il a contractées².

L'action est donnée aux femmes et aux pupilles et contre eux, avec cette réserve toutefois en faveur du pupille qu'il ne peut être actionné que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi (*id quod factus est locupletior*). Elle est donnée aussi pour et contre l'héritier^{3bis}.

Il était nécessaire de mentionner la gestion des affaires d'un individu après sa mort, parce que dans ce cas on ne gère ni les affaires du défunt testateur, ni celles de l'héritier qui n'a pas encore fait adition.

92. Si celui qui a géré les affaires d'une autre personne a une action contre elle, pour se faire indemniser des dépenses et garantir des obligations qui ont été les conséquences de la gestion, celle-ci a de son côté une action pour se faire rendre compte des opérations du gérant : c'est l'*actio directa negotiorum gestorum*. L'*actio contraria* appartient à celui qui a géré.

Celui qui intente l'action contraire est recevable, non seulement lorsque l'affaire qu'il a entreprise a réussi, mais

¹ Ulpien, L. 1, D. h. t.

² Gaius (Lib. 3, ad Ed. prov.), L. 2, D. h. t.

^{3bis} Ulpien, L. 3, § 4, 7, D. h. t.

encore si elle n'a pas eu un heureux résultat, bien qu'il ait géré utilement ³.

93. Celui qui gère les affaires d'autrui n'est tenu que de son dol ⁴. Cependant il peut être responsable même de cas fortuits : par exemple, s'il entreprend au nom d'un absent une affaire que celui-ci n'avait pas coutume de faire ⁵; s'il répare à grands frais une maison que l'absent voulait laisser tomber en ruines et qui est détruite par un incendie ⁶.

94. Le gérant, qui reçoit des sommes d'argent, doit en tenir compte en capital et intérêts; de même qu'il a contre celui, dont il gère les affaires, action pour se faire rembourser les intérêts qu'il a payés, alors même que celui-ci serait prisonnier des ennemis, et bien qu'on ne puisse pas dire qu'alors il est le maître de ses affaires. S'il est mort en captivité, ses héritiers ont action contre le gérant et réciproquement ⁷.

95. Le gérant doit agir dans l'intérêt de celui dont il gère les affaires. Si donc il fait des dépenses exagérées, celui-ci ne devra lui tenir compte que de la dépense qu'il aurait du faire ⁸. Par la même raison, quand on gère les affaires d'autrui, on est obligé de lui payer les intérêts des sommes qu'on a conservées, après avoir payé les dépenses nécessaires ⁹; et on doit lui garantir la solvabilité de ceux à qui on prête son argent ¹⁰.

96. Si un père a donné un tuteur à l'enfant dont sa femme est enceinte; que le tuteur ait administré les biens en attendant l'accouchement de la mère, et que l'enfant ne

³ Ulpian, L. 40, § 1; L. 42, § 2. D. h. t.

⁴ Ulpian, L. 3, § 9. D. h. t.

⁵ Pomponius, L. 11, D. h. t.

⁶ Ulpian, L. 40, § 1, D. h. t.

⁷ Paul, L. 19, §§ 4, 5. Ulpian, L. 20, D. h. t.

⁸ Paul, L. 25, D. h. t.

⁹ Papinien, L. 31, § 3, D. h. t.

¹⁰ Paul, L. 37, D. h. t.

soit pas né vivant, on a contre ce tuteur, non l'action de tutelle, puisqu'il ne saurait être question de tutelle quand il n'y a pas de pupille qui en soit l'objet, mais l'action *negotiorum gestorum*¹¹.

97. L'action de la gestion d'affaires est donnée à celui qui y a intérêt. Peu importe qu'on veuille agir par l'action directe ou l'action utile; parce que chacune de ces actions a la même valeur et produit les mêmes effets¹².

FORMULES

Contraria : Quod A^s A^s Nⁱ Nⁱ negotia gessit (Directa : quod N^s N^s Aⁱ Aⁱ negotia gessit) defuncto domino; quod A^s A^s (N^s N^s) negotia quæ Titii cum is moreretur fuerunt gessit (utilis : cum is apud hostes esset).

Quidquid ob eam rem N^m N^m (heredem Titii) A^o A^o (heredi Titii — conjuncta directa et contraria ; quidquid ob eam rem alterum alteri) dare facere reprobare oportet ex fide bonâ.

Ejus Judex, N^m N^m A^o A^o (duntaxat quanto completior N^s N^s factus est — N^m N^m patrem (dominum) duntaxat de peculio quantumque in rem ejus versum est) — condemna s. n. p. a.

§ 5. De Calumniatoribus.

L. un. In eum qui, ut calumniæ causâ negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse depectusve esse dicitur, intra annum in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepisse depectusve esse dicitur, post annum simpli in factum actionem dabo.

Si quelqu'un est accusé d'avoir reçu de l'argent ou fait un pacte immoral pour faire ou ne pas faire une chose, je donnerai contre lui une action expositive du fait pour le quadruple de la somme reçue ou de la valeur de la convention, si la demande en est faite dans l'année,

¹¹ Callistrate, L. 29, D. h. t.

¹² Paul, L. 47, pr., § 1, D. h. t. : *nec refert directâ quis an utili actione agat vel conveniatur (quia in extraordinariis judiciis ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est), maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum.* La partie de ce fragment que nous renfermons entre parenthèses, est évidemment une interpolation. Nous l'avons supprimé dans le texte.

Ulpien (Lib. 10 ad Ed.) L. 1, pr. L. 3, § 2. *D. de calumniatoribus* (3.6).

et, pour la somme elle-même reçue ou la simple valeur du pacte, si la demande en est faite après l'année écoulée.

98. Cette action est donnée, tant dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles; et peu importe que l'argent ait été livré ou le pacte conclu avant ou après que l'action a été donnée¹.

99. Ulpien parle d'une Constitution d'Antonin Caracalla qui avait défendu à un plaideur de donner de l'argent, soit *au Juge*, soit à son adversaire, que l'affaire fût publique ou privée, et avait ordonné que dans ce cas l'instance fût déclarée éteinte. Le même jurisconsulte, à propos de la question de savoir si cette action passe aux héritiers, parle encore d'argent donné à *un juge*, pour obtenir une sentence favorable².

Au commencement du III^me siècle, les juges avaient donc l'habitude de recevoir de l'argent des plaideurs, qu'il fallut défendre à ceux-ci de leur en donner. Cette révélation jette un triste jour sur les mœurs judiciaires des Romains de cette époque³.

100. Ulpien se demande ce qu'Antonin Caracalla a voulu dire par cette défense faite à un plaideur de donner de l'argent à son adversaire. Car, donner une somme d'argent à son adversaire, ce ne peut être que pour le décider à se désister s'il est demandeur, ou pour l'amener à une transaction. Or, il n'est pas défendu de transiger⁴.

101. L'argent donné pour engager quelqu'un à vexer une autre personne n'est pas sujet à répétition, parce que celui qui a donné cet argent est lui-même coupable. C'est celui

¹ Ulpien, L. 1, §§ 1, 2, D. h. t.

² Ulpien, L. 1, § 3; L. 5, pr. D. h. t.

³ Antonin, Cons. 1. C. J. *de pœnâ Judicis* (7.49).

⁴ Ulpien, L. 1, § 3, D. h. t.

à qui on voulait faire une chicane qui a droit de le demander. C'est pourquoi, si quelqu'un a reçu d'une autre personne une somme pour me faire une chose désagréable et de moi une autre somme pour s'en abstenir, j'aurai contre lui deux actions⁵.

Toutefois cette décision d'Ulpien que la somme donnée n'est pas sujette à répétition semble contredite par Gaius qui déclare que cette action ne compte pas à l'héritier, parce qu'il doit lui suffire de pouvoir redemander l'argent que le défunt a donné⁶.

Ces deux décisions sont inconciliables. Il y a là dans nos sources une lacune qu'il est impossible de combler.

Mais l'héritier de celui qui a reçu est passible d'une action en répétition, au moins jusqu'à concurrence de ce qui lui est parvenu de la somme donnée⁷.

102. L'année, dont parle l'Édit, commence, pour celui qui a donné afin qu'on ne le poursuive pas, du jour où il a compté la somme, si toutefois il a pu agir; et, pour celui contre qui on a donné, du jour où il en a eu connaissance⁸.

FORMULE

Recuperatores sunt: quantam pecuniam paret N^m N^m ut A^o A^o calumnie causa negotium faceret (negotium non faceret) in hoc anno, cum ei experiundi potestas esset, accepisse, tantæ pecuniæ quadruplum, Recuperatores, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

⁵ Ulpien, L. 3, § 3, D. h. t.

⁶ Gaius (Lib. 4. ad Ed, prov.). L. 4. D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 5, pr. D. h. t.

⁸ Gaius, L. 6, D. h. t.

TITRE IV

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS

103. Par cet Édît le Préteur vient de plusieurs manières au secours de ceux qui se sont trompés ou qui se sont laissé tromper, ou à qui la crainte, ou le dol de ceux avec qui ils ont contracté, leur âge, leur absence, ont causé un préjudice ¹.

Là est l'utilité de l'Édit, qui peut être invoqué aussi par ceux qui ont subi un changement d'État, ou ont été victimes d'une erreur ².

Le Préteur n'a pas établi des catégories de faits entraînant de plein droit la restitution. Il ne l'accorde jamais qu'en connaissance de cause (*causà cognitâ*) ³.

Il faut que le tort causé ait une certaine importance, et que la restitution ne porte pas préjudice à une affaire beaucoup plus importante ⁴.

La restitution en entier n'a pas toujours pour résultat de rétablir les choses de façon que le restitué soit dispensé désormais d'agir ⁵; il y a sous ce rapport une différence essentielle entre les mineurs de vingt-cinq ans et ceux qui ont été absents pour le service de la République. Les mineurs de vingt-cinq ans, qui ont été défendus par leurs Tuteurs ou Curateurs sont restitués en entier dans leurs

¹ Ulpien (Lib. 11, ad Ed.), L. 1, D. *de in integrum restitutionibus* (4.1).

² Paul, L. 2, D. h. t.

³ Modestin, L. 3, D. h. t.

⁴ Callistrate, L. 4, D. h. t.

⁵ Paul (Lib. 7. ad Ed.), L. 3, h. t.

droits antérieurs ; tandis que ceux qui étaient absents pour service public et qui ont été défendus par leurs procureurs, ne sont restitués que pour appeler du jugement qui les a condamnés ⁶.

Du reste, il n'y a rien de limitatif dans l'énumération des causes de restitution indiquées ci-dessus. L'Édit a réservé au Préteur le pouvoir de prendre en considération toutes les circonstances qui lui paraîtront de nature à motiver son application : *Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituum* ⁷.

La restitution en entier est une révolution accomplie par l'omnipotence du Préteur, qui se met en insurrection contre le Droit.

Conformément à l'esprit de sa mission, il a créé des remèdes juridiques, tantôt pour aider à l'exécution du droit civil, comme les *Bonorum possessiones secundum tabulas*, tantôt pour suppléer aux lacunes du droit civil, comme les Interdits ; tantôt pour corriger le droit et en éviter les conséquences iniques, comme les Exceptions, les Actions *in factum*, les *Bonorum possessiones contra tabulas*.

Ici le Préteur considère comme n'existant pas des faits ou des actes parfaitement valables d'après le droit civil, et replace les parties dans la position qu'elles occupaient avant l'accomplissement de ces actes ou de ces faits.

Et le Préteur ne pose pas de règle. Sa volonté sera la Loi, *quia nominor Leo*. Aussi verrons-nous qu'en cette matière, surtout s'il s'agit des mineurs de vingt-cinq ans, règne le plus complet arbitraire.

La restitution en entier peut avoir lieu dans sept cas, qui forment autant de paragraphes :

§ 1. *De Metu*.

⁶ Macer, L. 8, D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 26, § 9, D. *ex quibus causis majores...* (4.6).

§ 2. *De Dolo.*

§ 3. *De Minoribus XXV annis.*

§ 4. *De Capite minutis.*

§ 5. *Ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur.*

§ 6. *De eo quod falso tutore gestum erit.*

§ 7. *De alienatione mutandi iudicii causâ.*

§ 1. De Metu.

L. 1. Quod metus causâ gestum erit, ratum non habebit.

Ulpien (Lib. 11, ad Ed.), L. 1, D. *quod metus causâ gestum erit* (4.2).

Je n'admettrai pas comme valable ce qui aura été fait par crainte.

104. Autrefois l'Édit s'exprimait ainsi : *Quod vi metusve causâ*, mais le terme de violence a été supprimé, parce que ce qui est fait par violence est considéré comme fait par crainte. La violence, aussi bien que la crainte, est donc visée par l'Édit ¹.

105. Cette disposition était nécessaire pour que le Prêteur pût restituer celui qui a consenti, contre les actes qu'il a faits par suite de la violence exercée contre lui ou de la crainte qu'on lui a inspirée. Car il n'en a pas moins donné son consentement. Paul dit en effet : *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* ². *Si, forcé par la crainte, j'ai fait addition d'une hérédité, je pense que je suis devenu héritier, puisque, quoique si libre je n'eusse pas consenti, cependant contraint j'ai donné mon consentement.*

106. Par cette expression : *quod gestum erit*, l'Édit

¹ Ulpien, L. 1. Paul, L. 2, D. h. t.

² Paul (Lib. 11, ad Ed.), L. 21, § 5, D. h. t.

entend non seulement les obligations qui auraient pu être contractées, mais tout ce qu'on a fait ou tout ce dont on s'est abstenu sous l'empire de la violence ou de la crainte⁵.

107. Quand y a-t-il lieu à l'application de l'Édit?

Comment le Préteur vient-il au secours de celui qui a souffert de la violence ou de la crainte?

108. L'Édit n'a d'application qu'autant que la violence est de nature à faire impression sur un homme d'un esprit ferme (*qui in homine constantissimo cadat*)⁶, qu'autant qu'elle a pu inspirer la crainte d'un grand dommage (*timorem majoris malitatis*)⁷.

Il faut de plus que la crainte soit inspirée par un danger présent. L'Édit ne serait pas applicable si l'on avait simplement conjecturé que le mal pourrait arriver⁸.

Il faut enfin que nous ayons agi sous l'empire d'une crainte qui nous a été inspirée par un tiers, et non par nos propres actes. Si, par exemple, une femme affranchie s'est mal conduite envers son patron, et qu'elle lui promette ou lui donne quelque chose pour l'engager à ne pas la remettre en servitude, l'Édit ne sera pas applicable, parce que c'est son propre fait qui lui a inspiré cette crainte⁹.

Peu importe du reste que nous ayons craint pour nous ou pour les personnes qui nous sont chères⁸.

109. Comment le Préteur vient-il au secours de la victime de la crainte?

L. 2. Si per metum aliquid ablatum esse dicatur, neque ea res ar- Si quelqu'un déclare qu'une chose lui a été ravie par crainte et ne lui

⁵ Ulpien, L. 9. § 2, D. h. t.

⁶ Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.), L. 6, D. h. t.

⁷ Ulpien. L. 5 et s., D. h. t.

⁸ Ulpien, L. 9, D. h. t.

⁹ Paul (Lib. 11, ad Ed.), L. 21, pr., D. h. t.

⁸ Paul, L. 8, § 3, D. h. t.

bitrio judicis restituatur, intra annum quo primum de eâ re experiundi potestas erit, in quadruplum; post annum vero in simplum, causâ cognitâ, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 11, ad Ed.) L. 14, § 1, D. h. t.

Voir infra, t. II, n° 1163.

est pas restituée par suite de l'arbitrage du Juge, je lui donnerai action pour le quadruple de la valeur de la chose pendant l'année pendant laquelle il aura pu agir, et, après l'année, pour la simple valeur de cette chose, après avoir pris connaissance de l'affaire.

L'Édit décide que la victime sera restituée en entier, mais la restitution se fera par l'office du Juge; de telle sorte que la chose, livrée par violence, soit rendue, et que le coupable donne caution d'indemniser le propriétaire dans le cas où la chose rentrerait en son pouvoir diminuée de valeur. Cette décision est applicable à toute espèce d'actes extorqués par crainte⁹. Car le mot *restitution*, dont se sert l'Édit, a un sens plus étendu que le mot *exhibition* : (*Plus est in restitutione quàm in exhibitione*). *Exhiber*, c'est représenter une chose corporelle; *restituer*, c'est rendre la possession d'une chose et les fruits¹⁰.

110. Cette action est réelle. L'Édit ne dit pas que ce sera contre l'auteur de la violence que l'action sera donnée. Il suffit de prouver qu'il y a eu violence et que celui qu'on poursuit en a retiré quelque avantage¹¹. Toutefois le Préteur ne s'interdit pas le droit de donner l'action contre l'auteur même de la violence, alors même qu'un autre en aurait bénéficié¹². Et même si celui qui a obéi à un sentiment de crainte justifié ne veut pas de l'action de l'Édit, on lui donne une action réelle ou personnelle, en annulant tout ce qu'il a fait¹³.

111. Cette action est arbitraire. Si donc le Défendeur,

⁹ Ulpien. L. 9, § 7, D. h. t.

¹⁰ Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.). L. 22, D. de Verb. Sig. (50.16).

¹¹ Ulpien, L. 9, §§ 1 et 8; L. 14, § 3, D. h. t.

¹² Ulpien, L. 14, § 5, D. h. t.

¹³ Ulpien. L. 9, § 4, D. h. t.

interpellé par le Juge d'avoir à restituer, s'y refuse, il le condamnera au quadruple de la valeur de la chose extorquée, si l'action est intentée dans l'année et que le Créancier ait pu agir ; et à la simple valeur de la chose, si l'action n'est intentée qu'après l'année, après toutefois que le Préteur aura pris connaissance de l'affaire ¹⁴.

112. Enfin cette action passe aux héritiers et autres successeurs de la victime. Elle est donnée aussi, mais avec une restriction contre les héritiers du coupable.

L. 3. In heredem eatenus actionem dabo, quatenus ad eum pervenisse dicetur.

Ulpien (Lib. 11, ad Ed.) L. 16. § 2, D. h. t.

Je donnerai une action contre l'héritier de celui qui aura commis la violence, jusqu'à concurrence de ce qui lui sera parvenu de ce qui a été ainsi extorqué.

Si cette action est donnée à l'héritier, c'est qu'elle renferme la revendication de la chose. Mais elle n'est donnée contre l'héritier que jusqu'à concurrence de ce qui lui est parvenu de la chose extorquée ; car, bien que les actions pénales ne soient pas données contre les héritiers, cependant il serait inique qu'ils profitassent d'un bien acquis par des moyens criminels ¹⁵.

Et puisque l'action est donnée contre les héritiers avec cette restriction, il faut en conclure qu'elle est perpétuelle ¹⁶.

FORMULES

Rescissoria : Si vi metusve causa factum non esset ut A^o A^o fundum, quo de agitur N^o N^o (Titio) mancipio daret (ut A^o A^o HS. decem millia quæ ei N^o N^o debebat accepta ferret), tum si paret fundum illum ex jure Quiri-

¹⁴ Ulpien, L. 14, §§ 1 et 4. D. h. t.

¹⁵ Ulpien, L. 16, § 2, D. h. t.

¹⁶ Paul, L. 47, *in fine*. Gaius, L. 49. D. h. t.

tium Aⁱ Aⁱ esse (N^m N^m HS. decem millia A^o A^o dare oportere) Judex, nisi arbitrato tuo is fundus (ea pecunia) A^o A^o restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam (HS. decem millia) N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Octaviana in personam : Si paret vi metusve causâ, in hoc anno, cum experiundi potestas esset factum esse, ut A^s A^s fundum, q. d. a, N^o N^o (Titio) mancipio daret, (ut A^s A^s Stichum manumitteret — ut usumfructum (servitutem) amitteret — ut N^o N^o (Titio) se obligaret — ut N^o N^o (Titio) acceptum ferret — ut hereditatem adiret (repudiaret) — ut fundi illius possessionem traderet — ut ab emptione (locatione) discederet — ut ædificium deponeret — ut ædificare in suo Titium pateretur) neque ea res arbitrio Judicis restituatur, quanti ea res erit, tanti quadruplum N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Si paret vi metusve causâ factum esse, ut A^s A^s Titio, cui N^o N^o heres est, fundum, q. d. a., mancipio daret, quanta pecunia ob eam rem ad N^m N^m pervenit, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a. ¹⁷.

§ 2. De dolo malo.

L. 1. Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.

Ulpien (Lib. 11, ad Ed.) L. 1, § 1, D. de dolo malo (4.3).

Si une chose est déclarée avoir été faite par dol, et que la victime de ce dol n'ait pas d'autre action, je donnerai jugement, si la cause me paraît juste.

113. Le Préteur ne s'est pas contenté du seul mot *dolum*, mais il a ajouté *malum*; parce que les anciens disaient : *dolum bonum*, quand ils voulaient désigner les ruses à l'aide desquelles on cherchait à tromper les ennemis ou les voleurs¹.

114. Labéon définit le dol : *omnem Calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*. — Toute espèce de ruse, de

¹⁷ *Secundum Edictum Guaci Octavi*, v. c. 680 Cic. in ver. 11.3.65. — Voir pour l'exception *quod metus causa* infra, t. 2, N^o 1181.

¹ Ulpien, L. 1. § 3. D. h. t.

tromperie, de manœuvre, employée pour surprendre, abuser, tromper quelqu'un ².

115. L'action n'est donnée qu'autant que les faits ont le caractère indiqué par cette définition. Il faut que le dol soit prouvé par des indices manifestes ³. L'erreur de celui qui a affirmé un fait reconnu faux ou contesté un droit reconnu fondé, ne peut pas donner lieu à l'action, si on ne prouve pas qu'il y a eu de sa part intention de nuire ⁴.

La condamnation sur l'action de dol a des conséquences tellement graves, qu'elle n'est pas donnée pour une somme modique ⁵.

Elle n'est donnée qu'autant que la victime du dol n'a pas d'autre moyen de se faire rendre justice, car une action infamante (*famosa actio*) ne doit pas être promise légèrement par le Préteur. Si donc on peut invoquer un Interdit ou se retrancher derrière une exception, il n'y a pas lieu à appliquer l'Édit ⁶.

Il en est de même lorsqu'on peut se faire restituer la chose par une autre personne ⁷.

Si un pupille a été trompé par son tuteur, il a contre lui l'action de la tutelle, et dès lors il ne peut demander l'action du Dol, à moins que le tuteur ne soit insolvable; car, dit Gaius, on n'est pas censé avoir d'action contre quelqu'un, dont l'insolvabilité rend l'action inutile ⁸.

Si la victime du dol a une action criminelle par laquelle elle peut se faire indemniser, ou si elle a une action populaire, il n'y a pas lieu à l'application de l'Édit ⁹.

Enfin, si deux personnes se sont rendues coupables de

² Ulpien, L. 1, § 2, D. h. t.

³ Dioclétien et Maximien, Cons. 6, C. J. *de dolo malo* (2.21).

⁴ Ulpien, L. 7, §§ 7 et 10; L. 33, D. *de dolo malo* (4.3).

⁵ Ulpien, L. 9, § 5. Paul (Lib. 11, ad Ed.), L. 10, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 1, § 4. Furius Anthianus, L. 40, D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 3. Paul. L. 4, D. h. t.

⁸ Ulpien, L. 5. Gaius, L. 6, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 7, §§ 1, 2, D. h. t.

dol l'une vis-à-vis de l'autre, elles ne peuvent, ni l'une ni l'autre, intenter l'action de dol¹⁰.

116. L'action de dol est donnée contre l'auteur du dol, elle est personnelle; elle diffère en cela de l'Édit *de metu* qui est conçu *in rem*. En effet, quand il s'agit de la crainte, le Préteur dit : *quod metus causà gestum erit ratum non habebō*; tandis que pour le dol, il ne conçoit pas son Édit *in rem*, mais il promet une action contre l'auteur du dol¹¹.

De plus le plaignant doit exposer d'une façon précise en quoi a consisté le dol dont il se plaint.

L. 2. Qui de dolo malo aget comprehendet quid et cujus dolo factum sit.

Ulpien (Lib. 11, ad Ed.) L. 15, § 3, D. h. t.

Paul (Lib. 11, ad Ed.) L. 16, D. h. t.

Que celui, qui intente l'action de dol, expose par qui et comment le dol a été fait.

Dans une matière aussi grave, le demandeur doit savoir par qui et en quoi il a été trompé; il ne doit pas s'exprimer d'une manière vague.

117. Cette action est arbitraire :

L. 3. Quæ dolo malo ablata esse dicentur, ea, nisi arbitrio judicis restituantur, quanti unaquæque res erit, in eum, qui abstulisse dicetur, intra annum, quo primum de eâ re experiundi potestas erit, actionem dabo.

Paul (Lib. 11, ad Ed.) L. 18, D. h. t.

Constantin, Cons. 8. C. J. *de dolo malo* (2.21).

Voir *infra*, t. II, n° 1163.

Si des choses sont déclarées avoir été extorquées par dol, et qu'elles ne soient pas restituées par suite de l'arbitrage du Juge, je donnerai une action pour la valeur de chaque chose contre celui qui les a extorquées, et cela pendant l'année, pendant laquelle le plaignant avait le pouvoir d'agir.

¹⁰ Marcellus, L. 36, D. h. t.

¹¹ Papinien (Lib. 11, ad Ed.). L. 15, § 3, D. h. t.

Cependant il peut arriver que cette action ne soit pas arbitraire. S'il est certain que la chose ne peut pas être rendue, le Juge doit condamner immédiatement à des dommages-intérêts¹².

118. L'action de dol est donnée aussi contre les héritiers et autres successeurs de celui qui a commis le dol.

L. 4. In heredem catenus actionem dabo quatenus ad eum pervenisse dicetur, dolove malo factum erit quominus perveniret.

Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.) L. 26, D. h. t.

Paul (Lib. 11, ad Ed.) L. 27, D. h. t.

Je donnerai une action contre l'héritier de celui qui s'est rendu coupable de dol, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qui lui est parvenu ou de ce qui lui serait parvenu, s'il n'avait par son propre dol empêché que cela lui parvint.

L'héritier n'est donc responsable que de ce dont le dol de son auteur l'a enrichi. C'est pour cela que cette action est perpétuelle, nul ne devant profiter de la perte d'autrui¹³. C'est pour le même motif et avec la même restriction que l'action peut être donnée contre une *Universitas*, une Municipalité¹⁴.

Le maître est responsable du dol de son esclave, et, dans ce cas, l'action sera ou noxale, ou donnée jusqu'à concurrence du pécule de l'esclave¹⁵.

Si plusieurs personnes se sont rendues coupables de dol et que l'une d'elles ait restitué la chose, ou payé des dommages-intérêts, les autres sont libérées. La Loi ci-dessus s'applique aussi à leurs héritiers¹⁶.

119. Enfin, il est des personnes à qui on ne donne pas l'action de dol contre certaines personnes. Ainsi elle est

¹² Paul, L. 18, §§ 1, 4, D. h. t.

¹³ Gaius, L. 28, D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 15, § 1, D. h. t.

¹⁵ Ulpien, L. 9, § 4, D. h. t.

¹⁶ Ulpien, L. 17, D. h. t.

refusée aux fils, aux affranchis contre un père, un patron ; à un individu d'humble condition contre une personne élevée en dignité ; à un plébéien contre un personnage consulaire ; à un prodigue contre un homme d'une vie exemplaire. Que si pourtant il y a eu dol, on donne contre le coupable une action expositive des faits (*in factum actio*), afin qu'il ne profite pas de son dol ; et, dit Ulpien, on adoucira ainsi en leur faveur le nom de l'action ¹⁷.

FORMULE.

Judex esto. Si paret in hoc anno, cum experiundi potestas esset, dolo malo Nⁱ Nⁱ factum esse, ut A^s A^s N^o N^o (Titio) fundum, q. d. a., mancipio daret — (ut Aⁱ Aⁱ familia de possessione fundi decederet — ut A^s A^s N^m N^m (Titium) Aquiliana stipulatione et accepti latione liberaret — ut A^s A^s hereditatem Titii cerneret (repudiaret) — ut Stichum optaret — ut N^s N^s (Titius) illo judicio absolveretur — ut pro libertate sententia diceretur — ut lis temporibus legitimis transactis periret — ut A^s A^s tutore auctore concludente a N^o N^o (Titio) circumscriberetur...) — nisi arbitrato tuo N^s N^s A^o A^o rem restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Cet Édît est d'Aquilus Gallus (u. c. 688) ¹⁸.

§ 3. De Minoribus viginti quinque annis.

L. un. Quod cum quàm minore viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit animadvertam.

Et, si justa causa esse videbitur, intra annum, quo primum expe-

Si on a traité avec un mineur de vingt-cinq ans, j'examinerai comment chaque chose a été faite.

Et, si la cause me paraît juste, je restituerai le mineur pendant

¹⁷ Ulpien, L. 11. Paul, L. 12, D. h. t. C'est pour le même motif qu'on ne donne pas à un mari l'*actio Furti* contre sa femme, mais l'*actio rerum amotarum*. Voir infra, n^o 445.

¹⁸ Cicéron. *de officiis*, III, 14. Voir pour l'exception *doli mali*, infra. t. II. n^o 4176.

riundi potestas erit, postquam is major factus esse dicetur, in intergrum restituum.

Ulpien (Lib. 11, ad Ed.) L. 1, § 1 ; L. 11, § 3, D. de Minoribus 25 annis (4.4).

l'année qui suivra sa majorité, et pendant laquelle il aura eu le pouvoir d'agir.

120. 1° A qui et contre qui dans le cas de minorité la Restitution est-elle accordée? — 2° Comment et pour quelles causes l'Édit est-il appliqué? — 3° Quels sont les effets de la Restitution? — 4° Quand le Mineur est-il déchu du droit de demander la Restitution?

121. 1° La restitution est accordée au Mineur de 25 ans. Est Mineur de 25 ans celui qui n'a pas encore atteint le vingt-cinquième anniversaire du jour et de l'heure où il est né¹.

Le Mineur, fils de famille, ne peut demander la restitution que dans les affaires où il a un intérêt personnel et qu'autant qu'il est poursuivi lui-même. S'il s'est engagé sur l'ordre de son père et que le Créancier s'adresse à celui-ci, la restitution n'a pas lieu².

La restitution est accordée au Mineur contre quiconque a traité avec lui, alors même qu'on ne peut pas reprocher de dol à son adversaire³. Que si, dans l'obligation qu'il a contractée, le Mineur a eu un Fidéjusseur, il peut demander la restitution tant contre son Fidéjusseur que contre son Créancier⁴.

La restitution, accordée au Mineur, est *réelle*, en ce sens qu'elle est accordée contre le détenteur de la chose, alors même qu'il n'a pas contracté avec le Mineur, et qu'il a acquis la chose de celui à qui le Mineur l'avait livrée.

¹ Ulpien (Lib. 11, ad Ed.), L. 3, § 3, D. h. t. et Celse, L. 98, D. de V. S. (50.16).

² Ulpien, L. 3, § 4 et s., D. h. t.

³ Gaius (Lib. 4, ad Ed. Prov.), L. 27, § 4. Ulpien, L. 7 et §§, D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 13, pr. D. h. t.

Toutefois le tiers détenteur ne peut être forcé de restituer qu'autant que son vendeur est insolvable et il a son recours contre lui. Si son vendeur est insolvable, le tiers détenteur est responsable vis-à-vis du Mineur, quoiqu'il soit de bonne foi et qu'il ait ignoré que le bien acquis par lui, avait été aliéné par un Mineur⁵.

122. 2° La restitution n'est accordée par le Préteur qu'après qu'il a pris connaissance de l'affaire et si le Mineur prouve qu'il a été trompé (*Si justa causa esse videbitur*). L'Édit ne donne pas d'action particulière, le Préteur est libre de venir au secours du Mineur comme il l'entend, soit en lui donnant une exception; soit en le restituant lui-même *extra ordinem (causâ cognitâ)*; soit en le renvoyant devant un Juge au moyen d'une formule d'action rescisoire ou restitutoire⁶.

Le Mineur est restitué pour tous les actes, de quelque nature qu'ils soient, en raison desquels il a éprouvé un préjudice : *quod cum minore gestum esse dicetur*. S'il s'est obligé en vertu d'un contrat, d'une vente, d'un emprunt; s'il a répondu pour quelqu'un ou s'il a engagé ses biens pour garantir l'obligation d'une autre personne; s'il a accepté une succession onéreuse, s'il a répudié un legs avantageux; il est même restitué contre les occasions de gagner qu'il a manquées, comme s'il a vendu sa chose, et qu'il trouve ensuite un prix plus élevé⁷. Il n'y a même pas chose jugée contre un Mineur, qui peut être restitué contre un Juge-ment qui l'a condamné⁸.

Certes, de pareilles décisions n'étaient pas de nature à

⁵ Ulpien, L. 13, § 1. Paul (Lib. 11. ad Ed.). L. 14. Gaius (Lib. 6, ad Ed. prov.), L. 15, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 11, § 3; L. 13, pr., § 1; L. 16; L. 44. Paul. L. 24, § 5. D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 7 et §§. D. h. t.

⁸ Hermogène, L. 8. Ulpien, L. 9, pr. D. h. t.

assurer la sécurité des transactions ; mais d'un autre côté, était-il possible de conserver dans une société, arrivée déjà à un certain degré de civilisation, une législation qui avait pu suffire au premier âge de Rome ?

Le vieux droit n'a pas connu l'état de minorité, mais seulement l'état de pupillarité qui finissait à la puberté, et il n'y a jamais eu à Rome de tutelle que pour l'impubère. L'ancien droit n'avait même pas fixé la fin de l'impuberté à un âge déterminé, puisque, au dire de Gaius (I. 196), les Sabiniens soutenaient encore que celui-là seul était pubère qui, après examen, avait été déclaré capable d'engendrer, tandis que les Proculéiens, dont l'opinion finit par prévaloir, voulaient que la puberté commençât uniformément à l'âge de 14 ans pour les hommes et à 12 ans pour les femmes. Or le pubère, sorti de la tutelle, avait pleine capacité, et pouvait dès lors faire tous les actes juridiques.

Mais on finit par reconnaître qu'un enfant de 14 ans est facilement victime de son inexpérience, de ses passions, et les dangers de cette législation durent se faire promptement sentir. Seulement les Romains ne procédaient jamais qu'avec une extrême réserve, quand il s'agissait de toucher au vieux Droit. On aurait pu prolonger le temps de la pupillarité, mais c'eût été contraire à un état de choses sanctionné par le droit civil. Une loi *Plætoria* de l'an 563 (v. *Table d'Héraclée*, ligne 112. *Plaute Pseudolus*, acte I, scène 3, vers 290) se contenta de frapper d'une note d'infamie ceux qui tromperaient un individu n'ayant pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans, mais sans prononcer la nullité des actes qui auraient été consentis par celui-ci. *Priscien*, VIII, 4, XVIII, 19. *Cicéron de naturá deorum*, III, 30, *de officiis*, III, 15).

Cette loi ne touchait pas à la capacité de l'adolescent ; elle respectait les actes faits par lui ; elle ne punissait que le dol ; toutefois, elle indiquait de la part du législateur

une préoccupation : c'est que celui qui n'a pas encore atteint l'âge de 25 ans doit être protégé contre ses propres actes. C'était un premier pas vers la création d'un état de minorité succédant à l'état de pupillarité et durant jusqu'à 25 ans.

La Loi *Plætoria* laissait intacts les actes consentis par l'adolescent. Le Préteur vit là une lacune qu'il combla, en introduisant la restitution en entier en faveur de ces nouveaux mineurs ; mais en décidant qu'il ne l'accorderait que dans les cas où la cause lui paraîtrait juste. Le Mineur romain était donc restitué, non parce qu'il était Mineur, mais parce qu'il se trouvait lésé. De là l'adage : *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus* ; tandis que notre mineur moderne n'a pas à prouver la lésion, ses actes sont nuls par cela seul qu'il est Mineur. Si on voulait lui appliquer l'adage romain, il faudrait dire : *Minor restituitur non tanquam læsus, sed tanquam minor*.

Du reste, il est des cas pour lesquels il était difficile d'admettre qu'un jeune homme, à peine parvenu à l'adolescence, pût agir seul : pour recevoir les comptes que devait rendre son tuteur, pour ester en justice, pour se faire adroger, recevoir un payement, donner quittance⁹. L'intervention d'un Curateur fut jugée nécessaire. Mais la règle qui gouvernait la capacité ne permettait pas de généraliser cette institution. Aussi fut-il admis en principe qu'un Mineur de 25 ans ne pouvait recevoir un Curateur malgré lui, si ce n'est en cas de procès¹⁰. Seulement, il lui dut arriver rarement qu'un Mineur ne se trouvât pas dans la nécessité de faire un de ces actes pour lesquels un Curateur lui était imposé ; le Curateur, qui lui était alors donné, conservait ces fonctions¹¹. En fait, l'institution se

⁹ Antonin, L. 1. Gordien, L. 7, C. J. *qui petant tutores* (5.31).

¹⁰ Paul, L. 43, D. *de procuratoribus* (3.3).

¹¹ Dioclétien et Maximien, L. 3. C. J. *de in integrum rest. min.* (2.22).

généralisa. Mais la dation d'un Curateur n'avait pas pour effet de modifier la capacité du Mineur. L'assistance du Curateur à un acte ne préservait pas de la demande en restitution celui qui avait traité avec le Mineur¹². C'est là qu'est surtout le vice du système.

La restitution, appliquée dans les circonstances énumérées plus haut, non seulement devait avoir pour conséquence de priver de tout crédit un mineur de 25 ans, mais encore était en contradiction avec la règle du droit qui lui donnait toute capacité juridique, et qui dès lors devait assurer aux tiers la solidité des engagements du Mineur. Mais il est probable qu'elle n'avait pas pratiquement les résultats fâcheux qu'eût produits son application rigoureuse, et que le Préteur y apportait de justes tempéraments.

Toutefois le Mineur ne pourra pas être restitué contre la liberté qu'il a donné à son esclave¹³.

Le Mineur de 25 ans n'est pas restituable contre les conséquences de ses délits. Cependant, si ayant à répondre à une action de vol il aurait pu éviter la condamnation au double ou au quadruple, en avouant ou en transigeant, il sera regardé comme ayant avoué ou ayant été admis à transiger¹⁴.

La restitution ne lui est pas accordée s'il a laissé passer le délai prescrit pour intenter l'action d'injures, ou les soixante jours pendant lesquels il pouvait poursuivre sa femme comme coupable d'adultère¹⁵.

123. 3° La restitution doit se faire de façon que chacun soit rétabli dans ses droits.

¹² Ulpian. L. 7, § 2. Modestinus, L. 29, § 1. Scévola, L. 39, § 1; L. 47, § 1, D. h. t.

¹³ Ulpian, L. 9, § 6. Paul, L. 10. Ulpian, L. 11, pr., § 1. Papinien. L. 31, D. h. t.

¹⁴ Ulpian, L. 9, § 2. Tryphoninus, L. 37, § 1, D. h. t.

¹⁵ Tryphoninus. L. 37, pr. et § 1, D. h. t.

¹⁶ Paul, L. 24, § 4. Ulpian, L. 49, D. h. t.

Ainsi, en cas de vente, le Mineur recouvrera la chose vendue avec les fruits, à charge de rembourser le prix. S'il a dissipé l'argent qu'il avait emprunté, le Prêteur devra refuser toute action contre lui au Créancier ¹⁶. S'il se fait restituer contre un cautionnement solidaire qu'il a donné, la restitution ne libère pas le principal obligé ¹⁷. Le Mineur est restitué, s'il a omis de fournir des allégations qui lui étaient favorables ¹⁸. Si par suite d'un jugement rendu contre un Mineur de 25 ans, ses biens ont été saisis et vendus, et qu'il soit restitué contre ce jugement, ses biens doivent lui être rendus ¹⁹.

124. 4° Le Mineur perd le droit de demander la restitution, lorsque, parvenu à sa majorité, il a ratifié ce qu'il a fait quand il était Mineur de 25 ans ²⁰.

La restitution lui est refusée, lorsqu'il peut employer un autre moyen, comme s'il est entré dans une société par surprise, la société étant nulle, il n'a pas à demander au Prêteur une restitution inutile ²¹.

Plus tard, les Empereurs accordèrent des dispenses d'âge à des Mineurs (*veniam ætatis*), mais seulement à l'âge de vingt ans, et la restitution fut naturellement refusée à ceux qui avaient obtenu cette faveur ²².

N. B. Le Mineur impubère peut également recevoir un Curateur dans les cas où la tutelle lui fait défaut ou a des intérêts contraires aux siens : Si par exemple le Tuteur est momentanément empêché de gérer, ou s'il a un procès

¹⁶ Gaius, L. 27, § 1, D. h. t.

¹⁷ Paul, L. 48, pr. D. h. t.

¹⁸ Paul, L. 36, D. h. t.

¹⁹ Ulpien, L. 9, pr. D. h. t.

²⁰ Ulpien, L. 3, §§ 1, 2, D. h. t.

²¹ Ulpien, L. 16, pr., §§ 1, 3, D. h. t.

²² Aurélien, L. 1, C. J. D. *de his qui veniam ætatis...* (2.45).

avec son pupille²³. Il en est de même pour les femmes²⁴. Ce Curateur est nommé par le Préteur qui pourtant doit tenir compte de la désignation qui aura été faite par le père du pupille ou Mineur²⁵. Le Curateur peut, comme le tuteur, être révoqué, si son administration compromet les intérêts du Mineur; et la curatelle prend fin régulièrement lorsque le Mineur a atteint l'âge de 25 ans, ou lorsque l'affaire spéciale pour laquelle il a été nommé est terminée²⁶.

§ 4. De Capitis diminutione.

L. un. Qui quæve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, judicium dabo.

Je donnerai action contre ceux ou celles qui auront changé d'état après avoir fait quelque acte ou quelque contrat, comme si ce changement n'avait pas eu lieu.

Ulpien (Lib. 12, ad Ed.) L. 2, § 1, D. de capite minutis (4.5).

125. Ulpien¹ a soin de dire qu'il ne s'agit ici que du petit changement d'état.

Un moyen commode de payer ses dettes était de se donner en adrogation. L'adrogé cessant d'être *sui juris*, ses créanciers n'avaient plus action contre lui, car il n'était plus obligé envers eux (*desinit jure civili debere nobis*)², puisque sa personne juridique était absorbée dans celle de l'adrogeant, et ils ne pouvaient pas s'adresser à celui-ci avec qui ils n'avaient pas contracté. Il en était de même

²³ Pomponius, L. 13, pr. D. de tutelis (26.1).

²⁴ Vat. frag. 110.

²⁵ Modestin, L. 1, § 3, D. de confirmando tutore (26.3).

²⁶ Voir *infra*, Livre 2, Titre 8 de tutelis et N. B. n° 363.

¹ Ulpien, L. 2, pr. D. h. t.

² Gaius, Cons. IV, 38.

d'une femme qui avait changé d'état *per coemptionem*³. Le Préteur vient au secours des Créanciers en leur promettant de considérer le changement d'état comme n'ayant pas eu lieu et de leur donner les actions qu'ils avaient avant ce changement.

Mais, à vrai dire, ce n'est pas là une restitution dans le sens rigoureux et juridique du mot, c'est-à-dire une décision du Préteur visant un acte consommé par une personne à qui cet acte cause un préjudice, et au secours de laquelle vient le Magistrat, en annulant cet acte et en remettant les choses dans leur ancien état. Ici le Préteur vient au secours de personnes qui sont restées étrangères à l'acte : les Créanciers ; il ne détruit pas l'acte, adrogation ou coemption, qui continue de subsister avec tous ses autres effets ; seulement il ne le reconnaît pas en ce qui concerne les Créanciers ; à l'aide d'une fiction, il corrige la rigueur du Droit Civil ; il ne restitue pas l'adrogé ou la femme acquise *per coemptionem*, ce qui a lieu précisément dans les autres cas de restitution que nous avons étudiés précédemment, il déclare simplement que rien n'est changé dans les droits des tiers. La prétendue restitution pour cause de changement d'état est même contraire à ce que dit Ulpien de l'esprit dans lequel cette institution a été conçue⁴. Il est probable que si le changement d'état a été rangé parmi les causes de restitution, c'est qu'il était difficile de lui donner une autre place.

126. Celui qui change d'état reste donc obligé pour les actes accomplis antérieurement au changement, mais non pour les engagements qu'il pourrait contracter après, car ceux envers qui il se serait obligé, ne devraient alors s'en prendre qu'à eux-mêmes d'avoir contracté avec lui. Cependant il peut arriver que, même dans ce dernier cas, on

³ Gaius, *loc. cit.*

⁴ Ulpien, L. 1, D. *de in integrum restitutionibus* (4.1).

donne action contre le *capite minutus* pour des obligations qu'il aura consenties depuis l'adrogation; mais en réalité le changement d'état n'y est pour rien, il sera simplement obligé comme fils de famille⁵.

127. Si l'action du Créancier est anéantie, le changement d'état de son débiteur ne la lui fait pas recouvrer.

Ainsi, si un Créancier adroge son débiteur, il perd ses actions contre lui, et ne les recouvre pas si son débiteur redevient *sui juris*⁶.

128. L'action que l'Édit accorde contre ceux qui ont changé d'état, est perpétuelle. Elle est donnée pour et contre les héritiers.

129. Mais la fiction, qui consiste à considérer comme étant toujours *sui juris* celui qui a changé d'état et qui conserve ainsi aux Créanciers leurs actions, conserve-t-elle les siennes à celui qui a subi le changement?

En principe, celui qui est *alieni juris* n'a pas d'actions en propre, sauf ce qui est relatif aux pécules. Si donc il avait des actions quand il était *suae potestatis*, elles ont été anéanties par son changement d'état.

Cependant Gaius, Paul et Modestin⁷, nous apprennent qu'on faisait des exceptions à la règle générale pour certaines actions, qu'ils qualifient de naturelles et de fait plutôt que de droit. Ainsi l'action de dot pourra être intentée après le changement d'état, *quia in bonum et æquum concepta est*; c'est, dit Gaius, une obligation naturelle qui ne peut pas périr, parce que le droit naturel ne peut pas être détruit par le droit civil (*quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*). Ainsi, le legs d'une pension annuelle ou mensuelle, un legs d'habitation, qui seraient

⁵ Ulpien, L. 2, § 2, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 2, § 4, D. h. t.

⁷ Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.), L. 8. Paul (Lib. 11, ad Ed.), L. 9. Modestin, L. 10, D. h. t.

éteints par la mort du légataire, ne le seront pas par son changement d'état; parce que, dit Modestin, *tale legatum in facto potius quàm in jure consistit*.

Il est difficile d'admettre ces raisons. Le pacte dotal entraîne des obligations qu'on ne peut guère ranger parmi les obligations naturelles. Seulement on conçoit que le Préteur protège la femme à qui une dot a été promise et qui la réclame. Mais celui qui, ayant constitué une dot réceptice, se ferait adroger, pourrait-il en demander la restitution? Le legs d'une pension viagère ou le legs d'habitation ne sont pas plus de simples faits que tous autres legs; seulement, considérés comme ayant le caractère de secours, ils sont essentiellement personnels à celui qui en a été gratifié, et ne doivent cesser de lui venir en aide que lorsque la mort a fait disparaître la cause qui leur avait donné naissance, et on conçoit que le Préteur ait cru devoir respecter les intentions charitables d'un testateur. Mais celui qui se donnerait en adrogation, obtiendrait-il une action pour conserver un usufruit dont il aurait la jouissance^a?

Quoi qu'il en soit de ces exceptions aussi restreintes, elles prouvent, par leur restriction même, que la fiction, imaginée par le Préteur dans l'intérêt des Créanciers, n'avait pas pour but de conserver leurs actions à ceux qui avaient subi un changement d'état. Les Créanciers sont demeurés étrangers à l'adrogation ou à la coemption; ces actes au contraire ont été consentis par l'adroge ou la femme tombée *in manu*, et ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes des conséquences que ces actes peuvent avoir pour eux.

130. Pourquoi Ulpien dit-il que, dans cet Édit, il ne s'agit que de *minimâ capitis diminutione*? C'est que la

^a Paul, sent. III, 6, § 29.

fiction, imaginée dans l'intérêt des Créanciers d'un individu qui avait subi le petit changement d'état, ne pouvait plus concerner les Créanciers d'un citoyen ayant perdu la liberté ou les droits de cité. L'esprit de l'Édit, quant à ses effets, est exprimé dans ces mots : *quid cum his actum contractumve sit*. Or, la perte de la liberté ou des droits de cité est la punition d'un fait délictueux, auquel les Créanciers sont restés étrangers ; et celui qui a subi la *maximam vel mediam capitis diminutionem*, a cessé de faire partie de la Cité, le Droit n'existe plus à son égard, on ne peut plus donner aucune action contre lui ; aussi le Préteur envoie-t-il simplement ses créanciers en possession de ses biens (*permittendum mihi est in bona quæ habuit, mitti*)⁹.

131. Ces expressions : *quid cum his actum contractumve sit*, prouvent que dans la pensée du Préteur la restitution n'était accordée que lorsqu'il s'agissait d'obligations consenties, et que dès lors elle n'était pas applicable en matière de testaments¹⁰.

FORMULE

Judex esto. Si N^s N^s a Titio adrogatus non esset, sive N^a N^a cum Titio coemptionem non fecisset, tum si eum eamve A^o A^o sestertium tot millia dare oporteret, Judex, N^m N^m A^o A^o sestertium tot millia c. s. n. p. a.

§ 5. Ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur.

L. un. Si cujus quid de bonis diminutum erit, cum is metu aut sine dolo malo Reipublicæ causa ab-

Si quelqu'un a éprouvé du dommage dans ses biens, lorsqu'il était absent par crainte ou, sans dol,

⁹ Paul (Lib. 11, ad Ed.), L. 7, § 2, 3, D. h. t.

¹⁰ Ulpian (Lib. 12, ad Ed.), L. 20, D. de Verb. Sign. (50.16).

esset, in vinculis, servitute, hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicitur; item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amissum sit consecutus, actioneque quâ solutus ob id, quod dies ejus exierit; cum absens non defederetur, in vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret; aut cum eum invitum in jus vocari non liceret neque defederetur; cumve Magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro Magistratu, sive dolo ipsius actio exempta esse dicitur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiendi potestas erit, dabo. Item si qua alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit.

Ulpien (Lib. 12. ad Ed.) L. 1, § 1, D. Ex quibus causis majores... (4.6).

pour le service de la République; ou s'il était en prison, en servitude ou au pouvoir des ennemis, ou si le délai de l'action est passé; de même si quelqu'un acquiert une chose par usucapion ou en perd une par non usage; ou s'il a laissé passer le délai d'une action par laquelle il eût été libéré; lorsqu'absent il n'a pas été défendu, soit qu'il fût en prison, soit qu'il n'ait pas pu agir; ou bien, lorsque ne pouvant pas être actionné malgré lui, il n'a pas été défendu; lorsque le Magistrat est pris à partie à propos de l'affaire, parce qu'il est dit que c'est par sa faute et sans le dol de la partie que l'action est éteinte; je donnerai action à propos de ces choses dans l'année pendant laquelle on aura pu agir. De même, si quelqu'autre cause me paraît juste, je restituerai en entier dans les cas où cela est permis par les lois, les plébiscites, les sénatusconsultes, les édits, les décrets des Princes.

132. Quatre catégories de faits ou de personnes sont ici visées :

1° Les absents.

2° Ceux qui ont acquis une chose par succession et ceux qui l'ont perdu par le non usage.

3° Le Magistrat par la faute duquel une action est éteinte.

4° Tous les faits et toutes les situations que le Préteur jugera devoir être l'objet de la restitution.

133. 1° Diverses causes peuvent motiver la restitution dans le cas d'absence, soit qu'on ait été forcé de s'éloigner par crainte de la mort ou des tourments¹, soit que l'éloignement ait pour objet le service de la République, sans

¹ Ulpien, L. 3, D. h. t.

fraude. Mais il est évident que les mots *sine dolo* ne concernent pas ceux qui sont absents par crainte, car s'il y a fraude, il ne peut pas y avoir crainte².

Sont restituables ceux qui étaient en prison (*in vinculis*)³, au moment où l'action est dirigée contre eux, et ceux qui se trouvaient en servitude (*in servitute*)⁴, ou au pouvoir des ennemis⁵; et la restitution a lieu contre tout possesseur d'une chose quelconque appartenant à l'absent, le Préteur ayant toute latitude pour la prononcer; comme aussi elle est refusée à ceux qui négligent de défendre leurs droits⁶.

134. 2°. Nous aurons à nous occuper bientôt de l'action Publicienne, qui consiste en une fiction par laquelle le Préteur considère comme accompli une usucapion qui ne l'est pas encore, mais qui l'eût été, si le possesseur n'eût pas été injustement dépouillé de la chose possédée; et le Préteur accorde alors l'action en revendication (*rei vindictio*).

Ici l'Édit a recours à une fiction inverse : il considère comme non avenue l'usucapion accomplie et permet à l'ancien propriétaire de revendiquer la chose usucapée. C'est la *Contre-Publicienne* ou *Publicienne rescisoire*. Elle est donnée dans deux cas :

A. L'usucapion s'est accomplie au préjudice d'un propriétaire absent ou empêché d'agir pour une des causes légitimes énumérées ci-dessus. Cet ancien propriétaire sera admis à revendiquer, comme si la chose n'eût pas été usucapée. C'est l'application de la maxime : *contrà non valentem agere non currit præscriptio*, qui a passé dans

² Callistrate (Lib. 2, ad Ed. monit.). L. 4. Ulpian, L. 5. D. h. t.

³ Callistrate, L. 9. Ulpian, L. 10, D. h. t.

⁴ Callistrate, L. 11. Ulpian, L. 12. Paul (Lib. 12, ad Ed.), L. 13, D. h. t.

⁵ Callistrate, L. 14. Ulpian, L. 15, D. h. t.

⁶ Paul, L. 16. Ulpian, L. 17, D. h. t.

notre Droit français, mais seulement au profit des mineurs et de la femme mariée dans certains cas ⁷. Cette restriction se justifie par la différence de la durée de la prescription qui était en Droit romain d'un an pour les meubles et de deux ans pour les immeubles, tandis qu'une possession utile pour prescrire en droit français doit avoir une durée de dix, vingt ou trente ans.

B. Le second cas d'application de la Contre-Publicienne est celui où l'usucapion s'est accomplie au préjudice d'un individu présent et au profit d'un individu absent. L'Édit, qui ne veut pas que les absents soient lésés, ne veut pas non plus qu'ils causent du préjudice aux personnes présentes ⁸.

Il y avait une lacune dans la procédure romaine : un demandeur n'avait aucun moyen de se faire rendre justice contre un défendeur, dont il ne pouvait rencontrer la personne. Si donc un individu, possédant la chose d'autrui par lui-même ou par les personnes soumises à sa puissance, était absent, ou s'il se cachait pour éviter l'action que le propriétaire avait sans doute l'intention d'exercer contre lui, et cela dans le but d'atteindre le délai au delà duquel l'usucapion devait être accomplie, le propriétaire était impuissant à l'empêcher. Le Préteur suppose alors que l'usucapion ne s'est pas accomplie et il donne au propriétaire l'action en revendication ⁹.

Ce propriétaire avait, il est vrai, un autre moyen d'agir : c'était de se faire envoyer contre son adversaire en possession de la chose litigieuse ; mais il pouvait très bien arriver qu'il ne put pas se saisir de la chose ; dans ce cas, si la *missio in possessionem* lui donnait l'*animus*, il n'avait pas la deuxième condition, *corpus*, nécessaire à une

⁷ C. C. 2251 et suiv.

⁸ Paul, L. 22, § 1. D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 21, pr., §§ 1. 2 ; L. 23. pr., § 4. D. h. t.

possession utile, et son unique ressource était la Contre-Publicienne. Les deux procédés pouvaient donc être mis en œuvre ; mais il est probable que la disposition de l'Édit était surtout applicable, lorsque le propriétaire n'avait pas pu se mettre en possession effective de l'objet en litige¹⁰. Et l'action est donnée contre l'héritier de celui qui a ainsi usucapé, lors même que l'usucapion s'est continuée après sa mort¹¹.

135. 3° L'Édit s'exprime ainsi :

Sive cui per Magistratum, sive dolo malo ipsius, actio exempta esse dicetur.

Soit qu'il soit dit que c'est par la faute du Magistrat et sans dol de la partie, que l'action est éteinte.

Trois conditions sont ici nécessaires :

A. Il faut que l'action soit éteinte, c'est-à-dire que le demandeur ne puisse plus agir (*actio exempta sic erit accipienda, si desit agere posse*)¹².

B. Il faut que ce soit par la faute du Magistrat que le demandeur ait perdu le droit d'agir (*si per Prætozem stetit, quominus quis conveniri potuerit, restitutio indulgebatur*)¹³, par exemple si l'action se trouve éteinte par des délais qui soient son fait ; s'il n'y avait pas de Magistrat à qui l'on put s'adresser ; s'il n'a pas prononcé (*si jus non dixit*) ; s'il a refusé de dire droit, par faveur pour l'adversaire ou séduit par ses présents ; si quelque fête imprévue l'a empêché de tenir audience¹⁴.

C. Il faut enfin que l'action soit éteinte, sans le dol de la partie qui demande la restitution. Si donc elle avait laissé passer le temps d'agir, pour être jugée par le Préteur

¹⁰ Ulpien, L. 23, § 4. Paul, L. 24, D. h. t.

¹¹ Paul, L. 30, pr. D. h. t.

¹² Ulpien, L. 26, § 4, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 26, pr. D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 26, §§ 4, 7, D. h. t.

de l'année suivante: si elle a refusé d'obéir à une décision du Préteur, ou si celui-ci a eu quelque juste raison de refuser de l'entendre, elle ne sera pas restituée¹⁵.

136. 4°. Le Préteur dit :

Si qua res tibi, sua causa esse videtur, et integrum restituatur, quod ex per leges, plebiscita, senatusconsultis, edictis, decretis Principum licet.

Si quelque chose te paraît restituée, je restituera, en entier conformément aux lois, plébiscites, sénatus-consultes, édits et décrets des Princes.

Cette clause générale a paru nécessaire, car il pouvait se présenter des cas donnant lieu à la restitution, sans qu'il ait été possible de les prévoir. Ce que l'Édit veut, c'est qu'on vienne au secours de tous ceux qui se sont absentés par nécessité et non volontairement (*et generaliter quotiescumque quis ex necessitate non ex voluntate abfuit, dici oportet ei subreniendum*¹⁶).

Quant à ces expressions : *per leges, plebiscita... decreta principum licebit*, il faut les entendre en ce sens que la restitution sera accordée, non pas si ces décisions le permettent, mais si elles ne s'y opposent pas¹⁷.

137. Enfin l'Édit décide que l'action doit être intentée dans l'année, pendant laquelle on aura eu le pouvoir d'agir, délai ordinaire des Actions prétoriennes.¹⁸

FORMULE

Judex esto. Si N° N° (si Titius cui N° N° heres est) hominem de quo agitur anno non possedisset, tum si eum hominem ex jure quiritium A° A° esse oporteret, neque plus quam annus est cum primum de ea re experiundi potestas esset, nisi is homo arbitrato tuo A° A° restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.

¹⁵ Ulpien. L. 26, § 6, D. h. t.

¹⁶ Ulpien, L. 26, § 9, D. h. t.

¹⁷ Ulpien, L. 28, § 2, D. h. t.

¹⁸ Gaius, IV, 110, 111. Paul, L. 35, pr. D. de obligationibus et actionibus (44.7).

§ 6. De eo quod falso tutore gestum erit.

138. Le Protuteur est celui qui *pro tutore gessit*; le faux tuteur (*falsus tutor*) est celui qui, n'étant pas tuteur, intervient frauduleusement avec son *auctoritas* dans des actes qui engagent un pupille ¹.

Le Protuteur administrant la tutelle comme Tuteur, les tiers ont contre lui l'action fondée sur le contrat qu'ils ont conclu; et, dans les rapports du Protuteur avec le pupille, il y a lieu à l'action de tutelle directe et contraire; et il est naturel que la responsabilité de ce Protuteur soit plus rigoureuse que celle d'un tuteur légal ².

Le *falsus tutor* ne peut pas invoquer l'action de tutelle, puisqu'il ne s'est pas immiscé dans l'administration, et il n'en est pas passible vis-à-vis des tiers. Ceux-ci ont contre lui une action créée par le Préteur :

L. un. Quod eo auctore, qui tutor non fuerit, gestum esse dicatur, si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem.

In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicatur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnentur.

Ulpien (Lib. 12, ad Ed.) L. 1, § 1. Paul (Lib. 12, ad Ed.) L. 2. Ulpien, L. 7, pr. D. *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* (27.6).

S'il est dit qu'une chose a été faite par un pupille sous l'autorité de quelqu'un qui n'était pas son tuteur, j'accorderai la restitution en entier, si le plaignant a ignoré la fraude.

S'il est dit que quelqu'un, qui n'était pas tuteur d'un pupille, lui a frauduleusement accordé son *auctoritas*, je donnerai action pour le faire condamner à indemniser le demandeur du dommage qu'il aura souffert.

Les Romains avaient admis en principe que tout indi-

¹ Paul, L. 221, D. *de Verb. Sig.* (50.16).

² Ulpien, L. 1, § 9, D. *de eo qui pro tutore* (27.5).

vidu assez intelligent pour qu'on pût supposer qu'il savait ce qu'il faisait, ou qu'il comprenait la valeur des paroles exigées en certains cas, pouvait faire les actes juridiques; avec cette restriction toutefois que l'impubère pouvait faire seul les actes qui amélioreraient sa position, stipuler par exemple, mais qu'il était incapable de s'obliger sans l'intervention de son tuteur.

L'impubère était censé sorti de l'enfance, quand il avait dépassé l'âge de sept ans. Mais celui qui était *proximus infantiae* pouvait-il faire seul tous les actes, pour lesquels l'autorisation de son tuteur n'était pas exigée; ou bien fallait-il qu'il fut *proximus pubertatis*? Il est probable qu'il n'y avait pas de règles prévues à cet égard, et que tout dépendait, soit de la nature des actes, soit du degré d'intelligence du pupille. Ainsi il pouvait se fiancer, s'il avait dépassé l'âge de sept ans³; mais en général, l'impubère n'était capable de faire les actes pour lesquels on n'exigeait pas l'assistance de son tuteur, que lorsqu'il était *proximus pubertatis*⁴.

Quant aux actes, qui avaient pour conséquence d'engager le pupille, il ne pouvait les faire qu'avec l'autorisation de son tuteur. Si donc cette autorisation lui était donnée par une personne qui n'était pas son tuteur, l'acte n'était pas obligatoire pour lui; il pouvait revendiquer les choses ainsi aliénées, et poursuivre les débiteurs qui l'auraient payé, sauf l'*exceptio doli*, car le pupille ne peut pas plus que tout autre s'enrichir frauduleusement aux dépens d'autrui : *Debitores solvendo ei qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli pervenit*⁵. Si le pupille a été assisté dans un procès par un faux tuteur, non seulement le jugement obtenu contre lui par ses adversai-

³ Modestin, L. 14, D. de Sponsalibus (23.1), infra, n° 492

⁴ Gaius, III. 107, 109.

⁵ Paul, L. 28, D. de Solutionibus (46.3).

§ 7. D. DE ALIENATIONE JUDICII MUTANDI CAUSA (4.7). 109

res serait sans objet, mais il pouvait arriver qu'ils eussent perdu leurs actions par suite de la novation qu'opérait la *litis-contestatio*, surtout dans les instances légitimes ⁶.

C'est pour remédier à ces inconvénients que l'Édit accorde aux tiers lésés et qui ont ignoré la fraude, la restitution en entier, et, dans tous les cas, contre le faux tuteur qui a agi frauduleusement, une action *in factum*, qui aura pour effet de le faire condamner aux dommages-intérêts.

Ces actions passent aux héritiers de la victime du dol, mais elles ne sont pas données contre les héritiers du coupable; et elles se prescrivent par le laps d'une année ⁷.

FORMULES

1. Judex esto. Si A° A°, cum Titium Ni Ni tutorem non esse ignoraret, cum N° N° non egisset, tum si N^m N^m A° A° sestertium decem millia dare oporteret, Judex, N^m N^m A° A° H S decem millia c. s. n. p. a.

2. Judex esto. Si paret N^m N^m, cum Titio tutor non esset, in illo negotio Titio auctorem factum esse dolo malo, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

§ 7. De alienatione judicii mutandi causa.

L. 1. Ne qua alienatio judicii mutandi causâ dolo malo fiat.

Marcien, L. 12, D. de alienatione judicii mutandi causâ (4.7).

Paul (Lib. 12, ad Ed.) L. 8, § 1, D. eodem.

Qu'on ne fasse pas d'aliénation de mauvaise foi pour changer l'état d'une contestation.

139. Cette partie de l'Édit met en lumière un trait extrêmement curieux des mœurs romaines.

⁶ Gaius, IV, 104 et s.

⁷ Ulpien, L. 9, § 1, D. Quod falso tutore... (27.6).

Le Romain, pour qui la notion de la propriété se réduisait à l'idée de prendre (*capere*), avait toujours eu le culte de la richesse, et ne jugeait de vraiment digne de considération qu'un homme riche. Dans l'origine, la richesse avait, plus que tout autre élément, contribué au rapprochement des Patriciens et des Plébéiens. Par suite de cette tendance, l'esprit romain était essentiellement aristocratique : un Plébéien, enrichi, et entrant au Sénat, se montrait aussitôt aussi et peut-être plus aristocrate qu'un Claudius ou un Fabius; et le Citoyen dans la médiocrité n'en paraissait pas scandalisé. Sous la République même, chaque matin le Romain riche recevait la visite d'une foule de Citoyens qui venaient lui rendre leurs hommages et l'escorter dans sa promenade au Forum. Il en était résulté que l'esprit romain était réfractaire à l'idée d'égalité autant qu'à l'idée d'humanité. Aussi voit-on de très bonne heure non seulement naître les privilèges, mais la Jurisprudence faire les plus grands efforts pour empêcher autant que possible les abus auxquels ils donnent toujours naissance. C'est dans cette pensée que le Préteur publia l'Édit dont nous nous occupons.

140. Il complète cette première disposition par la suivante :

L. 2. Si dolo malo lis in alium translata quæve alienatio iudicii mutandi causa facta erit, ut si quis, alienando rem liteve translata suo adversario alium adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem fecerit, si arbitrio Iudicis pristina iudicii causa non restituatur, intra annum, quo primum experiendi potestas erit, in integrum restituam; ut tantum officio Iudicis consequatur actor, quanti ejus interest alium adversarium non habuisse.

Si un procès a été par dol cédé à une autre personne, ou qu'une aliénation ait été faite pour changer l'état de la contestation, dans le but, pour celui qui a cédé le procès ou vendu la chose, de donner à son adversaire un autre adversaire que lui-même, et que cela ait été fait par fraude; si la cause n'est pas rétablie dans son premier état par l'arbitrage du Juge, je restituerai en entier pendant l'année, pendant laquelle on aura eu le pouvoir d'agir, afin que le

Gaius (Lib. 4, ad Ed. prov.) L. 1, pr.; L. 3, § 4. D. h. t.	demandeur obtienne de l'office du Juge des dommages-intérêts pro- portionnellement à l'intérêt qu'il avait à ne pas avoir un autre ad- versaire.
Paul (Lib. 12, ad Ed.) L. 8, § 1. D. h. t.	

141. On accuse de subtilité les Jurisconsultes romains. Si c'est un vice, est-ce à eux qu'on doit en faire remonter la responsabilité ?

L'esprit aristocratique romain ne pouvait admettre qu'un homme riche, qui avait rempli dans l'État les plus hautes fonctions, put perdre un procès contre un simple citoyen sans fortune ou dans une situation sociale modeste. Les *Judices* devaient se laisser facilement intimider ou corrompre par un homme puissant; les monuments de jurisprudence que nous possédons prouvent jusqu'à la dernière évidence que la concussion était à l'état endémique dans la société romaine. Céder un procès à un grand personnage, ou lui vendre une chose que l'on supposait devoir être l'objet d'un litige, sauf à ce personnage à remettre à son cédant, mais moyennant un courtage, le bénéfice du procès ou la chose vendue, cela devait être d'un usage bien fréquent, puisque le Préteur se vit forcé d'intervenir.

D'un autre côté, le Romain avait transporté l'idée de prendre du champ de bataille dans le prétoire du Magistrat. A ses yeux un procès était une bataille, qui avait pour but de lui procurer, à titre de butin, la chose contestée. Or, à la guerre, tous les moyens sont bons, pourvu que la victoire en soit le résultat; et, si dans les temps modernes le droit des gens a modifié cette doctrine, les Romains, qui ne reconnaissaient pas de droits aux étrangers, et ne se croyaient obligés vis-à-vis d'eux à aucun devoir, durent transporter également cet esprit du champ de bataille dans le temple de la Justice, envers ceux de leurs concitoyens avec lesquels ils allaient se livrer judiciairement à un simulacre de combat.

Il ne faut donc pas demander de la moralité dans un procès au plaideur romain ; ce à quoi il faut s'attendre au contraire, c'est à trouver sans cesse la ruse, la fraude, la violence, s'efforçant de suppléer à l'absence de bon droit. Le plaideur romain était passé maître dans l'art de ruser avec la loi, de profiter de son silence ou de l'ambiguïté d'un texte. Son imagination lui faisait découvrir les ressources les plus cachées, les procédés les plus tortueux pour arriver à ses fins. L'Édit qui nous occupe en est la preuve.

L'action, donnée par lui, a lieu contre celui qui se fait remplacer par une personne domiciliée dans une autre Province, par un adversaire plus puissant ¹, ou toute autre personne que l'on suppose devoir vexer la partie adverse ².

Un individu, à qui on revendique un esclave, l'affranchit ; ce qui rend plus dure la condition du demandeur, en raison de la faveur accordée à la liberté ³.

J'ai une action contre vous à propos d'un ouvrage que vous avez fait faire sur un terrain, ou parce que vous avez détourné les eaux de pluie ; vous vendez l'objet occasion de ce litige ; vous rendez par là ma position plus mauvaise, parce que vous seriez condamné à remettre vous-même à vos frais les choses dans leur ancien état, tandis que votre acquéreur, qui n'est pas l'auteur de ces actes, ne peut être condamné qu'à souffrir qu'on le fasse ⁴.

Si, sommé par moi d'avoir à ne pas continuer un ouvrage commencé, vous avez aliéné le terrain et que votre acquéreur ait repris et achevé cet ouvrage, je ne pourrai plus agir ni contre vous, en vertu de ma sommation, puisque ce n'est pas vous qui avez fait l'ouvrage, ni

¹ Gaius, L. 1. § 1, D. h. t.

² Ulpien, L. 2, D. h. t.

³ Gaius, L. 3, § 1, D. h. t.

⁴ Gaius, L. 3, § 2, D. h. t.

contre votre acquéreur à qui ma sommation n'a pas été adressée⁵.

Dans ces divers cas, on a changé l'état de la cause, et la restitution a lieu, c'est-à-dire que le Juge devra allouer des dommages-intérêts proportionnés au préjudice causé.

142. L'esprit, dans lequel l'Édit est conçu, nous montre bien qu'il a pour objet de rendre vaines les ruses employées par les plaideurs. Car il ne s'agit pas d'une aliénation présente, faite au début de la contestation ou dans le cours du procès : mais d'une vente antérieure consentie dans le dessein de changer l'état d'une contestation à naître⁶. Cette prévoyance du plaideur qui, longtemps à l'avance, se prépare à donner à sa partie adverse un adversaire qui rendra sa situation plus difficile, justifie bien ce que nous avons dit plus haut ; et il faut que des faits semblables aient été bien fréquents, pour que le Préteur se soit cru obligé de publier dans son Édit une disposition aussi étrange.

143. Toutefois une condition nécessaire pour que la restitution ait lieu, c'est le dol joint au dessein de changer l'état de la cause. Car, dit Ulpien⁷, on peut cesser de posséder par dol, sans avoir eu l'intention de changer l'état de la contestation, auquel cas la disposition de l'Édit n'est pas applicable. Exemple de subtilité bien remarquable ! Comment prouver que celui qui aurait cessé de posséder et qui aurait ainsi changé l'état de la cause, ne l'aurait pas fait dans une intention frauduleuse ? ou plutôt comment son adversaire pourra-t-il prouver que tel était au contraire son but ? Assurément, jamais le grand Jurisconsulte ne se serait abaissé à une distinction semblable, s'il n'y avait été contraint par les faits.

Ces conditions sont donc indispensables. Si l'on ne peut

⁵ Gaius, L. 3, § 3, D. h. t.

⁶ Paul, L. 8, § 1, D. h. t.

⁷ Ulpien (Lib. 13, ad Ed.), L. 4, § 1, D. h. t.

pas blâmer quelqu'un qui aliène une chose pour éviter les contestations auxquelles elle peut donner lieu, on doit sévir contre celui qui, voulant garder une chose, la transmet à un autre pour mettre à sa place un adversaire incommode (*molestum adversarium pro se subjiciat*)⁹. Et Ulpien a soin d'ajouter qu'on ne tombe pas sous le coup de l'Édit, lorsqu'on transfère à une autre personne une chose au sujet de laquelle on craint une contestation, si on le fait par des raisons de santé, d'âge ou d'occupations nécessaires, parce que l'Édit ne parle que du dol⁹.

144. Cette action a pour but la poursuite de la chose; elle n'est pas pénale, dit Ulpien : *hæc actio non est penalis*¹⁰; aussi passe-t-elle à l'héritier de la victime, mais elle n'est pas donnée contre l'héritier du coupable, ni contre ses autres successeurs, ni après l'année pendant laquelle on aurait pu agir¹¹.

Cette conclusion d'Ulpien en ce qui concerne les héritiers n'est guère admissible. Ou l'action est pénale, ou elle ne l'est pas. Si elle n'est pas pénale, elle doit être donnée pour et contre l'héritier; et c'est seulement dans le cas où elle serait pénale qu'on ne pourrait pas la demander contre l'héritier du coupable. Or Ulpien déclare qu'elle n'est pas pénale et cependant il dit qu'elle n'est pas donnée contre l'héritier. Cette solution est contradictoire. Gaius rectifie cette erreur, en disant que, bien que l'action ait pour objet la poursuite de la chose, elle paraît cependant donnée comme conséquence d'un délit (*quia pertinet ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari*)¹²; c'est pour cela qu'elle n'est pas accordée contre l'héritier.

⁹ Ulpien, *eod.*

⁹ Ulpien, L. 4. § 3. D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 4, § 6, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 4, § 6; L. 6. Paul. L. 5, D. h. t.

¹² Gaius, L. 7, D. h. t.

145. Il n'y a pas lieu à l'application de l'Édit dans le cas d'aliénations faites par legs ou par institutions d'héritier¹⁵, ou dans le cas d'une vente conditionnelle¹⁴.

146. Malgré les efforts de la Jurisprudence, les abus produits par le privilège ne cessèrent pas, loin de là; ils prospérèrent plus que jamais sous les Empereurs. Il y a au Code J. un titre dont la rubrique est significative : *Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare, vel actiones in se transferre!* (2.14).

Le Romain, pour qui un procès était un combat, y apportait la passion la plus violente; et, pour soustraire ses biens à l'action de son adversaire, il les donnait à l'Empereur, au fisc. Les Empereurs furent obligés de réagir, et de menacer de punir ceux qui auraient recours à ce procédé aussi honteux qu'odieux (*pro tam turpi tamque invidioso commento*)¹⁵.

147. Le commerce des droits litigieux paraît avoir été à Rome l'objet d'un trafic considérable et lucratif. Les personnages puissants (*potentiores*), qui savaient le parti qu'ils pourraient tirer de leur influence, s'y livraient avec une âpreté d'autant plus grande que le bénéfice était assuré.

Les Empereurs se virent dans l'obligation de lutter contre de tels abus. Déjà, sous la République, une loi *Licina*¹⁶ avait défendu les aliénations de nature à rendre plus difficile la position de l'adversaire. En 287, Dioclétien et Maximien confirment une Constitution de Claude qui interdit aux plaideurs de se faire défendre par des hommes puissants, à peine de perdre leurs créances¹⁷; et en 407,

¹³ Paul (Lib. 12, ad Ed.), L. 8. § 3, 5, D. h. t.

¹⁴ Paul (Lib. 1, ad Ed. Edit. Cur.), L. 9, D. h. t.

¹⁵ Marcien, L. 22, § 2. D. *de jure fisci* (49.14). Paul, Sent. V, 12, 7. Gordien, Cons. 2, C. J. *ne fiscus vel Respublica* (2.18).

¹⁶ Marcien, L. 12, D. h. t.

¹⁷ Dioclétien et Maximien, L. 1, C. J. *Ne potentioribus...* (2.14).

Arcadius, Honorius et Théodose renouvellent la même défense¹⁸. Puis en 506, l'Empereur Anastase publia la célèbre constitution (*lex Anastasiana*) par laquelle il espérait empêcher les spéculateurs d'acheter des créances à vil prix et mettre les débiteurs à l'abri de la ruine, à laquelle les exposait ce honteux trafic¹⁹. Il décide que le Cessionnaire ne pourra exiger du débiteur plus qu'il n'a payé lui-même, y compris les intérêts du prix. Mais comment connaître le prix réel payé par le Cessionnaire? Est-ce à celui-ci à prouver qu'il a réellement payé la somme qu'il réclame? Est-ce au débiteur à établir que la cession a été faite à un prix inférieur à la somme réclamée? Ou bien suffit-il au Cessionnaire de présenter son titre de cession, que doit contester le débiteur, s'il le juge à propos? Moyens bien faibles pour lutter contre de tels abus!

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m (utilis : Titium cum Nⁱ Nⁱ tutor curatorve esset) quo magis A^o A^o, cum is illum fundum (fundi illius partem illam, hominem illum) ex jure quiritium suum esse petiturus (ad exhibendum. acturus — jus prædii vindicaturus — de aqua pluvia arcenda acturus — interdicto quod vi aut clam certaturus — opus novum ei nuntiaturus) esset, alium adversarium suo loco substitueret, in hoc anno fundum, q. d. a., dolo malo mancipio dedisse possessionemque ejus fundi tradidisse, nisi arbitrato tuo N^s N^s A^o A^o eam rem in integrum restituat, quanti Aⁱ Aⁱ interest alium adversarium non habuisse, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

148. Une disposition commune aux Restitutions en entier est celle-ci :

¹⁸ Arcadius, Honorius et Théodose, L. 2, *eod.*

¹⁹ Anastase, Cons. 22. C. J. *mandati* (4.35). C. C. 1699-1701.

Nous avons vu que l'action est donnée dans l'année pendant laquelle on a pu agir. Or, il y a à cette règle une exception :

L. 3. Hæredi etiam post annum, causâ cognitâ, in integrum restitutionem dabo.

Ulpien (Lib. 13, ad Ed.) L. 19, de minoribus 25 annis (4.4).

J'accorderai, en connaissance de cause, même après l'année, la restitution en entier à l'héritier.

Il peut arriver en effet que l'héritier soit mineur; l'Édit lui accorde le droit de demander l'action pendant l'année qui suit celle de sa majorité. Et si cet héritier, devenu majeur de vingt-cinq ans, meurt pendant cette année, sans avoir demandé l'action, et que son héritier soit mineur, il aura, à sa majorité, non plus une année pour former sa demande, mais ce qui reste au *de cuius* de l'année pendant laquelle il aurait pu agir.

TITRE V

DE RECEPTIS

149. Suivant Gaius : *Obligationum summa divisio in duas species deducitur : omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto* (III, 88). Et il dit ailleurs : *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (L. 1. pr. D. de oblig. et act. 44. 7). Il en résulte que la Jurisprudence romaine ne reconnaît que deux causes d'obligations : le contrat et le délit; et, s'il se produit un fait donnant lieu à une responsabilité et ne rentrant pas dans une de ces deux causes, on le rattache à celle dont il se rapproche le plus (*ex variis causarum figuris*) et on dit que l'obligation naît *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto*.

Toutefois ces mots n'ont pas le sens que leur a donné notre terminologie moderne. Les Romains, n'ayant pas créé d'actions spéciales pour ce genre d'obligations, les ont laissées soumises à la règle générale qui, dans les cas non prévus, veut qu'on donne une action *in factum*. Aussi on ne trouve pas en cette matière une nomenclature satisfaisante. Par exemple : le *damnum injuria datum* est un délit, quoiqu'on ne puisse reprocher à celui qui l'a causé que la faute la plus légère ; et le Juge, qui a agi par dol ou qui s'est laissé corrompre n'est responsable que d'un simple quasi-délit, que Justinien range parmi les obligations *quæ ex delicto nascuntur* (Inst. IV, 3, 4 et 5 pr.). C'est probablement pour cela que le Préteur, ne trouvant pas à ranger le *receptum* dans l'une ou l'autre des catégories de

contrats ou de délits, lui a donné place dans les *præparatoria judiciorum*.

149 *bis*. Par *receptum* on entend une obligation résultant d'une fonction volontairement acceptée.

Il y a *receptum* lorsqu'un magistrat reçoit une plainte portée à son tribunal ¹.

Il y a *receptum* lorsqu'un ou plusieurs arbitres promettent de juger sur un compromis les contestations existant entre deux ou plusieurs personnes.

Par analogie, il y a *receptum* pour les bateliers, aubergistes, logeurs d'animaux, lorsque des effets de voyageurs ou des animaux sont introduits dans leurs bateaux, auberges ou étables.

Le Magistrat qui a reçu la plainte doit y donner suite.

L'arbitre a reçu et accepté la mission de juger; il est obligé de prononcer sa sentence.

Des effets de voyageur ou des animaux sont introduits dans un bateau, une auberge, une étable; le batelier, aubergiste ou logeur, est obligé de les rendre.

L'obligation de juger est le résultat de l'acceptation de la fonction d'arbitre.

L'obligation de rendre les animaux ou objets est le résultat de la fonction de batelier, logeur ou aubergiste.

Nous avons vu que le Magistrat peut être pris à partie, lorsqu'un préjudice a été causé par son fait ². L'Édit s'occupe ici des deux autres causes de responsabilité.

§1. Qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

150. Personne n'est forcé d'accepter la mission de

¹ Cicéron in Verrem, II, 2, 38 : *Si quis absentem Sthenium rei capitalis reum facere vellet, sese ejus nomen recepturum... Iste vero et licere et fieri solere et se recepturum.*

² Supra, Nos 132. 135.

juger sur un compromis; mais, si cette mission est acceptée, l'Édit exige de celui qui s'est ainsi volontairement constitué juge, qu'il prononce la sentence ¹.

L. un. Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, sententiam eum dicere cogam.

Ulpien (Lib 13, ad Ed.) L. 3, § 2; L. 11, § 2, D. de receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant (4.8).

Je forcerai de prononcer la sentence celui qui aura accepté d'être arbitre sur un compromis pour l'exécution duquel il a été stipulé une peine.

Pour que cette contrainte puisse avoir lieu, plusieurs conditions sont nécessaires :

151. Il faut d'abord qu'il y ait un compromis liant les parties. Si donc l'une d'elles a promis une peine en cas de non exécution, et que l'autre n'ait pas pris le même engagement, l'arbitre ne peut être forcé de juger ². Si la peine a été promise sous condition, l'arbitre ne peut être contraint de prononcer que lorsque l'événement est arrivé ³; et dans ce cas, le Prêteur devra retarder l'échéance du compromis, si c'est possible ⁴. En résumé, le Prêteur ne peut pas exiger de l'arbitre qu'il prononce sa sentence, si le compromis est nul dans son principe; si, étant valable, il y a incertitude sur la question de savoir si une peine pourra être exigée, ou si la clause pénale fait défaut, par l'expiration du temps fixé, par la mort, ou par suite d'une acceptilation, d'un jugement ou d'un pacte ⁵. Il est certain en effet que, si la peine stipulée est devenue exigible, par exemple par le fait d'une des parties qui, ne s'étant pas présentée, a empêché l'arbitre de prononcer sa sentence, il ne peut plus être forcé de le faire ⁶.

¹ Ulpien. L. 3, § 1, D. De receptis... (4.8).

² Ulpien. L. 11. § 4, D. h. t.

³ Ulpien, *cod.*, § 5.

⁴ Paul (Lib. 13, ad Ed.), L. 12. D. h. t.

⁵ Paul, L. 32. § 3. D. h. t.

⁶ Paul, L. 32, § 1. Ulpien, L. 27. § 4. D. h. t.

152. Quiconque a accepté les fonctions d'arbitre doit être forcé par le Préteur de les remplir, fut-il personnage consulaire; à moins qu'il ne soit revêtu d'une Magistrature comme celle de Préteur ou de Consul; car alors le Préteur n'aurait pas d'autorité sur lui ⁷.

Pourtant il est certains cas où le Préteur doit entendre les motifs de refus ou les excuses de l'arbitre : par exemple, s'il a été déshonoré par les parties, s'il est survenu entre elles ou l'une d'elles et lui une inimitié capitale (*inimicitia capitales*); s'il invoque son âge, sa santé; s'il est absorbé par ses affaires personnelles; s'il est forcé de s'absenter ou chargé d'un service pour la République ⁸. Dans ces divers cas et autres semblables, le Préteur devra décider en connaissance de cause ⁹. Il ne contraindra pas l'arbitre à juger, si les parties, au mépris de l'autorité qu'ils lui ont donnée, se présentent devant la Justice, ou devant un autre arbitre, et reviennent devant lui ¹⁰. L'arbitre sera dispensé de juger, s'il est devenu ministre de la religion, à moins qu'il n'ait accepté depuis qu'il a été revêtu de fonctions sacerdotales ¹¹. Il y a de plus des arbitres qu'on ne force pas à prononcer leur sentence : ceux qui se sont laissés corrompre, ou qui sont notoirement déshonorés ¹². Il est même un cas où non seulement l'arbitre ne peut pas être forcé de juger, mais où il lui est défendu de le faire : c'est celui où, le compromis ayant été fait avec cette clause qu'il serait obligatoire pour les héritiers des parties et, l'une d'elles étant morte, l'autre conteste aux héritiers de son adversaire leurs droits à l'hérédité. Dans ce cas, la sen-

⁷ Ulpien, L. 3, § 3. Paul, L. 4, D. h. t.

⁸ Ulpien, L. 15; L. 9, § 4, D. h. t.

⁹ Paul, L. 16, pr. et § 1, D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 9, § 5. Paul, L. 10. Ulpien, L. 11, pr. D. h. t.

¹¹ Paul, L. 32, § 4, D. h. t.

¹² Ulpien, L. 9, § 3, D. h. t.

tence pourrait exercer une influence préjudiciable sur la question pendante ¹³.

153. L'arbitre est obligé de prononcer sa sentence dans les délais fixés par les compromis. Mais si ces délais n'ont pas été fixés, l'arbitre doit le faire du consentement des parties; et ces délais deviennent obligatoires pour lui ¹⁴; toutefois, s'il demande lui-même un délai avec serment que l'affaire ne lui paraît pas encore en état, il doit lui être accordé ¹⁵; s'il y a plusieurs arbitres, un seul ne peut être forcé de juger, il faut les contraindre tous ou n'en contraindre aucun. Le Jugement doit être rendu par tous les arbitres réunis, à moins d'une clause contraire dans le compromis ¹⁶. Enfin l'arbitre est censé avoir prononcé sa sentence, quand il a jugé de façon que la contestation se trouve terminée. Que, s'il a accepté la mission de décider sur plusieurs affaires, il n'est pas censé l'avoir accomplie, tant qu'il reste des points contestés, et il pourra être forcé par le Préteur de les trancher ¹⁷.

154. Quels moyens de contrainte le Préteur emploierait-il?

L'arbitre a contracté une obligation de faire, qui se résout en dommages-intérêts vis-à-vis des parties. Quant au Préteur, il n'a que la ressource de le condamner à une amende ¹⁸.

N. B. Les compilateurs des Pandectes ont placé dans ce titre toute la théorie du compromis et des obligations des parties (*litigatores*), alors que sa rubrique, empruntée certainement à l'Édit, ne vise que l'arbitre.

¹³ Paul, L. 32, § 10, D. h. t.

¹⁴ Pomponius, L. 14, D. h. t.

¹⁵ Ulpian, L. 13, § 4, D. h. t.

¹⁶ Ulpian, L. 17, §§ 2, 4. Paul, L. 32, § 13, D. h. t.

¹⁷ Paul, L. 49, § 1, D. h. t.

¹⁸ Paul, L. 32, § 12, D. h. t.

Un commentaire de l'Édit doit se renfermer dans les limites qu'il a tracées.

§ 2. Nautæ, Caupones, Stabularii, ut recepta restituant.

L. un. Nautæ, Copones, Stabularii, quod cujusque, saluum fore receperint, nisi restituant, in eos judicium dabo.

Ulpien (Lib. 14, ad Ed.) L. 1, pr. D. *Nautæ, Caupones, Stabularii, ut recepta restituant* (4.9).

Si les Bateliers, Aubergistes, Loueurs d'étables ne restituent pas ce qu'ils auront reçu pour être conservé, je donnerai action contre eux.

155. L'utilité de cette disposition est manifeste, car les voyageurs sont obligés de se confier à ces personnes qui pourraient facilement abuser de la confiance forcée qu'on doit avoir en elles¹.

156. Pour qu'il ait responsabilité, il n'est pas nécessaire que les objets aient été remis au maître du bateau, de l'auberge ou de l'étable. Il suffit qu'ils y aient été introduits pour être transportés ou logés; ou même qu'ils aient été consignés, si, après la consignation, ils avaient été perdus sur le rivage, avant leur introduction dans le navire². Car un maître de vaisseau, d'auberge, un loueur d'étables, touchent un salaire, l'un pour transporter les voyageurs, l'autre pour les loger, le troisième pour recevoir des animaux; ils sont tenus de la surveillance, de la garde des choses qui leur sont confiées, comme le tailleur à qui l'on confie des étoffes pour son travail et qui est pour cela tenu de l'action de loyer (*custodiæ nomine ex locato*

¹ Ulpien, L. 1, § 1, D. h. t.

² Ulpien. L. 1, §§ 2, 3, 4, 8. L. 3, pr. Gaius (Lib. 5, ad Ed. prov.), L. 2. Paul (Lib. 13, ad Ed.), L. 4, § 1, D. h. t.

tenetur)³. Mais la responsabilité cesse, si les objets ont été reçus à tout autre titre qu'à celui de batelier, aubergiste ou logeur d'animaux⁴.

157. L'action donnée par l'Édit est une action *in factum*. Mais on s'est demandé s'il était nécessaire de créer une action particulière, quand on aurait pu agir par des actions civiles?

Puisqu'on a donné de l'argent pour garder ces objets, ne peut-on pas intenter l'action du loyer? Que s'il n'a pas été donné d'argent, n'aura-t-on pas l'action de dépôt? Sans doute; mais ni l'une ni l'autre de ces actions n'eussent suffisamment garanti le propriétaire. Le locataire ne répond que de sa faute, le dépositaire de son dol (*in locato-conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstatur*); tandis qu'en vertu de l'Édit, le batelier, aubergiste ou logeur est tenu de la perte causée, lors même qu'il n'y a pas de sa faute, à moins que la perte n'ait été causée par un événement fatal (*nisi si quid damno fatali contingit*), auquel cas il peut opposer l'exception de force majeure à l'action intentée contre lui⁵. Et peu importe que la chose ait été volée ou simplement détériorée; celui qui s'est chargé de la conserver en bon état, est responsable du vol comme du dommage⁶, et peut être tenu de l'une ou l'autre de ces actions⁷. Il est responsable non seulement du fait de ceux qu'il emploie, mais de celui des voyageurs, passagers qui séjournent dans son bateau ou dans son hôtel⁸.

158. Cette action, ayant pour objet la poursuite de la chose, est perpétuelle et peut être intentée contre l'héritier⁹.

³ Gaius, L. 5, pr. D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 3, § 2, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 3, § 1, D. h. t.

⁶ Gaius, L. 5, § 1, D. h. t.

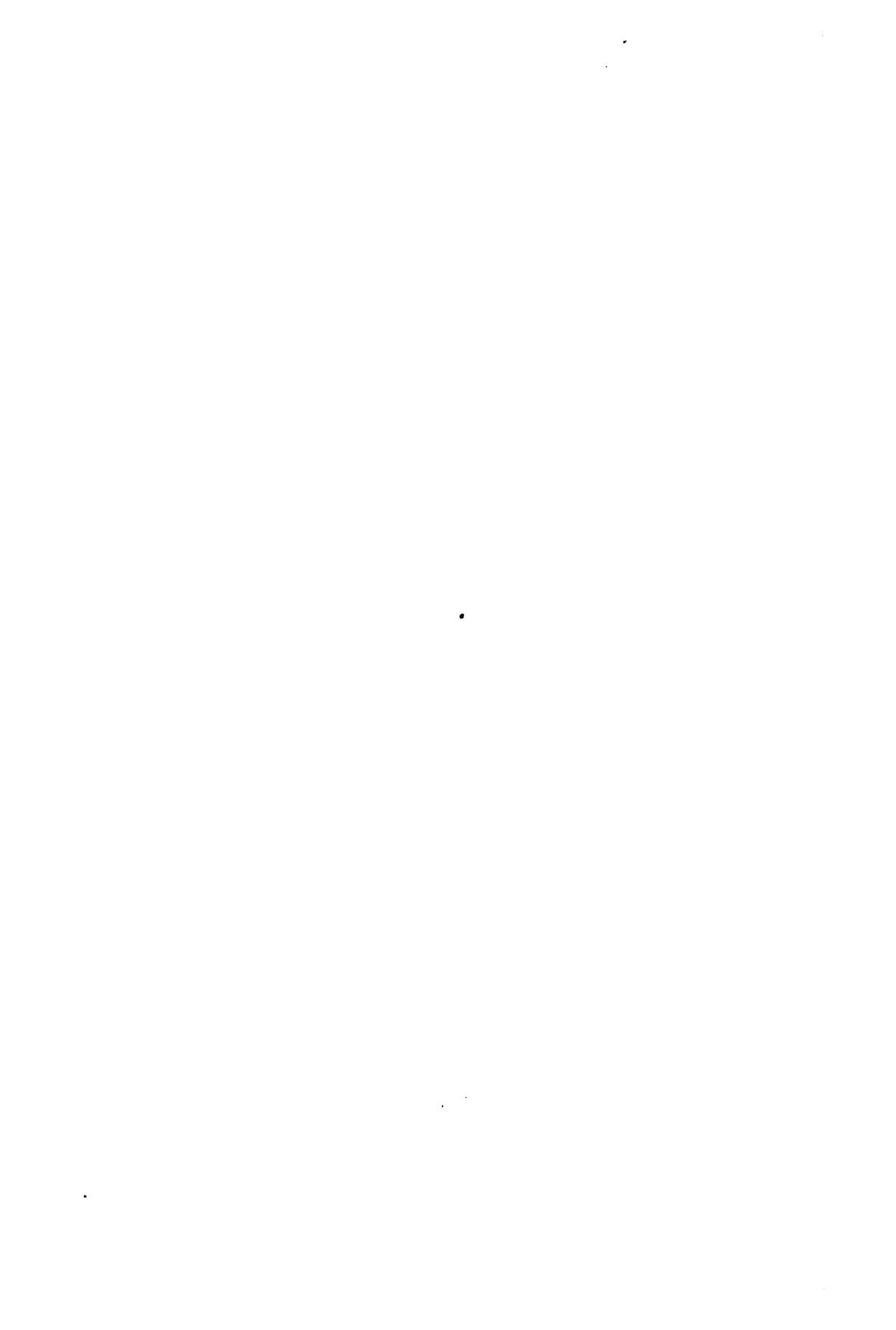
⁷ Ulpien, L. 3, § 5, D. h. t.

⁸ Ulpien, L. 1, § 8. Gaius, L. 2, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 3, § 4, D. h. t.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m (servum, filium, institorem Nⁱ Nⁱ voluntate ejus), cum navem (cauponam, stabulum) exerceret, Aⁱ Aⁱ res, quibus de agitur, salvas foro recepisse neque restituisse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.



LIVRE II

DE JUDICIIS OMNIBUS

(Paul, I, 12.)

159.

L. 1. Si se subjiçiant alicui jurisdictioni et consentiant factâ hæc de re sponsione, inter consentientes *judicium dabo.*

Ulpien (Lib. 2, ad Ed.) L. 1, D. *de Judiciis* (5.1).

Paul (Lib. 2, ad Ed.) L. 7, D. *de Verb. Sign.* (50.16).

L. 2. Filios filiasve familias cum patre; servos, ancillas, pupillos, pupillas, etsi infantia majores, denique furiosos, cum quocumque adversario, in *judicio consistere non patiar.*

Gaius (Lib. 1, ad Ed. prov.) L. 4. Ulpien (Lib. 12, ad Ed.) L. 11, D. *de Judiciis* (5.1).

Gaius (Lib. 1, ad Ed. prov.) L. 107. Paul (Lib. 16, ad Ed.) L. 124, D. *de Reg. Jur.* (50.17).

L. 3. Qui Jurisdictioni præsumt, quibusve mandata est Jurisdiction; vel Romæ, vel ubi quisque domicilium habet unde ortus est, vel ubi contraxit delictive, de contractu delictive, necnon ubi res quæ petitur sita est, *judices dabunt. Eos, dum justæ ætatis, talesve sint qui per naturam, leges, Plebiscita, Decreta, Edictave Principum judi-*

Si les parties se soumettent à une juridiction et consentent par promesse à y être jugées, je donnerai jugement entre ceux qui consentent.

Je ne souffrirai pas que des fils ou des filles de famille aient des procès avec leur père, ni que des pupilles de l'un ou l'autre sexe, même voisins de la puberté, et des fous, en aient avec quelque adversaire que ce soit.

Que les Magistrats ou ceux à qui la juridiction a été déléguée donnent des Juges, soit à Rome, soit dans le lieu où les parties sont domiciliées, ou dans celui dont elles sont originaires, soit là où le contrat a été fait ou le délit commis, soit là où est située la chose demandée. Si ces Juges, qui doivent être d'un âge raisonnable et tels

care non prohibentur, « si iudicium protelaverint et excusationem non habent, » sententiam ferre; reosve, si ipsis liquebit, vel absolvere, vel ad rem restituendam, vel in certam summam, idve quod interest, condemnare cogam.

Paul (Lib. 17, ad Ed.) L. 12, §. 1, 2. Ulpien (Lib. 60, ad Ed.) L. 19, pr. Paul (Lib. 58, ad Ed.) L. 20. Ulpien (Lib. 34, ad Ed.) L. 65, D. de *Judiciis* (5.1).

Ulpien (Lib. 23, ad Ed.) L. 13, § 2, 3, D. de *Vacatione munerum* (50.5).

Valérien et Gallien, L. un., C. J. *Ubi de hereditate* (3.20).

L. 4. Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item his qui testimonii causâ evocati sunt, vel si qui iudicandi causâ arcessiti « sunt » aut in provinciam destinati, revocandi domum suam, « causâ cognitâ » jus dabo.

Ulpien (Lib. 3, ad Ed.) L. 2, § 3 à 6. Ulpien (Lib. 5, ad Ed.) L. 5, D. de *Judiciis* (5.1).

L. 5. Eos qui rem possident et à quibus quis sibi dari fierive quid oportere probabit, nisi justâ exceptione tuti sint, iudicium accipere cogam.

Inst. J., IV, 6, § 1.

L. 6. Eum qui dominus heresve erit, aliudve jus in quâlibet re habebit, vel qui eam sibi ex justâ causâ traditam bonâque fide acceptam amisit, in rem agere; itemque eum cujus interest aliquid dari fierive, illud condicere ab adversario cui justâ exceptio non erit, permittam.

Inst. J., IV, 6, § 1.

que par nature, par les lois, les Plébiscites, les Décrets ou les Edits des Princes il ne leur soit pas défendu de juger, traitent le procès en longueur, je les forcerai de rendre leur sentence. Je les forcerai de condamner les défendeurs, s'ils pensent qu'il en doit être ainsi, ou à les absoudre, ou à les contraindre de restituer la chose litigieuse, ou à payer une certaine somme, ou à indemniser le demandeur de l'intérêt qu'il a dans l'affaire.

Je donnerai le droit de revendiquer leur domicile aux Gouverneurs des Provinces qui auront contracté avant leur mission, ou à ceux qui sont appelés comme témoins ou comme Juges, ou ayant une mission en province, et ce après avoir pris connaissance de l'affaire.

Je forcerai d'accepter jugement ceux qui possèdent une chose et ceux, par qui on prouvera qu'une chose doit être donnée ou faite, à moins qu'ils ne soient protégés par une exception valable.

Je permettrai d'agir par action réelle à celui qui revendique une chose comme propriétaire ou héritier ou en vertu de quelqu'autre droit, ou qui aura perdu une chose qui lui a été livrée en vertu d'une juste cause et qu'il a acceptée de bonne foi; et de même je permettrai d'agir par action personnelle à celui qui a intérêt à ce qu'on lui donne ou qu'on fasse pour lui quelque chose, contre son adversaire qui n'aura pas à lui opposer une exception valable.

L. 7. Si longius spatium intercessurum erit, quominus judex datus operam dare possit; eum mutari jubebo.

Ulpian (Lib. 23, ad Ed.) L. 18, pr. D. *de Judiciis* (5.1).

S'il doit s'écouler un long espace de temps, avant que le Juge désigné puisse remplir son office, j'ordonnerai qu'il soit changé.

TITRE I

DE UNIVERSITATUM RERUM PETITIONIBUS

159 bis. *Universitatum rerum petitio* est l'action qui a pour objet un ensemble de choses ou de droits, telles qu'une hérédité, une dot, par opposition à *singularum rerum petitio*, action ayant pour objet des choses particulières.

§ 1. De inofficioso testamento.

L. un. Si quis inofficiosum testamentum dicere velit, eo quod injuste se exheredatum aut præteritum esse quærat, neque ei quarta pars debita portionis ab intestato relicta fuerit, inofficiosi testamenti intra quinquennium ei actionem dabo.

Marcellus, L. 3. Gaius (*libri singulari ad legem Glitiam*¹⁾ L. 4. Ulpian (Lib. 14, ad Ed.) L. 8, §§ 6, 8, 16, 17, D. *De inofficioso testamento* (5.2).

Si quelqu'un attaque un testament comme inofficieux, en alléguant qu'il a été injustement déshérité ou omis, et qu'on ne lui ait pas laissé la part qui devait lui revenir *ab intestat*, je lui donnerai, dans les cinq ans, la plainte de testament inofficieux.

¹ Nulle part ailleurs il n'est fait mention de cette loi Glitia. On a voulu conclure du commentaire qu'en aurait fait Gaius, que la *querela inofficiosi testamenti* aurait été établie par une loi écrite. Le silence de tous les jurisconsultes ne permet pas d'admettre cette opinion. Le Droit romain était essentiellement coutumier; l'institution, qui nous occupe, a été, comme tant d'autres, introduite par les mœurs, l'interprétation des Prudents et la Jurisprudence. Elle était déjà en usage au temps de Pompée (Valère-Maxime, VII, 7, 2), où l'on voit un fils donné en adoption, non émancipé par son père adoptif, qui fait rescinder le testament de son père naturel, dans lequel il a été omis.

160. Jusqu'à la fin de la République, le Citoyen romain a été le maître de disposer de ses biens, comme il l'entendait. Ce droit lui avait été donné par la Loi des XII Tables², et la *Bonorum possessio contra tabulas* n'y avait pas porté atteinte, puisque, ainsi que nous le dirons quand nous nous occuperons des *Bonorum possessiones*, cette création prétorienne n'avait pas eu d'autre origine et d'autre but que de se conformer à la volonté présumée du testateur³.

Mais vint un moment où l'opinion s'accrédita que certains parents avaient un droit sur le patrimoine de leur parent prédécédé, et que celui-ci manquait au plus sacré des devoirs (*officium pietatis*)⁴, s'il n'en tenait aucun compte dans son testament. C'est l'idée d'une réserve légale, d'une *légitime*, qui permet à certains parents, formellement déshérités ou passés sous silence dans le testament de leur parent, de porter plainte devant le Tribunal des Centumvirs, compétent pour juger les questions d'hérédité et de propriété⁵. Si la plainte⁶ se trouve fondée, les Centumvirs rescindent le testament, en décidant, non que le testateur était fou au moment où il a testé, car l'acte eût été nul faute de consentement valable, mais que le testateur n'avait pas eu tout son bon sens, toute sa raison (*quasi non sanæ mentis*), lorsque, dictant ou écrivant ses dernières volontés, il avait déshérité ou passé sous silence ceux qui lui tenaient le plus près par les liens du sang⁷.

² Table V, § 3.

³ Cicéron, *de Oratore*, I, 38. 57. Valère-Maxime, *de testamentis rescissis*, VII, 7. 1. *Infrà*, t. II, nos 520 et sq.

⁴ Paul, *Sent.* IV, 5, 1.

⁵ Scévola, L. 13, D. *de inofficio testamento* (5.2). Pline, lettres, V, 1.

⁶ *Querela* et non *actio*, parce qu'une action suppose toujours la lésion d'un droit.

⁷ Marcien, L. 2. Marcellus, L. 3. Ulpien, L. 6, pr. D. h. t.

161. La *querela* est la violation du droit établi, et dès lors elle est soumise à des conditions rigoureuses :

On ne peut y avoir recours que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen de faire invalider le testament⁹. C'est une ressource extrême (*extremum subsidium*), l'héritier, déshérité par un testament valable, ne pouvant pas succéder *ab intestat*, et le Préteur n'accordant la succession *contra tabulas* qu'aux *præteriti* et non aux exhérédés⁹.

161 bis. L'inofficiosité donne lieu aux questions suivantes :

A. A qui compète le droit d'intenter la plainte, et contre qui doit-elle être poursuivie ?

B. Comment est-elle mise en mouvement ?

C. Quels sont les effets du Jugement qui déclare la plainte fondée ou non.

D. Dans quels cas le droit de se plaindre est-il prescrit ou perdu ?

A. 162. La *querela* ne peut être intentée que par la personne lésée; et elle ne transmet son droit à ses héritiers qu'autant qu'elle a de son vivant commencé l'instance¹⁰.

Le droit d'intenter la plainte appartient à tous ceux qui auraient succédé *ab intestat* :

Aux enfants légitimes déshérités sans cause et qui doivent être en effet institués ou déshérités pour que le testament soit valable¹¹.

Aux enfants émancipés¹².

A un fils, en ce qui concerne le testament de sa mère, ou à ceux qui descendraient du testateur par les femmes¹³.

⁹ Paul, L. 23. pr. D. h. t.

⁹ Théophile, *paraphrase*, II, 18, pr.

¹⁰ Ulpien, L. 6, § 2. Paul, L. 7, D. h. t.

¹¹ Ulpien (Lib. 4, ad Ed.), L. 1, D. h. t.

¹² Valère-Maxime, VII, 7, 2.

¹³ Marcellus, L. 5, D. h. t.

A un bâtard vis-à-vis du testament de sa mère ¹⁴.

A un posthume omis, pourvu qu'il fût conçu au moment où le testament a été fait ¹⁵. Cette décision est contraire à la règle fondamentale de l'inofficiosité, qui veut que le Préteur n'autorise la plainte qu'en faveur des déshérités, puisque les *præteriti* ont la ressource de demander la *Bonorum possessio contra tabulas*. Ulpien répond à cette objection en disant que ce posthume aurait dû être institué, qu'alors il aurait obtenu la *bonorum possessionem ex clausulâ de ventre in possessionem mittendo*, et, après sa naissance, la *bonorum possessionem secundum tabulas*. En effet, la *querela* est donnée tant aux *præteriti* qu'aux *exheredati* ¹⁶.

Au fils déshérité, que son père a désavoué, et qui aura à prouver qu'il est bien le fils du testateur ¹⁷.

Aux ascendants omis dans le testament de leur descendant ¹⁸. Au père naturel omis dans le testament de son fils donné en adoption ¹⁹.

Aux frères et sœurs, lorsque l'héritier institué est une personne vile ²⁰.

En résumé, le droit d'intenter la plainte appartient aux héritiers qui auraient les premiers succédé *intestat*, et à leur défaut, aux suivants ²¹.

163. Mais une femme ne peut attaquer comme inofficieux le testament d'un fils qu'elle aurait adopté sans la permission du Prince ²²; et un père ne peut, malgré son fils, inten-

¹⁴ Ulpien, L. 29, § 1, D. h. t.

¹⁵ Ulpien (Lib. 4. ad Ed.). L. 6, D. h. t.

¹⁶ Marcellus, L. 3, Ulpien, L. 6, pr. D. h. t.

¹⁷ Paul, L. 27, § 1, D. h. t.

¹⁸ Papinien, L. 15, pr. D. h. t.

¹⁹ Marcien, L. 30, pr. h. t.

²⁰ Ulpien, L. 1, D. h. t. Constantin, L. 27, C. J. de *inofficioso testamento* (3.28).

²¹ Paul, L. 31, pr. Papinien, L. 14, D. h. t.

²² Ulpien, L. 29, § 3, D. h. t.

ter la plainte contre un testament dans lequel ce fils aurait été déshérité, parce que c'est une injure personnelle au fils; et, si le fils meurt, le droit est éteint ²³.

164. Le testament d'un militaire ne peut pas être attaqué pour cause d'inofficiosité ²⁴. Il en est de même d'une substitution pupillaire, si le fils n'a à se plaindre que de cette substitution, à moins que le testament de l'auteur de la substitution n'ait été attaqué et cassé en partie ²⁵.

165. La *querela* est intentée contre le ou les héritiers inscrits, enfants, étrangers, ou corps de ville ²⁶. Que si les légataires soupçonnent quelque collusion entre les héritiers et le *querelans*, ils peuvent intervenir dans le débat et même appeler du Jugement qui casserait le testament ²⁷.

166. Pour attaquer un testament comme inofficieux, il faut avoir été exhérédé ou omis injustement ²⁸. Mais si un père, soit par donation entre vifs, soit à cause de mort, a donné à son fils le quart de ce qui aurait dû lui revenir *ab intestat*, le testament qu'il aurait fait depuis ne peut plus être attaqué comme inofficieux ²⁹. Ce quart doit être calculé déduction faite des dettes, des frais funéraires et des libérés légués ³⁰; que s'il a été laissé au fils moins que la légitime, celui-ci, sans intenter la *querela*, a le droit d'exiger de ses cohéritiers le complément de sa part ³¹.

B. 167. La *querela* est mise en mouvement au moyen de la *bonorum possessionis petitio contra tabulas*, car il faut que celui qui attaque se porte héritier.

Si l'héritier inscrit est en possession de l'hérédité, le

²³ Ulpien, L. 8. pr. D. h. t.

²⁴ Ulpien, L. 27, § 2; L. 8, §§ 3, 4, D. h. t.

²⁵ Ulpien, L. 8, §§ 5, 7, D. h. t.

²⁶ Ulpien, L. 31, § 1, D. h. t.

²⁷ Ulpien, L. 29, pr. D. h. t.

²⁸ Marcellus, L. 3. 5, D. h. t.

²⁹ Ulpien, L. 8, § 6; L. 25, pr. D. h. t.

³⁰ Ulpien, L. 8, § 9, D. h. t.

³¹ Paul, Sent. IV. 5, § 7.

querelans, après avoir obtenu la *bonorum possessionem*, actionne son adversaire devant le tribunal des Centumvirs, qui décide si la plainte est fondée. La *bonorum possessio*, accordée dans ce cas par le Préteur, est nécessairement *sine re*.

Si l'héritier omis ou exhérédé est en possession de l'hérédité, l'héritier inscrit l'attaque par la *hereditatis petitio*, et l'héritier omis ou exhérédé lui oppose la *querela* comme exception ³².

C. 168. Si le *querelans* triomphe, le testament est annulé (*ipso jure rescisum est*) ; le *querelans* est héritier *ab intestat* ; les dispositions qui donnaient des legs et accordaient des libertés sont annulées ; les legs déjà acquittés peuvent être redemandés, soit par l'héritier inscrit, soit par celui qui a obtenu le Jugement ³³. Mais les donations entre vifs ne sont pas atteintes par le succès de la plainte ³⁴. Dans le cas où l'action est intentée par un fils déshérité contre deux héritiers inscrits, s'il réussit à l'égard de l'un et succombe à l'égard de l'autre, il n'en sera pas moins considéré comme héritier légitime pour une partie, tandis que l'autre partie de la succession sera déférée en vertu du testament, et le *de cujus* sera considéré comme mort *pro parte intestatus* ³⁵.

169. La plainte est dans ses résultats personnelle à celui qui l'intente. Si de deux fils omis ou exhérédés un seul agit, le Jugement qu'il obtiendra ne servira qu'à lui-même, et, bien que le testament soit annulé, son frère ne sera pas admis à la succession devenue *ab intestat*. Il n'y a jugement qu'entre les parties en cause ³⁶.

³² Paul, L. 7, Ulpien, L. 6, § 2 ; L. 8, § 13. Scévola, L. 20, D. h. t. Sévère et Antonin, L. 2, C. J. *de inofficioso testamento* (3.28).

³³ Ulpien, L. 8, § 16, D. h. t.

³⁴ Modestin, L. 11, D. h. t.

³⁵ Papinien, L. 15, § 2, D. h. t.

³⁶ Papinien, L. 16, pr. Paul, L. 17, pr. D. h. t.

170. Bien que la plainte porte sur toute l'hérédité, elle n'est pas donnée entière au *querelans*, mais seulement pour la portion qu'il aurait eue *ab intestat*, à moins que l'institué ne soit un étranger et que le *querelans* soit seul héritier légitime³⁷.

171. Des exceptions ont été par la suite apportées à la règle qui veut que la caducité des legs et des fidéicommiss soit la conséquence de la caducité du testament :

Une mère, croyant son fils mort, a institué un étranger ; l'Empereur Hadrien a décidé que le fils aurait la succession, mais devrait acquitter les legs et accorder les libertés³⁸. Cette exception est devenue plus tard la règle générale.

Lorsque l'adversaire du *querelans* ne se présente pas, le jugement qu'obtient celui-ci est considéré comme ne constituant pas un droit absolu (*non creditur jus ex sententia judicis fieri*) et en conséquence les fidéicommiss sont dus et les legs exigibles³⁹.

Si la plainte est intentée après le délai de cinq ans, ce qui n'est permis que pour des causes graves et justes (*ex magna et justa causa*), les libertés accordées ou fondées ne sont pas révoquées ; si la plainte est fournie dans le délai légal, Ulpien et Paul sont même d'avis qu'elles doivent être accordées ; mais dans les deux cas, le *querelans* devra se contenter de vingt pièces d'or par esclave⁴⁰.

172. Si les juges sont partagés sur la question de savoir si la plainte doit ou non être admise, l'avis qui maintient le testament doit être suivi⁴¹.

³⁷ Paul, L. 21, § 2, D. h. t.

³⁸ Paul, L. 28, D. h. t.

³⁹ Paul, L. 17, § 1 ; L. 18, D. h. t. Ulpien, L. 14, § 1, D. *de appellatio-nibus...* (49.1).

⁴⁰ Ulpien, L. 8, § 17. Modestin. L. 9, D. h. t.

⁴¹ Marcellus, L. 10, D. h. t.

D. 173. Une transaction avec l'héritier institué anéantit le droit d'intenter la plainte ⁴².

L'abandon du procès commencé ne permet pas de le reprendre ⁴³, à moins que le *querelans* n'ait été trompé par les promesses de l'institué ⁴⁴.

Si l'héritier omis ou exhéredé a accepté un legs qui lui était donné dans le testament ⁴⁵; s'il a acheté des institués la succession ou des effets de la succession, sachant qu'ils étaient institués; s'il a pris d'eux des terres à bail; s'il leur a payé ce qu'il devait au testateur; si enfin il a fait quelque acte qui implique approbation du testament, il est déchu du droit de l'attaquer ⁴⁶.

Le droit d'intenter la plainte cesse par la mort de l'héritier omis ou exhéredé, à moins qu'il n'ait commencé le procès de son vivant ⁴⁷.

Le droit est prescrit d'une manière générale, si la plainte n'est pas formée dans les cinq années à dater du décès du testateur, suivant Modestin, et de l'adition d'hérédité, suivant Ulpien ⁴⁸. Ce délai de cinq années avait été d'abord fixé à deux ans ⁴⁹.

174. On a vu plus haut que des exceptions avaient été apportées à la règle qui voulait que la caducité du testament entraînaît la caducité de toutes les dispositions qu'il pouvait contenir. Ces exceptions sont le résultat d'une tendance qui s'accuse de plus en plus dans la Jurispru-

⁴² Ulpien, L. 27, § 1, D. h. t.

⁴³ Ulpien, L. 8, § 1, D. h. t.

⁴⁴ Paul, L. 21, pr. D. h. t.

⁴⁵ Paul, L. 5, pr. D. *de his quæ ut indignis auferuntur* (34.9). Ulpien, L. 8, § 10. Modestin, L. 12, pr., § 2. Paul. L. 32, § 1. Marcellus, L. 10, § 1, D. h. t.

⁴⁶ Paul, L. 23, § 1; L. 31, §§ 2, 3, D. h. t.

⁴⁷ Ulpien, L. 6, § 2. Paul, L. 7. Papinien, L. 15, § 1, D. h. t.

⁴⁸ Justinien, L. 36, § 2. C. J. *de inofficioso testamento* (3.28).

⁴⁹ Pline le jeune, lettres, V, 1.

dence. Pendant que la *successio contra tabulas* reste immobile, continuant à annuler le testament ainsi que toutes les dispositions qui y sont insérées, et que depuis Alexandre Sévère pas une seule Constitution impériale ne vient la modifier, jusqu'à la L. 4. C. J. *de liberis præteritis* (6.28) concernant les ingénus, nos sources nous offrent 47 Constitutions concernant l'inofficiosité⁵⁰, jusqu'à la nouvelle 18 qui élève la quotité de la légitime, et à la nouvelle 115⁵¹, par laquelle Justinien réforme radicalement tout le système de la succession prétorienne, abolissant la *successio contra tabulas*, et décidant que le succès de la plainte d'inofficiosité continuera à avoir pour effet d'anéantir les institutions d'héritier, mais en respectant les autres dispositions contenues dans le testament.

C'est qu'en effet, dès qu'on commença à admettre que le succès de la *querela* ne devait pas faire tomber les dispositions à titre particulier que le *de cujus* avait prises, deux causes principales durent faire préférer l'inofficiosité à la *successio contra tabulas* :

Par la caducité des dispositions à titre particulier, la *successio contra tabulas* punissait les légataires, les héritiers fidéicommissaires, les affranchis, d'une faute commise par l'auteur du testament.

L'héritier omis ou exhéredé, ayant le choix entre les deux institutions, pouvait, en choisissant la *successio contra tabulas* au lieu de la *querela*, priver des avantages que leur assurait le testament, tous ceux en faveur de qui le testateur avait fait des dispositions particulières⁵².

La nouvelle 115 a donc répondu à un impérieux besoin d'ordre et de justice.

⁵⁰ Dix ou Code Théodosien (II. 19, 20, 21), et trente-sept au Code Justinien (III. 28, 29, 30).

⁵¹ Ch. III, 4, 5.

⁵² *Infrà*, t. II, n° 694.

§ 2. De hereditatis petitionibus.

L. 1^{re}. Si hereditas petatur, adversus eum qui jus, vel hereditatem, vel rem aliquam hereditariam, pro herede aut pro possessore possidebit, aut possidere desierit, aut dolo malo fecerit quominus possideat, heredi legitimo aut testamentario, ad quem jus, vel hereditas, vel res hereditaria pertinere dicitur, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 15, ad Ed.) L. 9. 11, 13, 16, 18.

Gaius (Lib. 6, ad Ed. prov.) L. 10. D. de hereditatis petitione (5.3).

Si une hérédité est demandée, je donnerai action à l'héritier légitime ou testamentaire, à qui il sera dit qu'appartient le droit, l'hérédité ou la chose héréditaire, contre celui qui possèdera le droit, la succession ou la chose héréditaire, comme héritier ou détenteur, ou contre celui qui aura cessé de posséder ou qui par dol aura fait en sorte de ne plus posséder.

Nous avons à examiner les propositions suivantes :

- A. A qui compète la pétition d'hérédité ?
- B. Contre qui est-elle donnée ?
- C. Que comprend-elle ?
- D. Quels en sont les effets ?

A. 175. La pétition d'hérédité est donnée à l'héritier dont le droit est lésé, qu'il soit héritier légitime ou testamentaire, ou successeur pour avoir acheté l'hérédité du fisc¹, à charge par lui de prouver deux faits justificatifs de son droit : 1° le décès de la personne dont il prétend être héritier, puis sa parenté avec le *de cujus*, s'il s'agit d'une succession *ab intestat*, ou l'existence du testament qui l'institue, s'il s'agit d'une succession testamentaire; et, s'il est acquéreur du fisc, la réalité de la vente. 2° La lésion qu'il éprouve, mais à la condition que cette lésion porte atteinte à son droit d'hérédité².

¹ Julien, L. 54, pr. D. de hered. pet. (5.3).

² Ulpien, L. 13, D. de hered. pet. (5.3).

B. 176. L'action est donnée contre quiconque détient la chose héréditaire, en se donnant la qualité d'héritier, c'est-à-dire qui possède *pro hærede* (*qui putat se hæredem esse*), ou qui refuse de dire à quel titre il possède et répond : *possideo quia possideo*, c'est-à-dire *qui possidet pro possessore* ³.

177. Est également passible de l'action celui qui s'est méchamment offert comme défendeur au procès (*qui se liti obtulit*), alors qu'il ne possède point; il est tenu de l'action à cause de sa mauvaise foi, et on estime l'intérêt que le demandeur avait à ne pas être trompé ⁴.

178. Depuis le Sénatus-consulte de Hadrien ⁵, l'action est donnée contre deux autres catégories de personnes :

Contre celui qui possède de mauvaise foi la chose héréditaire; et contre celui qui, l'ayant possédé, a dolosivement cessé de la posséder ⁶.

C. 179. Toutes les choses héréditaires sont l'objet de cette action, les droits aussi bien que les choses corporelles ⁷; et même les choses qui ne font pas partie de la succession, mais que le défunt possédait à titre de prêt, de gage ou de dépôt, ou à tout autre titre ⁸.

La pétition d'hérédité comprend non seulement les choses qui étaient dans la succession au temps de la mort, mais encore celles dont elle se trouve augmentée depuis ⁹ :

a. Les fruits que le possesseur a perçus, même ceux que

³ Ulpien, L. 11, pr., § 1; L. 12, D. *de hered. pet.* (5.3).

⁴ Ulpien, L. 13, § 13. Celse, L. 45, D. *de hered. pet.* (5.3).

⁵ Ulpien, L. 20, § 6, D. *de hered. pet.* (5.3). Ce Sénatus-consulte, habituellement nommé *Senatusconsultum Juvencianum*, du nom d'un des Consuls, mentionnés en tête de ce document : *Publius Juvencius Celsus*, a été promulgué avant l'Édit perpétuel. Julien devait en tenir compte.

⁶ Ulpien, L. 25, §§ 2, 3, D. *de hered. pet.* (5.3).

⁷ Ulpien, L. 18, § 2, D. *de hered. pet.* (5.3).

⁸ Paul (Lib. 20, ad Ed.), L. 19, D. *de hered. pet.* (5.3).

⁹ Paul, L. 19, § 3, D. *de hered. pet.* (5.3).

le demandeur n'aurait pas eu le droit de percevoir¹⁰; b. Les enfants des femmes esclaves¹¹; c. Les choses acquises par un esclave de la succession dans le temps écoulé entre la mort du *de cuius* et l'adition par l'héritier, ce qui a lieu dans le cas de la *querela inofficiosi testamenti* et dans celui de la pétition d'hérédité intentée par un Patron contre le testament de son affranchi; car, dans ces deux cas, l'héritier testamentaire est bien le *dominus* des esclaves de l'hérédité¹². Mais on ne comprendrait pas que cette demande put être intentée contre un *fictus hæres* qui, par cela même qu'il est *fictus hæres*, n'a jamais été le maître des esclaves et n'a pas pu acquérir par eux. c. Les actions que le possesseur aurait eu le droit d'intenter, par exemple l'interdit *unde vi*, s'il a été dépouillé violemment d'une chose héréditaire, ou l'action *quod precario* s'il en a livré une à titre précaire¹³. e. Mais non les servitudes, pour lesquelles il faut agir par les actions qui leur sont propres¹⁴.

D. 180. Le Sénatus-consulte de Hadrien distingue entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Les anciens principes, qui gouvernent les actions réelles, combinés avec les dispositions du Sénatus-consulte, produisent les résultats suivants :

Tout défendeur à la pétition d'hérédité doit rendre toutes les choses héréditaires qu'il peut avoir en son pouvoir, telles qu'elles se trouvent lors de la demande, avec leurs augmentations¹⁵. Il doit rendre également ce dont il se trouve enrichi par suite de sa possession, tels que le prix des choses qu'il aurait vendues, les sommes touchées

¹⁰ Ulpien, L. 20, § 3. Africanus, L. 56, D. *de hered. pet.* (5.3).

¹¹ Ulpien, L. 20, § 3; L. 27, pr. D. *de hered. pet.* (5.3).

¹² Paul, L. 32, D. *de hered. pet.* (5.3).

¹³ Paul, L. 40, § 2, D. *de hered. pet.* (5.3).

¹⁴ Paul, L. 49, § 3, D. *de hered. pet.* (5.3).

¹⁵ Ulpien, L. 20, § 3, D. *de hered. pet.* (5.3).

par lui à titre héréditaire, et les fruits qu'il a pu percevoir¹⁶.

Le possesseur de mauvaise foi est responsable envers l'héritier de tout préjudice qu'a pu causer à celui-ci son indue possession. Ainsi il est redevable des fruits, non seulement de ceux qu'il a perçus, mais encore de ceux qui se trouvent perdus pour l'héritier parce qu'il a négligé de les percevoir¹⁷. Il doit les choses qu'il a possédées à quelque époque que ce soit, alors même qu'il ne les posséderait plus, à moins qu'un cas fortuit n'ait mis fin à sa possession¹⁸. La valeur des choses non restituées est estimée par l'héritier, qui est admis à prêter serment en justice que tel est l'intérêt qu'il avait à ne pas être privé de l'hérédité¹⁹.

Il en est de même à l'égard de celui qui s'offre méchamment pour soutenir le procès. Il est assimilé à celui qui a possédé de mauvaise foi²⁰.

Enfin tout possesseur, même de bonne foi, qui persiste dans sa prétention, devient possesseur de mauvaise foi (*postea vero et ipse prædo est*)²¹.

181. Puisque l'action se débat entre les mêmes personnes et pour le même objet, la *pronunciatio*²², sans *condemnatio*, a entre les parties l'autorité de la chose jugée²³, et peut avoir ce caractère à l'égard des tiers, légataires ou même créanciers.

Ainsi lorsque la pétition d'hérédité se débat entre un héritier *ab intestat* et un héritier testamentaire, la décision

¹⁶ Ulpian, L. 25, §§ 11-16; L. 2, § 15. Paul, L. 36, § 4, D. *de hered. pet.* (5.3).

¹⁷ Ulpian, L. 25, §§ 2-4, D. *de hered. pet.* (5.3).

¹⁸ Ulpian, L. 25, §§ 2-7, D. *de hered. pet.* (5.3).

¹⁹ Ulpian, L. 20, § 21, D. *de hered. pet.* (5.3). *Infrà*, n° 192. *in fine*.

²⁰ Celse, L. 45, D. *de hered. pet.* (5.3).

²¹ Ulpian, L. 31, § 3, D. *eodem*.

²² Gaius (Lib. 30, ad Ed., prov.), L. 15, D. *de except. rei jud.* (44.2).

²³ Ulpian, L. 7, § 4, *de hered. pet.* (5.3).

emportera maintien ou caducité des legs²⁴ ; et les légataires peuvent se prévaloir du jugement, comme on peut le leur opposer, pourvu qu'il n'y ait pas eu collusion entre les parties en cause²⁵. Aussi leur a-t-on donné le droit d'en appeler²⁶.

Il en est de même des Créanciers qui peuvent agir contre la partie reconnue héritière²⁷, et qui ont même le droit d'intervenir dans l'instance²⁸.

FORMULES

Per sponsionem : Si hereditas Publi Mævi ex jure Quiritium mea est, sestertios XXV nummos dare spondes? (Gaius, IV, 93.)

Per formulam petitorium : Judex esto. Si paret hereditatem Publi Mævi ex jure Quiritium Aⁱ Aⁱ esse, si arbitrato tuo res A^o A^o non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

L. 2. Si pars hereditatis petatur, adversus eum, qui aliquid ex eâ hereditate possidebit, dolove malo fecerit quominus possideat, legitimo aut testamentario heredi postulanti actionem dabo.

Ulpien (Lib. 5, ad Ed.) L. 1.
D. si pars hereditatis petatur (5. 4).

Si une portion d'hérédité est demandée, je donnerai action à l'héritier légitime ou testamentaire, qui la demande, contre celui qui possédera quelque partie de cette hérédité, ou qui par dol aura cessé de posséder.

182. Les règles relatives à la demande d'une hérédité entière sont applicables à la demande d'une portion d'hérédité. Nous ferons seulement observer ici que ce ne sont pas les choses dont le défendeur est en possession qui limitent la demande; c'est le droit du demandeur. Si donc celui-ci est unique héritier, il réclamera toute la succession, quoique le défendeur n'en possède qu'une partie; et l'héri-

²⁴ Papinien, L. 3, pr. D. de pignoribus (20.1).

²⁵ Ulpien, L. 50, § 1, D. de legatis, 1 (30).

²⁶ Ulpien (Lib. 14, ad Ed.), L. 14, D. de appellationibus (49.1).

²⁷ Papinien, L. 3, pr. D. de pignoribus (20.1).

²⁸ Pomponius, L. 35, D. de jure fisci (49.14).

tier pour partie ne demandera que sa portion, quoique le défendeur possède la succession entière ²⁹.

183. Mais le demandeur peut courir les dangers de la plus-pétition, dans l'incertitude où il est le plus souvent de la part exacte qui lui revient. Aussi l'Édit lui donne une action incertaine ³⁰.

L. 3. Si pro parte hæres quam partem vindicare debeat incertus sit, si mihi justa causa esse videbitur, incertæ partis petitionem dabo.

Ulpien (Lib. 5, ad Ed.) L. 1, § 5 D. si pars. hered. pet. (5-4).

Si l'héritier pour partie ne sait pas exactement la portion qu'il doit demander, et que la cause me paraisse juste, je lui donnerai le droit de demander une part incertaine.

FORMULE

Judex esto : Si paret hereditatem Titii pro parte illa ex jure Quiritium Ai Ai esse, nisi Ns Ns eam partem arbitrato tuo Ao Ao restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam Judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

L. 4. Quibus ex Edicto bonorum possessio data est, hi, si hereditatem partemve ejus petant, non minus atque iis ipsis hæredibus eo nomine actionem dabo.

Ulpien (Lib. 15, ad Ed.) L. 1. Gaius (Lib. 6, ad Ed. prov.) L. 2. D. de possessoriâ hereditatis petitione (5.5).

Si la possession de biens a été accordée conformément à l'Édit, et que les envoyés en possession demandent tout ou partie de l'hérité, je leur donnerai action à ce titre, comme à des héritiers.

Les règles relatives à la pétition d'hérité par un héritier du droit civil s'appliquent à la pétition d'hérité par un héritier prétorien ³¹.

FORMULES

Per sponsionem præjudicialem : Si bonorum Lucii Titii possessionem

²⁹ Ulpien, L. 1, § 1, D. si pars hered. pet. (5.4).

³⁰ Gaius, IV, 54.

³¹ Gaius (Lib. 6, ad Ed.), L. 2, D. de possessoriâ hereditatis petitione (5.5).

§ 2. D. DE HEREDITATIS PETITIONIBUS (5.3,4,5,6). 145

ille Prætor ex edicto suo mihi dedit, sestertios XXV nummos dare spondes-ne? (Cic., *ad fam.*, VII, 27.)

Per formulam petitoriam : Judex esto. Si paret bonorum Lucii Titii possessionem ex edicto illius Prætoris A° A° datum esse, nisi N° N° arbitrato tuo A° A° rem restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.

185. L'action est également donnée à celui qui a reçu tout ou partie de l'hérédité en vertu d'un fidéicommissaire :

L. 5. Qui restitutam suscepit hæreditatem ex Senatusconsulto, ex quo actiones transeunt; si hæreditatem partemve ejus petat, ei tanquam hæredi ex eâ re actionem dabo, non tamen adversus eum qui hæreditatem restituit.

Ulpien (Lib. 16, ad Ed.) L. 1, 3, § 1. *D. de fideicommissaria hæreditatis petitione* (5.6).

Si quelqu'un a reçu une hérédité restituée en vertu du Senatus-consulte (Trébellien) qui fait passer les actions de l'héritier au fidéicommissaire, et qu'il demande tout ou partie de cette hérédité, je lui donnerai pour cela l'action comme à un héritier, mais non contre celui qui a restitué l'hérédité.

Les fidéicommissaires pouvaient avoir pour objet, soit une chose particulière ou un droit déterminé, une hérédité ou une quote-part d'hérédité.

Mais l'héritier *fiduciarius*, qui avait restitué l'hérédité au fidéicommissaire, n'en restait pas moins héritier, et en cette qualité en conservait tous les droits et toutes les charges. Il pouvait faire tradition des choses corporelles et cession des créances, mais cela donnait lieu à des actes compliqués; et, pour obvier à cet inconvénient, le fiduciaire vendit fictivement au fidéicommissaire ce qu'il devait lui restituer, en y ajoutant les stipulations de garantie en usage entre vendeurs et acheteurs (*quæ stipulationes inter venditorem hæreditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur*)⁸².

⁸² Gaius, II, 251. 252.

Le Sénatus-consulte Trébellien³³ décida que, dans le cas où le fidéicommiss comprenait l'hérédité entière ou une quote-part de l'hérédité, la restitution donnerait au fidéicommissaire la qualité d'héritier³⁴; que toutes les actions lui appartiendraient comme actions utiles; et qu'il serait soumis à toutes celles qui se donnent contre l'héritier³⁵. Dès lors l'héritier fiduciaire, dès qu'il a restitué, ne peut plus agir ni être poursuivi en qualité d'héritier; et il peut opposer, comme on peut lui opposer, l'*exceptio restitute hæreditatis*³⁶.

Mais un héritier, chargé de rendre une hérédité, n'avait aucun intérêt à faire adition, et son refus faisait tomber le testament et par suite le fidéicommiss. Le Sénatus-consulte Pégasien³⁷ autorisa l'héritier, qui faisait adition, et à qui les libéralités du défunt n'avaient pas donné le quart de la succession³⁸ à retenir le quart de la Loi Falcidia sur les fidéicommiss comme sur les legs. Il conservait alors la qualité d'héritier, et le fidéicommissaire devenait simple légataire. Il était héritier quand on appliquait le Sénatus-consulte Trébellien; il était légataire dans le cas du Sénatus-consulte Pégasien³⁹; que si l'héritier refusait de faire adition, il y était contraint par le Préteur, en vertu du Sénatus-consulte Pégasien, ou plutôt le Préteur devait considérer l'adition comme faite, l'hérédité était acquise au fidéicommissaire, et l'héritier devenait étranger à la succession⁴⁰.

³³ Ulpien, L. 1. § 2, D. *ad. Sen. Cons. Trebellianum* (36.1). Ce Sén.-cons. a été rendu sous Néron et est probablement contemporain de celui qui porte le nom de cet empereur, s'il ne lui est pas antérieur.

³⁴ Hugo, *Hist. du Droit*, t. II, § 357.

³⁵ Gaius, II, 253.

³⁶ Ulpien, L. 1. § 4, D. *ad. Sen. Cons. Trebellianum* (36.1).

³⁷ Rendu sous Vespasien.

³⁸ Hugo, *loc. cit. Infra*, t. II, n^{os} 706 et sq.

³⁹ Gaius, II, 254-257.

⁴⁰ Gaius, II, 258.

Justinien a généralisé les dispositions de ces Sénatus-consultes, en décidant que le fidéicommissaire serait toujours considéré comme héritier pour sa part de l'hérédité, et dès lors le fidéicommiss universel est une véritable succession héréditaire ⁴¹.

FORMULE

Judex esto : Si paret hæreditatem Titii ex Senatusconsulto A° A. restitutam esse, nisi N° N° A° A° rem arbitrato tuo restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

N. B. Dans l'action en pétition d'hérédité, comme dans toute revendication, le défendeur en possession doit garantir la restitution de la chose, pour le cas où il succombera dans l'instance. Si le défendeur refuse de fournir caution, le demandeur obtient son envoi en possession, au moyen de l'Interdit *Quam hæreditatem* ⁴².

⁴¹ Inst. J., II, 23, *de fideicommissariis hæreditatibus*, § 7.

⁴² Voir *infra*, t. II, n° 1022.

TITRE II

DE SINGULARUM RERUM PETITIONIBUS

186. Après les actions proposées pour réclamer une Universalité de biens, vient l'action relative à la revendication de choses particulières, objets du droit de propriété.

Cette action réelle spéciale a lieu pour les choses mobilières, tant animées qu'inanimées, et pour les choses immobilières ¹.

186 bis. Le Droit de propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose qui nous appartient, en dehors de toute intervention d'une autre personne, parce qu'il est le résultat de notre volonté se dirigeant sans intermédiaire vers l'objet de notre droit. C'est ce qui le distingue du droit d'obligation.

Il en résulte que ce droit est absolu, exclusif, irrévocable et non résoluble, parce qu'il ne peut dépendre d'une volonté étrangère de le révoquer.

C'est là la notion que les Romains ont toujours eue du droit de propriété, notion qu'avait dû donner en effet à un peuple pillard, rude, peu scrupuleux, le droit sur le butin de guerre pour celui qui l'avait conquis.

Aussi la lance était-elle restée le symbole du droit de propriété. Aussi certains modes d'acquisition, les plus anciens, les plus usuels, la *Mancipatio*, la *Cessio in jure*, dans lesquels l'acquéreur saisissait l'objet qui allait être vendu ou cédé, rappellent l'idée primitive : enlever, pren-

¹ Ulpien (Lib. 16, ad Ed.), L. 1, pr., § 1, D. de rei vindicatione (6.1).

dre (*capere*). La même idée se retrouve dans les formes de la procédure : par exemple dans l'*actio sacramenti* des actions de la loi, dans laquelle chaque partie saisit l'objet en litige, déclare que cet objet lui appartient, en le touchant avec une baguette (*vindicta*) qui représente la pique du soldat romain. La tradition ne s'est pas perdue sous l'empire du système formulaire : la *sponsio* n'est qu'une provocation, et si la rudesse primitive des formes s'est modifiée, la notion du droit de propriété est restée la même. Le droit est toujours entier, absolu, irrévocable, irrésoluble. L'expression « condition résolutoire » est antiromaine. Du reste elle est inexacte même aujourd'hui, car dans les cas où la loi dit que le droit est soumis à ce qu'elle appelle une condition résolutoire, le droit est pur et simple ; c'est la résolution qui est conditionnelle. Mais aujourd'hui du moins, quand la condition se réalise, le droit revient de lui-même, *ipso facto*, à son ancien maître. Il n'en était pas de même chez les Romains. La réalisation de la condition n'affectait en rien le droit de propriété dans le chef de celui qui avait le *dominium* ; et, pour que l'ancien propriétaire put le redevenir, il fallait que le nouveau lui retransférât la propriété par un des modes d'acquisition. Un exemple fera mieux comprendre ce caractère du droit de propriété chez les Romains.

A l'époque de l'Édit perpétuel, *Titius* vend purement et simplement à *Sempronius* le fonds Cornélien, et cette vente est suivie de la *Mancipatio venditionis causâ*. Voilà *Sempronius* propriétaire du fonds Cornélien *ex jure Quiritium*. Mais *Titius* l'avait acquis de *Mævius*, qui avait ajouté au contrat, soit un pacte de réméré ², soit un pacte com-

² Si le pacte de Rémeré était connu des Romains de l'époque de l'Édit, il ne l'était pas à coup sûr sous le nom qu'on lui a donné depuis, et on en usait sans doute rarement, puisque nous ne trouvons dans nos sources que quatre textes le concernant, un au Digeste et trois au Code Justinien.

missoire ou une *in diem addictio*. La résolution de la vente consentie par *Mævius* à *Titius* se réalisant, et *Titius* étant dans l'impossibilité de retransférer à *Mævius* le fonds vendu, celui-ci pourra-t-il le reprendre entre les mains de *Sempronius*? Il est difficile de répondre affirmativement. En équité : *Sempronius* a ignoré le pacte ajouté au contrat passé entre *Titius* et *Mævius*, et, en l'absence de publicité, de registres publics contenant l'état civil de la propriété, il n'a pas pu se renseigner à cet égard. Il est vrai que *Mævius* perd le fond Cornélien et n'a plus qu'une action personnelle contre *Titius*. Mais il est moins intéressant que *Sempronius*, car il pouvait prendre ses sûretés vis-à-vis de son acquéreur *Titius*, sûretés auxquelles *Sempronius* n'avait nul besoin d'avoir recours, puisque son droit était protégé par la solennité de la *Mancipatio*.

On fait à cette théorie, entre autres objections, celles-ci :

Le Vendeur n'étant pas obligé de transférer à l'acquéreur le *Dominium*, mais seulement *vacuam possessionem tradere*, il faut écarter du débat l'absolu, l'irrévocabilité du droit de propriété. C'est juste. D'ailleurs la *Mancipatio* donnait-elle à l'acquéreur autre chose que ce pouvoir? Mais c'est précisément parce que le premier vendeur n'a transmis que le pouvoir, c'est-à-dire le droit personnel, qu'il avait sur la chose, que la résolution n'agit pas *in rem*, mais *in personam*, et que dès lors ce premier vendeur ne peut pas revendiquer la chose entre les mains des tiers. C'est précisément aussi pour cela que les partisans de la résolution ont tort d'attribuer à un droit personnel les

Au Digeste : Proculus, L. 12. de *præscriptis verbis* (19.5), et au Code trois constitutions : la première de Sévère. L. 2, de *pactis inter emptorem et venditorem compositis* (4.54); la seconde de Sévère et Antonin, L. 1. *quando decreto opus non est* (5.72), et la troisième de Dioclétien et Maximien, L. 7. de *pactis inter vend...* (4.54). Cette pénurie autorise à penser que le pacte de Rémyère n'était pas en faveur. pas plus du reste qu'il ne l'est aujourd'hui (Voir infra, n° 383, note 61).

effets du *dominium*. Mais d'un autre côté, le pacte n'a-t-il pas été une partie de la *Causa civilis* du contrat ? Soit ! Mais Sempronius n'a pas pu s'en assurer ⁵.

Cela prouve combien le droit de propriété était incertain, combien il était peu garanti, et c'est la justification de la publicité exigée dans les législations modernes. Mais cela prouve aussi combien ce droit était entier dans le chef de celui qui pouvait se dire propriétaire *ex jure Quiritium*.

C'est là aussi ce qui explique les précautions que l'on prenait, tous ces procédés imaginés par le Préteur pour protéger les droits, les cautions que l'on exigeait de ceux avec qui on traitait. Dans la procédure *per formulam petitoriam*, que se passait-il devant l'*Arbiter*, quand il avait reconnu fondée la prétention du demandeur ? Avant de condamner, il donnait l'ordre (*jussum*) au défendeur, qui était toujours possesseur, de transférer au demandeur la chose en litige. Or, le demandeur n'était jamais sûr que cette restitution serait complète, car le défendeur avait pu aliéner en partie la chose, constituer sur elle un usufruit, des servitudes, des hypothèques, et le demandeur n'avait aucun moyen de le savoir. Aussi il stipulait du défendeur la caution *de dolo*, qui au moins lui assurait une indemnité en cas de préjudice. Que si l'on ajoute à cela les Interdits et la durée si courte de l'Usucapion, on est conduit à reconnaître que le droit de propriété, pour être absolu, exclusif, irrévocable, n'en était pas moins, en l'absence de toute publicité, et chez un peuple rapace, pillard, avare et brutal, un droit extrêmement précaire.

186 *ter*. Aucun auteur ancien n'a laissé une énumération complète des modes d'acquisition de la propriété. Cicéron en mentionne quelques-uns dans son *Oratio de Aruspicum responsis*. 7. Varron, dans son livre *de re rustica*,

⁵ Voir Mainz, *Cours de Droit Romain*. t. II, p. 357.

expose différents modes, et notamment, Liv. 2, Ch. 10, § 4, il raconte comment on achète les pâtres *sub coronâ*. Ulpien, dans ses fragments, titre 19, § 2, indique six modes d'acquisition. Enfin Théophile, L. 2, T. 2, pr. et L. 2, T. 9 et 6, cite cinq modes *juris civilis* et 14 modes *juris naturalis*. Il faut s'en tenir à l'énumération d'Ulpien qui nous dit : *Singularum rerum dominia nobis acquiruntur : Mancipatione, Traditione, Usucapione, in jure Cessione, Adjudicatione, Lege.*

La Mancipation était le mode d'aliénation spécial aux *res Mancipi*.

La Tradition était le mode d'aliénation spécial aux *res nec Mancipi*.

L'Usucapion était un mode d'acquisition commun aux *res Mancipi* et aux *res nec Mancipi*. Si une *res Mancipi* était simplement vendue avec tradition ou si une *res nec Mancipi* était cédée devant le Magistrat par un autre que le propriétaire, mais reçue de bonne foi par l'acquéreur, elle ne devenait la propriété de celui-ci qu'après une possession d'un an, si c'était un meuble, ou de deux ans, si c'était un immeuble. Jusqu'à l'usucapion accomplie, l'acquéreur avait la chose simplement dans ses biens (*in bonis*), et l'accomplissement de l'usucapion lui donnait sur elle le *dominium ex jure Quiritium*.

La cession devant le Magistrat était un mode d'aliénation commun aux *res Mancipi*, qui se faisait par trois personnes : *In jure cedit dominus*, dit Ulpien, *vindicat is cui ceditur, addicit Prætor.* — *Le propriétaire cède, l'acquéreur revendique, le Præteur adjuge.*

L'Adjudication était un mode d'acquisition spécial aux deux *Judicia divisoria* : *actiones familiæ erciscundæ et communi dividundo*, et à l'action *finium regundorum*.

L'acquisition de la propriété se faisait par la Loi (*Lege*), soit dans le cas du legs *per vindicationem*, legs de pro-

priété, soit par la dévolution d'un *Caducum* ou d'un *ereptorium*, en vertu des lois *Julia et Papia Poppæa*.

Le Romain *sui juris* acquérait encore par les personnes placées sous sa puissance ⁴.

Enfin, à ces modes d'acquisition, il faut ajouter l'Occupation, dont la spécification n'est qu'un cas particulier repoussé par les Sabinien, accueilli sans restriction par les Proculéiens, et qu'une opinion intermédiaire, adoptée par Justinien et par notre Code civil, art. 565 et s., n'admettait que lorsque la matière ne pouvait être ramenée à sa forme première ⁵.

186 *quatuor*. Mais pour que ces règles fussent appliquées, il fallait que le contrat eût pour objet un *fundum romanum* et qu'il eût lieu *inter cives romanos et latinos colonarios latinisque Junianos, eosque peregrinos quibus commercium datum fuit* ⁶. Les fonds provinciaux pouvaient être transmis par tradition, mais ils n'étaient susceptibles ni de l'Usucapion, ni de la Cession devant le magistrat; et même, bien qu'ils fussent *res nec mancipi*, la tradition n'en donnait que la possession, non la propriété; ils étaient *in bonis* des acquéreurs ⁷.

C'est que les fonds provinciaux appartenaient au Peuple romain ou à César et n'étaient dès lors pas susceptibles de propriété privée. Les habitants n'en pouvaient avoir que la possession et la jouissance (*possessionem tantum et usumfructum*) ⁸. Ces fonds ne pouvaient donc pas être cédés devant le Magistrat, parce que l'acquéreur n'aurait pas pu dire : *hoc ego prædium EX JURE QUIRITIUM meum esse aio* ;

⁴ Ulpien. Frag. XIX. *de dominiis et acquisitionibus rerum*.

⁵ Gaius, II, 66-79. *Infrà*, n° 193 (*bis*).

⁶ Ulpien. XIX, 4.

⁷ Gaius. II, 31, 46. Nous verrons plus tard comment il faut entendre les pactes et stipulations dont Gaius parle dans le § 31, comme mode de constitution des servitudes sur les fonds provinciaux. *Infrà*, n° 210 *in fine*.

⁸ Gaius, II, 7.

et ils ne pouvaient pas être acquis par usucapion, puisque l'usucapion donnait la propriété quiritaire.

Cependant cette possession dut être protégée de bonne heure, soit par des Interdits, soit même par une action réelle après une possession prolongée, si l'on en croit Justinien qui donne cette action au possesseur après 10 ou 20 ans de possession (*præscriptio longi temporis*), en ajoutant que cela était sanctionné par de vieilles lois : *posse eum (possessorem) actionem ad vindicandam rem habere sancimus. HOC ENIM ET VETERES LEGES SANCIEBANT*⁹.

Sur le sol Romain, l'Édit protège la propriété quiritaire par l'*actio rei vindicatione*.

§ 1. De rei vindicatione.

(RES CORPORALES)

L. 1. Si dominus suæ rei possessionem amiserit, cum eam non alienasse dicatur; neque ab arbitrio Judicis ei restituatur, adversus eum, qui eam possidere aut tenere dicitur, rei vindicationem dabo.

Ulpien (Lib. 16. ad Ed.) L. 1.
D. de rei vindicatione (6.1).

Si le propriétaire d'une chose l'a perdue et déclare qu'il ne l'a pas aliénée; et, si elle ne lui est pas restituée par décision du Juge, je lui donnerai l'action en revendication contre celui qui sera dit la posséder ou la détenir.

187. Les propositions suivantes sont ici à examiner :

A. Quelles choses peuvent être demandées par cette action ?

B. A qui et contre qui est-elle donnée ?

C. Quels sont les effets de la Revendication ?

A. 188. La revendication est fondée sur le droit de propriété; dès lors, tout ce qui est l'objet de ce droit peut être revendiqué, c'est-à-dire tout ce qui est chose corpo-

⁹ Justinien, L. 8. pr. C. J. de *præscriptione triginta annorum* (7.39).

relle, individuellement déterminée et dans le commerce : les choses fongibles elles-mêmes, si elles peuvent être reconnues ; si elles sont confondues avec d'autres de même nature appartenant au possesseur, il y a lieu à l'action de prêt ou à l'action de vol ¹.

189. Cette action étant donnée pour revendiquer des objets corporels, il en résulte que l'on ne peut par elle revendiquer ni des droits, ni un ensemble de droits. Mais on peut revendiquer un ensemble de choses : un troupeau par exemple ², à condition toutefois que le revendiquant désigne l'objet par son nom collectif et qu'il soit propriétaire de plus de la moitié des choses corporelles composant l'objet collectif ³. Mais on ne pourrait pas par cette action revendiquer un pécule, pas plus qu'une hérédité ⁴.

Celui qui est propriétaire par indivision d'une chose peut revendiquer la part qu'il a dans cette chose ⁵, pourvu que cette part soit déterminée, *pars certa*. On est toutefois fondé à revendiquer une part incertaine (par exemple *quod ex re mea superest*), si on peut invoquer une juste cause d'ignorance et fournir au Juge des éléments qui lui permettent de la déterminer ⁶. Mais si la chose est confondue avec une autre de façon à avoir perdu son individualité, il faut avoir recours à l'action *ad exhibendum*, ou au besoin à une action *in factum* ⁷. On peut revendiquer ce qui naît des choses qui nous appartiennent ⁸.

B. 190. A qui et contre qui cette action est-elle donnée ?

¹ Pomponius, L. 12. Ulpian (Lib. 29. ad Ed.), L. 14, D. *de rebus creditis* (12.1). Javolenus, L. 78, D. *de solutionibus* (46.3).

² Ulpian, L. 1, § 3, *de rei vindicatione* (6.1).

³ Paul, L. 2. Ulpian, L. 3, pr. D. h. t.

⁴ Julien, L. 56, D. h. t.

⁵ Pomponius, L. 8, D. h. t.

⁶ Celse, L. 76, § 1, D. h. t.

⁷ Paul (Lib. 21, ad Ed.). L. 23, § 5, D. h. t.

⁸ Florentinus, L. 6. D. *de acquirendo rerum dominio* (41.1).

Elle est donnée à celui qui a acquis la propriété, soit par le droit civil, soit par le droit des gens⁹ et qui est lésé dans son droit de propriété par la possession qu'a une autre personne de l'objet de son droit. Il en résulte que le revendiquant doit prouver qu'il est propriétaire et que son adversaire est en possession. Mais s'il a acquis la chose par un mode dérivé, la preuve que son auteur était propriétaire peut être difficile, et il aurait aussi tout intérêt à être défendeur plutôt que demandeur; c'est pourquoi Gaius lui conseille de voir, avant d'intenter l'action en revendication, s'il ne pourrait pas employer un autre moyen : compléter par exemple sa possession par la Publienne, ou recourir aux Interdits possessores¹⁰.

191. L'action est donnée contre quiconque possède la chose revendiquée et a la faculté de la rendre, que ce soit une chose mobilière ou immobilière, que le possesseur l'ait en son pouvoir à titre de dépôt, de prêt, de loyer¹¹.

Nous avons vu au § précédent que le possesseur de mauvaise foi est passible de l'action, alors même qu'il a cessé de posséder, ou quand par son dol il fait en sorte de ne plus avoir la possession¹². Il en est de même de celui qui s'est offert en qualité de défendeur au procès, comme s'il possédait réellement¹³. Il est considéré comme possédant effectivement, et doit être condamné à la restitution ou, à défaut de restitution, à payer la valeur de la chose¹⁴.

Il faut que le défendeur possède la chose au moment de la *litis-contestatio* ou au moment du Jugement. Si, possesseur au temps de la *litis-contestatio*, il a cessé de posséder sans

⁹ Paul, L. 23, pr. D. de rei vindicatione (6.1).

¹⁰ Gaius (Lib. 7. ad Ed., prov.), L. 24, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 9, D. h. t. Toutefois la question paraît avoir été controversée au sujet de ceux qui possèdent pour autrui.

¹² Paul, L. 27, § 3, D. h. t.

¹³ Ulpien (Lib. 70. ad Ed.), L. 25, D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 68, D. h. t.

dol au temps du jugement, il doit être absous. De même, si n'ayant pas possédé au temps de la *litis-contestatio*, il possède au temps du jugement, il doit être condamné à la restitution, non seulement de la chose, mais à celle des fruits, du moment où il a commencé à posséder ¹⁵.

C. 192. Quels sont les effets de la revendication ?

La revendication a pour but d'obtenir un Jugement qui reconnaisse notre droit de propriété et fasse cesser la lésion dont nous sommes victime. Le défendeur, qui a injustement possédé, devrait donc être condamné à nous restituer la chose, comme cela paraît avoir été pratiqué dans l'origine (*sicut olim fieri solebat*) ¹⁶. Mais la procédure formulaire n'admet que des condamnations pécuniaires (*ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*) ¹⁷; l'action étant arbitraire ¹⁸, le Juge, après avoir reconnu le bien fondé de l'action, impartit un délai au défendeur, pour restituer l'objet du litige; si celui-ci s'exécute, il est absous; s'il ne restitue pas, le demandeur le fait condamner à lui payer une somme d'argent, représentant la valeur du préjudice qu'il éprouve (*aestimata re pecuniam eum condemnat*) ¹⁹; et cette valeur est fixée par l'affirmation du Demandeur en justice ²⁰; à moins qu'il ne préfère se faire rendre la chose *manu militari* ²¹.

Le défendeur qui veut éviter une condamnation doit, avec la chose, en restituer les accessoires (*causa rei*), en prenant ce mot dans son acception la plus large ²². S'il

¹⁵ Paul, L. 27, § 1, D. h. t.

¹⁶ Gaius, IV, 48.

¹⁷ Gaius, *eod.*

¹⁸ Gaius, IV, 47-52.

¹⁹ Gaius, IV, 48.

²⁰ Paul, L. 2, § 1, D. *de in litem jurando* (12.3).

²¹ Ulpian (Lib. 51, ad Ed.), L. 68, D. h. t. Du moins c'est ce qui résulte de ce fragment que quelques auteurs supposent altéré.

²² Gaius (Lib. 7, ad Ed. prov.), L. 20, D. h. t.

est de bonne foi, il ne doit que les fruits existants, et non ceux qu'il a consommés ou qu'il n'a pas perçus ²³. S'il est de mauvaise foi, il doit tous les fruits qu'a produits la chose depuis son indue possession, *fructus percepti et fructus percipiendi* ²⁴, même après la perte de la chose, ce qui distingue surtout le possesseur de mauvaise foi du possesseur de bonne foi, au point de vue de la responsabilité qui leur incombe depuis la *litis-contestatio* ²⁵.

193. Mais si le demandeur ne doit éprouver aucune perte, il ne doit pas devenir plus riche. Ainsi, bien qu'il se soit trouvé dans la cause un *fictus possessor*, il ne pourrait pas intenter contre lui l'action en revendication, s'il avait obtenu justice du véritable possesseur ²⁶. Cette règle de l'*hæreditatis petitio* est certainement applicable à la *vindicatio rei*.

FORMULES

Per sponsonem : Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes ²⁷?

Per formulam petitoriam : Judex esto : Si paret fundum, de quo agitur, ex jure Quiritium Aⁱ Aⁱ esse, neque is fundus A^o A^o restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a. ²⁸.

N. B. 193 bis. *Du droit d'accession*. Il y a accession, lorsque ce qui nous appartient produit une chose qui est à nous au même titre, ou lorsqu'une chose s'incorpore à la nôtre et nous donne, par le fait de cette incorporation, un titre à un droit de propriété sur elle.

²³ Papinien, L. 48. Labeon. L. 78, D. h. t.

²⁴ Papinien, L. 62, § 1, D. h. t. *Suprà*, n° 180.

²⁵ Ulpien, L. 45, § 3, D. h. t.

²⁶ Ulpien (Lib. 15, ad Ed.). L. 13, § 14. D. de *hæreditatis petitione* (5.3).

²⁷ *Legis actio*, voir Aula-Gelle, *Nuits attiques*, XX, X. Gaius, IV, 95. Gaius. IV, 93.

²⁸ Gaius, IV. 51.

La spécification est la prise de possession par l'ouvrier ou l'artiste d'une matière qui prend, par le travail de celui qui l'emploie, une forme déterminée, perd ainsi son caractère primitif et devient la propriété de son auteur, quand même la matière première aurait appartenu à un autre. Ce mode d'acquisition de la propriété n'était pas admis par les Sabiniens; les Proculéiens au contraire l'admettaient sans réserves ²⁹.

Cependant le maître de la matière ne perd pas tous droits à sa chose. Si celui qui l'a employée a été de bonne foi, il est tenu de ce dont il est devenu plus riche et par suite d'une action *in factum* de la part du propriétaire ³⁰. S'il est de mauvaise foi, il est tenu de l'action *ad exhibendum* ³¹, et peut même l'être de l'action de vol ³². La question ne peut pas se poser, si le maître de la matière est propriétaire de l'objet produit par la spécification; mais il doit indemniser l'auteur de la transformation, qui a un *jus retentionis* pour se faire payer de la plus-value acquise par la chose, à moins qu'il n'ait agi de mauvaise foi, auquel cas il n'a droit à aucune indemnité ³³.

Le droit de propriété par accession résulte aussi des attérissements qui se forment sur la rive de notre terre bordant un cours d'eau, ou des terres que l'eau abandonne en se retirant ³⁴. Une île qui se forme dans le lit d'un fleuve appartient aux propriétaires riverains dont

²⁹ Gaius, L. 7, § 7, D. *de acquirendo rerum dominio* (41.1). Gaius, II, 79.

³⁰ Paul. L. 23, § 3, D. h. t. Ulpian, L. 3, § 14, D. *ad exhibendum* (10.4). Papinien, L. 3, D. *de cond. indebiti* (12.6).

³¹ Ulpian, L. 9, § 3, D. *ad exhibendum* (10.4).

³² Gaius, II, 79. Paul, L. 13. Julien, L. 14, § 3, D. *de cond. furtivâ* (13.1).

³³ Inst. J., *de divisione rerum* II, 1, § 34.

³⁴ Gaius, II, 70. Gaius. L. 7, § 1, D. *de acquirendo rerum dominio* (41.1).

les fonds se trouvent en face, et pour la partie de cette île comprise entre ces fonds et une ligne qu'on imagine partager le fleuve également dans le sens de son cours ^{34 bis}. Si la violence des eaux enlève une portion de terrain pour la porter du côté opposé, elle devient la propriété de celui au fonds duquel elle s'est jointe, si l'incorporation est complète, si par exemple les arbres ont poussé des racines ³⁵. Enfin si un fleuve abandonne son lit, ce lit devient la chose du propriétaire riverain ³⁶. Mais ces règles ne s'appliquent qu'aux terres non limitées par les arpenteurs publics. Quand il s'agit des autres, les îles de nouvelle formation, les alluvions sont *res nullius* et appartiennent au premier occupant, qui du reste sera le plus souvent le propriétaire riverain, à même plus que personne d'occuper immédiatement ³⁷.

Il peut y avoir accession d'une chose immobilière à un immeuble : un trésor trouvé dans un fonds appartient pour moitié au propriétaire du fonds et pour l'autre moitié à l'inventeur ³⁸. Des arbres plantés par un tiers dans le terrain d'autrui appartiennent au propriétaire du terrain dès qu'ils ont pris racine ³⁹. Si quelqu'un bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui, il en devient propriétaire, mais le maître des matériaux a une action personnelle *de tigno juncto*, pour se faire indemniser ⁴⁰.

Il y a encore accession, quand une chose mobilière est

^{34 bis} Gaius, II, 72. Gaius, L. 7, § 3, *eodem*.

³⁵ Gaius, L. 7, § 2, D. *eodem*.

³⁶ Gaius, L. 4, § 5, D. *eodem*.

³⁷ Florentinus, L. 16, *eodem*. Ulpian, L. 4, §§ 6, 7, D. *de fluminibus* (43. 12).

³⁸ Tryphoninus, L. 63, D. *de acquirendo rerum dominio* (41. 1). Callistrate, L. 3, § 10, D. *de jure fisci* (49. 14).

³⁹ Gaius, II, 74, 75, 76. Gaius, L. 7, § 13, D. *de acquirendo rerum dominio* (41. 1).

⁴⁰ Gaius, II, 73. Voir *infra*, Livre 2, Titre 9, § 2, n° 375.

unie à une autre chose mobilière, mais il n'y a dans ce cas changement de propriété que s'il n'est pas possible de séparer ces choses sans détérioration ; dans le cas contraire, on décide que la moins importante devient la propriété de celui à qui appartenait l'autre, en vertu du principe *accessio cedit principali*⁴¹. Si la séparation est possible, chaque propriétaire peut la demander par l'action *ad exhibendum*⁴² ; si la séparation n'est pas possible, il y a lieu d'appliquer les règles ci-dessus exposées relativement aux actions données au propriétaire privé de sa chose.

§ 2. De Publiciana in rem actione.

L. un. Si quis id, quod bonâ fide emit, aut quod traditur ex justâ causâ, non à domino, et nundum usucaptum, petet, iudicium dabo.

Ulpien (Lib. 16, ad Ed.) L. 1, pr. L. 7, § 41. Neratius, L. 17. *D. de Publicianâ in rem actione* (6.2).

Si quelqu'un demande ce qu'il a acheté de bonne foi, ou ce qui lui a été livré en vertu d'une juste cause, mais non à titre de propriété, et qu'il ne l'ait pas encore usucapé, je lui donnerai action.

194. L'action publicienne est une *fictionis actio*, créée par le Préteur Publicius, par laquelle le possesseur, qui a commencé l'usucapion d'une chose qui lui a été livrée en vertu d'une juste cause, quoique *a non domino*, et qui ne peut manquer de la compléter, est considéré comme l'ayant accomplie, et doit être traité comme propriétaire de cette chose *ex jure Quiritium*.

Elle n'est pas accordée comme action au possessoire ; c'est une action réelle, parce que si elle est donnée pour conserver une possession contestée ou pour recouvrer une

⁴¹ Paul, L. 23, D. *de rei vindicatione* (6.4). Ulpien, L. 49, § 13, D. *de auro, argento... legatis* (34.2).

⁴² Paul, L. 6. Ulpien, L. 7, § 3, D. *ad exhibendum* (10.4).

possession perdue, la possession n'est ici qu'un moyen d'arriver à la propriété par l'usucapion, et c'est en réalité le *dominium* qui est l'objet de l'action. Aussi toutes les règles, relatives à la *rei vindicatio*, sont applicables à l'action publicienne ¹.

195. Nous avons à examiner :

A. Quelles sont les conditions requises pour que l'action puisse être intentée?

B. A qui et contre qui est-elle donnée?

C. Quelles sont les choses qu'on peut demander au moyen de cette action?

A. 195 *bis*. L'action publicienne est donnée à celui à qui la chose a été livrée en vertu d'une juste cause : à celui qui aurait reçu par tradition une *res mancipi* ou une chose à titre de dot, et ne l'aurait pas encore usucapée; à celui à qui une chose a été livrée en suite d'une décision judiciaire, ou donnée en paiement, ou livrée en échange, ou à titre de noxe; elle est donnée au donataire contre le donateur ².

Mais, malgré la juste cause en vertu de laquelle la chose a été livrée, l'action est refusée à celui qui possède à titre précaire, par exemple au créancier gagiste, parce que l'intention des parties n'a pas été que le domaine fut transféré ³.

Mais pourront la demander : celui à qui une succession a été restituée en vertu du Sénatus-consulte Trébellien; celui qui a acquis de bonne foi une maison construite sur le terrain d'autrui ⁴; celui qui a acheté une succession et qui veut revendiquer un objet qui en dépend ⁵. En un mot, l'action Publicienne est accordée pour conserver ou recou-

¹ Ulpien, L. 7, §§ 6, 8, D. h. t.

² Ulpien, L. 3, § 7, pr., §§ 3, 5. Paul (Lib. 19, ad Ed.). L. 4, 6, D. h. t.

³ Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 13, § 1. D. h. t.

⁴ Paul, L. 12, §§ 1, 3, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 9, § 3, D. h. t.

vrer la possession de toutes les choses que nous avons pu acquérir justement ⁶.

196. Il faut que l'acquisition de la chose ait été faite *ex justà causà*, c'est-à-dire que le demandeur l'ait acquise dans des conditions telles qu'il ait pu se croire propriétaire⁷; car l'action serait refusée à l'acquéreur, s'il savait que la chose n'appartenait pas à celui qui la lui a livrée ⁸. C'est dans le chef de l'acquéreur que doit se trouver la bonne foi. Aussi son héritier pourra user de l'action Publicienne, quoiqu'il soit personnellement de mauvaise foi; et si l'acquéreur avait été de mauvaise foi, son héritier, bien qu'il fut de bonne foi, se verrait refuser l'action ⁹. L'héritier ou un corps de ville pourra demander l'action Publicienne pour recouvrer la possession d'une chose achetée par un esclave de l'hérédité, avant l'adition ¹⁰. Que si quelqu'un achète une chose qu'il détenait à titre de dépôt, de prêt ou de gage, elle est considérée comme livrée si elle reste entre ses mains; et il aura le droit d'intenter l'action Publicienne ¹¹. Mais elle n'est pas accordée dans les cas où l'aliénation est interdite ¹², ni lorsqu'il s'agit de choses volées ¹³, car il n'y a pas alors *justa causa*. L'usufruitier, au contraire, à qui l'objet de son usufruit a été livré, a une juste cause d'acquisition, et peut dès lors demander l'action Publicienne. Il en est de même en ce qui concerne les servitudes, soit urbaines, soit rustiques, constituées par tradition ou par la patience (*per patientiam*), du fonds assujetti ¹⁴.

⁶ Gaius, L. 43, pr., D. h. t.

⁷ Paul (Lib. 54, ad Ed.). L. 2, § 2, D. *pro emptore* (41.4).

⁸ Ulpien, L. 7, § 17, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 7, § 12, D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 9, § 6, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 9, § 1, D. h. t.

¹² Paul, L. 12, § 4, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 9, § 5, D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 41, § 1, D. h. t.

Enfin que j'aie acheté moi-même, ou que j'aie acquis la chose par mon esclave, mon procureur, mon tuteur, mon curateur ou quelqu'autre personne gérant mes affaires; ou bien que la chose, achetée par moi, soit livrée à une autre personne de mon consentement, il y a dans tous ces cas juste cause, et dès lors l'action Publicienne sera accordée¹⁵.

197. Les Jurisconsultes romains, pour donner une idée exacte de ce qu'il faut entendre par une juste cause d'acquisition, ont cherché à décomposer la *justa causa*, en disant qu'elle comprenait la bonne foi et le juste titre. Cette analyse n'est pas heureuse. Ils n'ont pas réussi à donner une bonne définition de la bonne foi; car il est permis de se demander si Paul n'a pas jeté dans le débat une ironie, quand il a dit : *Sufficit enim me putare meum esse cum solvis*¹⁶? Et comment considérer la bonne foi comme une condition essentielle de l'Usucapion, quand on trouve des usucapions sans bonne foi, comme l'*Usucapio pro hærede*. Ils n'ont pas été plus heureux en ce qui concerne le juste titre, qu'ils n'ont pas réussi à mieux définir que la bonne foi, car il est impossible de voir une définition dans ces mots : *Titulus quo dominia quæri solent*¹⁷; et peut-on soutenir que le juste titre est à son tour une condition essentielle de l'Usucapion, quand la Jurisprudence est obligée d'admettre des titres putatifs, comme le titre de l'héritier apparent, à qui on peut valablement payer, ou même de faire litière du titre, comme dans l'usucapion des servitudes¹⁸. La raison de ces obscurités et de ces contradictions est bien simple : Ces Jurisconsultes luttèrent contre la nature même de l'institution. L'usucapion est un mode

¹⁵ Ulpien, L. 7, § 40; L. 44, pr. D. h. t.

¹⁶ Paul, L. 48, D. de *usurpationibus et usucapionibus* (41.3).

¹⁷ Dioclétien et Maximien, L. 6, C. de *ingeniis manumissis* (7.14).

¹⁸ Ulpien (Lib. 53, ad Ed.), L. 40, pr. D. si *servitus vindicetur* (8.5).

d'acquisition en dehors de la légalité, puisqu'elle est produite par une possession prolongée. Il y a donc là nécessairement une situation anormale pour laquelle il est impossible de tracer des règles précises ¹⁹.

B. 198. A qui et contre qui l'action Publicienne est-elle donnée ?

Dans ce qui précède se trouve la réponse à la première partie de cette question; à quoi il faut ajouter que le droit d'intenter l'action passe aux héritiers civils et prétoriens ²⁰.

L'action Publicienne est donnée contre tout possesseur de la chose que nous avons acquise *ex justà causà* et qui nous a été livrée; mais elle n'a pas été introduite pour dépouiller le propriétaire ²¹, qui peut toujours opposer à l'action l'exception tirée de ce qu'il a la vraie propriété ²²; à moins qu'il ne l'ait vendue par un procureur qui l'aurait livrée malgré sa défense, auquel cas le Prêteur protège l'acheteur contre le vendeur, soit qu'il possède la chose, soit qu'il la demande ²³.

Si quelqu'un a vendu la même chose qui ne lui appartenait pas à deux acheteurs de bonne foi, la préférence est due à celui à qui elle a été livrée. Si elle a été vendue à deux acheteurs par deux personnes qui n'en étaient propriétaires ni l'une, ni l'autre, celui qui possède aura la préférence ²⁴.

C. 199. Quelles sont les choses qu'on peut demander au moyen de cette action ?

On peut demander toutes choses, si la demande est fondée sur les éléments précédemment exposés.

¹⁹ Voir le titre au D. *de usurp. et usuc.* (41.3).

²⁰ Ulpian, L. 7, § 9, D. *de Publicianâ...* (6.2).

²¹ Neratius, L. 47, D. h. t.

²² Papinien, L. 16, D. h. t.

²³ Ulpian, L. 14, D. h. t.

²⁴ Ulpian, L. 9, § 4, D. h. t.

On peut user de l'action Publicienne pour demander seulement une partie d'une chose ²⁵.

Si on a le droit d'intenter l'action Publicienne pour revendiquer une chose, on a le même droit à l'égard des accessoires : ainsi l'action servira à demander des alluvions dont un fonds a augmenté ; de même que si on a bâti une maison sur un terrain acheté de bonne foi, on pourra se servir de l'action Publicienne ²⁶.

FORMULES

1. Si res in bonis esse dicatur.

Judex esto. Si quem hominem A^s A^s emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium esse oporteret. — et reliqua. (Gaius, IV, 36.)

2. Si res bona fide possessa esse dicatur.

Judex esto. Si quem hominem A^s A^s bona fide emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret, nisi is homo arbitrato tuo A^o A^o restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemna. S. n. p. a.

§ 3. Si ager vectigalis seu ad tempus conductus petetur.

L. un. Si ager vectigalis, seu ad tempus conductus, petetur, causa cognita, judicium dabo.

Paul (Lib, 21, ad Ed.) L. 1, 3.
D. si ager vectigalis id est emphiteuticarius petetur (6.3).

Si l'on revendique une terre que l'on tient à bail perpétuel ou prolongé, je donnerai action après avoir pris connaissance de l'affaire.

200. Les fonds, dépendant du domaine du peuple

²⁵ Paul, L. 12, § 6. D. h. t.

²⁶ Ulpian, L. 11, §§ 7, 9, D. h. t.

romain, des villes, des municipales, des corporations ¹, étaient concédés, soit à bail perpétuel (*Vectigales Agri*), soit à bail temporaire, mais prolongé (*ad tempus*) ². Le fermier ne pouvait être contraint de vider les lieux, tant qu'il payait la redevance. La nature de cette concession lui donna même le droit de transmettre son bail, soit à ses héritiers, soit à titre de vente, de donation... De là la réalité de ce droit, qui pourtant a continué à être considéré comme un contrat de louage.

En conséquence, l'action en revendication lui est donnée contre tout possesseur, même contre le propriétaire ³.

FORMULES

Per formulam petitoriam : Judex esto. Si paret agrum vectigalem seu

¹ Dans les Pandectes il n'est fait mention que des fonds des cités.

² L'*ager vectigalis* était un fonds dépendant du domaine public, concédé à perpétuité moyennant une redevance. concession toujours révocable. L'Emphytéose était la concession d'un fonds, aussi à charge d'une redevance, mais pour un temps fixe : d'ordinaire cent années. Si la rubrique du Titre correspondant du Digeste est : *Si ager vectigalis id est emphyteuticarius petetur*, c'est que Justinien a fondu ensemble les deux institutions, qui, malgré cette différence et quelques autres, étaient au fond de même nature. surtout quant au caractère réel de l'action qui les protégeait. C'est seulement au commencement du second siècle, vers l'époque où a dû être publié l'Édit, qu'on voit apparaître l'expression *emphyteusis* (Appien, *de bellis civilibus*, 1, 27. — Gaius, III, 145. ne parle que des locations perpétuelles). Il ne paraît pas qu'à l'époque d'Alexandre Sévère cette expression ait été usuelle parmi les Jurisconsultes, car Ulpien (Lib. 35, ad Ed.), L. 3, § 4, D. *de rebus eorum qui sub tutela...* (27.9), se sert du mot grec de façon à laisser supposer qu'il ne lui était pas familier. Pourtant le Jurisconsulte Macer employe l'expression *ager emphyteuticus* comme synonyme d'*ager vectigalis*, mais Macer écrivait après Ulpien et Paul dont il cite les décisions, et dans le titre du Digeste : *Si ager vectigalis...*, Paul ne parle que de *vectigalis* et de *conductio ad tempus*; et lorsque Ulpien veut désigner le contrat de bail prolongé, il emploie comme Paul les mots : *conductio ad tempus (si ad tempus qui superficiem conduxerit*. L. 1, § 3, D. *de superficiebus* (43.8). Il est donc peu probable qu'une expression, dont les commentateurs de l'Édit hésitent à se servir, ait trouvé place dans un acte législatif qui ne devait pas s'écarter de la terminologie usitée.

³ Paul, L. 1, 3. Ulpien. L. 2, D. h. t.

ad tempus conductum, de quo agitur, Aⁱ Aⁱ esse, nisi is ager arbitrato tuo A^o A^o restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam Judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Publiciana : Si quod prædium vectigale A^o A^o bona fide emit et id ei traditum est, longo tempore possedisset, tum si id prædium ex æquo ejus esse oporteret, reliq.

§ 4. De servitutibus.

(RES INCORPORALES)

200 *bis*. Une servitude est un démembrement du droit de propriété, un *jus in re alienâ* établi sur un fonds pour l'avantage d'un autre fonds, ou pour le profit d'une personne déterminée autre que le propriétaire du fonds assujetti.

Les servitudes sont donc personnelles (*servitudes personarum*), établies en faveur des personnes, ou réelles (*servitudes prædiorum*) établies en faveur des immeubles.

Le droit de propriété étant toujours présumé entier, l'existence d'une servitude, qui en est un démembrement, n'est jamais présumée. C'est à celui qui y prétend à prouver l'existence et l'étendue de son droit.

La servitude étant un *jus in re alienâ*, nul ne peut avoir une servitude sur sa propre chose ¹; et par la même raison, on ne peut établir une servitude sur un droit de servitude (*servitus servitutis esse non potest*) ².

Nous venons de dire qu'une servitude est un droit établi pour l'avantage d'un fonds ou d'une personne; une prétendue servitude, qui n'aurait rien d'utile pour celui au profit de qui elle serait censée établie, n'aurait aucune valeur ³;

¹ Africanus, L. 33, § 1. D. de serv. præd. rust. (8.3).

² Paul, L. 1, D. de usu et usufructu per legatum datis (33.2).

³ Pomponius. L. 15. pr. D. de servitutibus (8.1).

et c'est précisément en raison de ce caractère d'utilité que le propriétaire de la chose assujettie ne peut rien faire pour en rendre l'usage plus difficile ou plus incommode⁴. Enfin l'objet de la servitude est de souffrir quelque chose ou de s'abstenir de faire quelque chose.

200 *ter*. La servitude personnelle est celle qui confère à une personne autre que le propriétaire le droit de jouir de la chose de celui-ci. Ce droit est essentiellement personnel et s'éteint avec celui à qui il compète.

La servitude personnelle se décompose en deux droits qui peuvent être confondus ou séparés : l'usage de la chose (*usus*), la perception des fruits de la chose (*fructus*). Ces deux droits réunis constituent l'usufruit (*usus fructus*). Ce sont là des servitudes personnelles consacrées par le droit civil. Si une chose ou des parties seulement d'une chose sont affectées à des jouissances spéciales, ce qui peut être un droit d'habitation, le pacage sur une certaine étendue d'herbage, la rente annuelle d'une somme déterminée, ce sont, dit Modestin, des servitudes de fait plutôt que de droit (*in facto potius quàm in jure consistunt*)⁵.

A. De usufructu.

201. L'usufruit est une servitude personnelle, un droit accordé à une personne déterminée sur la chose d'une autre personne également déterminée (*jus in re alienâ*), en vertu duquel la première peut user de la chose dont la seconde est propriétaire, et en percevoir les fruits, sans en altérer la substance (*salvâ rerum substantiâ*)⁶; c'est-à-dire avec charge de conserver la chose telle qu'elle est, avec l'ensemble de ses qualités constitutives, qualités qui

⁴ Ulpien, L. 17, pr. Paul, L. 20, § 6, D. de *serv. præd. urb.* (8.2).

⁵ Modestin, L. 10, D. de *capite minutis* (4.5).

⁶ Paul, L. 1, D. de *usufructu* (7.1).

lui donnent une certaine forme, qui la font désigner par un nom, qui lui donnent une sorte de personnalité et par suite desquelles elle est propre à une certaine destination ².

Mais qu'a voulu dire Paul par ces mots : *Salvâ rerum substantiâ*? Trois versions ont été proposées :

1° Ces mots expriment l'idée d'une obligation imposée à l'Usufruitier et qui consiste à conserver la substance. L'Usufruitier a *charge de conserver la substance*, dit l'art. 578. C. C.

2° Ces expressions, dans la pensée de Paul, se rapportent à la durée de l'usufruit qui est éteint lorsque la forme est détruite, et doivent être traduites : *tant que dure la substance*.

3° Ces mots visent les choses qui ne peuvent pas être l'objet de l'usufruit, en ce sens que les choses, qui se consomment par le premier usage qu'on en fait, ne sont pas susceptibles d'usufruit.

Ces trois versions n'ont rien de contradictoire, car il est bien vrai que l'Usufruitier doit conserver la substance; que l'usufruit ne survit pas à la destruction de la substance; et que les choses que le premier usage anéantit ne peuvent pas être un objet d'usufruit.

Cette troisième version est en effet fondée sur la nature même de l'usufruit; puisqu'il n'est qu'un droit sur la chose d'autrui; puisque celui à qui on donnerait l'usufruit d'une chose dont il ne pourrait user sans la détruire en la consommant, en deviendrait par cela même propriétaire; et que dès lors ce ne serait plus un *jus in re alienâ*. Cependant, il ne répugne pas à la nature de l'usufruit que des choses de ce genre soient affectées à une simple jouissance; aussi un Sénatus-consulte a-t-il fini par permettre cette espèce d'usufruit ³; mais Gaius a bien soin de dire que

² Ulpien. L. 13, §§ 4-8, D. de usufructu (7.1).

³ Ulpien, XX4. 26, 27.

celui à qui on lègue l'usufruit d'une somme d'argent, n'en a pas en réalité l'usufruit, puisque l'argent se consomme par l'usage et que l'autorité du sénat n'a pas pu changer la raison naturelle (*nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*); mais qu'il jouira de la chose, en la consommant au besoin, sous caution toutefois de la restituer à la fin de l'usufruit; c'est-à-dire que la propriété de l'objet sera transféré au quasi-usufruitier, qui garantira la restitution de choses de même quantité, qualité et bonté ou leur valeur estimée au moment de l'entrée en jouissance⁴.

202. L'Usufruitier, qui a le droit de jouir de la chose de la manière la plus étendue, mais conformément à sa destination, a par cela même le droit de percevoir tous les fruits. Cependant, tout ce qui est produit par la chose soumise à l'usufruit, n'est pas considéré comme fruit : ainsi l'enfant dont accouche une esclave appartient au propriétaire et non à l'Usufruitier, parce qu'on se procure des esclaves pour les faire travailler et non pour qu'elles mettent au monde des enfants⁵. La Jurisprudence l'avait décidé ainsi par motif d'humanité, afin de ne pas séparer l'enfant de sa mère. C'est une atteinte portée au principe de l'esclavage; les Jurisconsultes stoïciens, ne pouvant le détruire, cherchaient à en atténuer la rigueur.

Les fruits sont acquis à l'Usufruitier dès qu'il en a pris possession en les séparant de la terre. Il a droit aux fruits dès qu'il est entré en jouissance de son usufruit; et il perd ce droit dès que l'usufruit prend fin; les fruits, non encore perçus à ce moment, appartiennent au propriétaire⁶.

⁴ Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 2, 7, D. *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur* (7.5).

⁵ Ulpien, L. 27. pr. D. *de hereditatis petitione* (5.3). Ulpien, L. 68, D. *de usufructu* (7.1). Voir cependant Ulpien, L. 14. § 7. D. *de Edilitio Edicto* (21.1).

⁶ Paul, L. 13, D. *quibus modis usufructus amittatur* (7.4). Frag. Vatic., 44.

L'obligation pour l'Usufruitier de restituer la chose à la fin de l'usufruit et la défense qui lui est faite de ne pas altérer la substance, exigent qu'il jouisse en bon père de famille⁷.

203. Les charges de la chose sont la compensation des fruits, et sont dès lors supportés et acquittés par l'Usufruitier⁸; et, comme il doit à la fin de l'usufruit rendre la chose non détériorée par sa faute⁹, et par conséquent indemniser le propriétaire des dommages qu'il a pu causer, le Préteur lui impose l'obligation de fournir caution.

L. 1. Si cujus rei usufructus legatus esse dicatur, usufructuarium se usurum boni viri arbitrato et cum usufructus ad eum pertinere desierit, se ei restitutum quod inde exabit ad quem res pertinebit satisfacere jubebo.

Ulpien (L. 97, ad Ed.) L. 1, pr. L. 9, § 3, D. *Usufructuarius quemadmodum caveat* (7.9).

S'il est déclaré qu'un usufruit a été légué, j'ordonnerai à l'usufruitier de garantir qu'il jouira en bon père de famille, et qu'à la fin de l'usufruit il restituera ce qui restera de la chose à celui à qui cela appartiendra.

C'est au propriétaire que la caution doit être donnée, puisque l'usufruit est un démembrement de son *dominium*. Aussi a-t-il le droit de refuser de mettre la chose à la disposition de l'Usufruitier, tant que la caution n'a pas été fournie¹⁰. Par la même raison, le propriétaire a intérêt à stipuler de l'Usufruitier une peine, soit pour le cas où l'Usufruitier jouirait autrement qu'en bon père de famille (*aliter quis utatur quàm vir bonus arbitratur*), soit pour assurer la restitution¹¹. Mais l'héritier devenu proprié-

⁷ Ulpien, L. 9, § 6. Pomponius. L. 65, pr. D. *de usufructu* (7.1).

⁸ Ulpien, L. 7, § 2, D. *de usufructu* (7.1).

⁹ Ulpien, L. 1, pr. D. *Usufructuarius quemadmodum caveat* (7.9).

¹⁰ Ulpien, L. 7, pr.; L. 9, § 1. Paul. L. 8, *Usufructuarius quemadmodum caveat* (7.9). Ulpien. L. 13, pr. D. *de usufructu* (7.1). *Infra*, t. II, n° 1209.

¹¹ Ulpien, L. 1, §§ 5, 6, D. *Usufructuarius quemadmodum caveat* (7.9). *Infra*, t. II, n° 1209.

taire, qui aurait aliéné la nue propriété et perdu par conséquent tout droit à la jouissance, pourrait-il demander l'exécution de la stipulation? Son acquéreur le pourrait-il? La stipulation n'aurait aucun effet: ni pour l'héritier, puisqu'elle a été faite pour un usufruit qui lui est devenu étranger, ni pour l'acquéreur qui n'a pas été partie dans la stipulation. Mais si celui-ci, lors de son acquisition, n'a pas exigé une caution nouvelle de l'Usufruitier, il a contre lui et ses héritiers la *vindicatio rei*¹². S'il y a plusieurs propriétaires, chacun d'eux stipulera de l'Usufruitier les garanties pour sa part¹³.

FORMULE

Judex esto. Si paret N° N° jus esse illo fundo, de quo agitur, uti frui, nisi A° A° se boni viri arbitrato usurum fruiturum caveatur (Ulpian, L. 13, pr. D. *de usufructu*, 7.1), vel fundum restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam Judex N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

204. L'usufruit lui-même peut être contesté. A ce sujet, le Prêteur a créé deux actions :

L. 2. Si usufructus petetur, vel ad alium pertinere negetur, usufructuario confessoriam, neganti negatoriam in eum actionem dabo.

Ulpian (Lib. 17, ad Ed.) L. 5, pr., § 1, D. *si usufructus petetur vel ad alium pertinere negetur* (7.6).

Si un usufruit est demandé et qu'on nie qu'il soit dû, je donnerai à ce sujet l'action confessoire à l'usufruitier et l'action négatoire à celui qui nie.

L'action confessoire a pour but de faire reconnaître par le propriétaire, défendeur au procès, le droit d'usufruit réclamé par l'Usufruitier demandeur.

L'action négatoire est celle par laquelle le propriétaire

¹² Ulpian, L. 3, § 4, D. *Usufructuarius quemadmodum caveat* (7.9).

¹³ Ulpian, L. 9, § 4, D. *Usufructuarius quemadmodum caveat* (7.9)

nie que sa chose doive une servitude personnelle d'usufruit, contre celui qui prétend en jouir.

Il y a lieu à ces actions, soit qu'il s'agisse de l'usufruit d'une chose entière, soit qu'il n'y ait de contestation que pour l'usufruit d'une partie de cette chose ¹⁴.

ACTION CONFESSOIRE. Peut intenter cette action celui qui a le droit qu'il réclame et dont ce droit est lésé. Il doit en conséquence prouver qu'il a ce droit, ainsi que la lésion.

L'Usufruitier peut revendiquer le droit qu'il a de jouir; le propriétaire ne le peut pas, parce qu'il n'a pas un droit d'usufruit séparé de son *dominium* (*nec enim potest ei suus fundus servire*) ¹⁵.

L'Usufruitier peut intenter l'action, non seulement contre le propriétaire, mais contre tout possesseur de la chose soumise à l'usufruit ¹⁶. Si même une servitude était due au fonds soumis à l'usufruit, l'Usufruitier pourrait agir, non pour revendiquer la servitude, mais pour réclamer son usufruit, par l'action confessoire utile, contre celui qui devrait la servitude, et il le ferait condamner comme troublant son droit d'usufruit ¹⁷.

Si l'Usufruitier demandeur triomphe dans sa revendication, le Juge ordonnera à son adversaire de lui restituer la chose objet de l'usufruit, s'il la possède; s'il ne la possède pas, mais qu'il ait empêché par violence l'héritier de jouir, il lui ordonnera de s'abstenir de voies de fait; et, s'il n'obéit pas, il le condamnera comme dans les actions *in rem*, savoir: s'il y a dol de la part de son adversaire, l'Usufruitier sera admis à fixer lui-même par serment les domma-

¹⁴ Ulpian, L. 5, § 2, D. *si usufructus petetur* (7.6).

¹⁵ Ulpian, L. 5, pr. *si usufructus petetur* (7.6).

¹⁶ Ulpian, L. 5, § 4. Paul, L. 6. D. *si usufructus petetur* (7.6). Paul. L. 60. § 4, D. *de usufructu* (7.4).

¹⁷ Ulpian, L. 4, 5, § 4. D. *si usufructus petetur* (7.6).

ges-intérêts qui lui sont dûs; s'il y a seulement faute, les dommages-intérêts seront estimés par le Juge, d'après l'intérêt que l'Usufruitier avait à ne pas être troublé dans l'exercice de son droit ¹⁸. L'Usufruitier fait siens les fruits perçus pendant la contestation, alors même que dans l'intervalle son usufruit aurait pris fin; du moins les fruits lui appartiennent jusqu'au moment où son droit est éteint ¹⁹.

205. On voit que cette action est arbitraire, c'est-à-dire que le Juge n'est pas lié par la formule comme dans les actions de droit strict et qu'il lui est permis d'apprécier, d'après les règles de l'équité et suivant la nature particulière de l'objet de la contestation, de quelle manière le défendeur donnera satisfaction au demandeur.

L'Édit a une disposition spéciale à ce sujet :

L. 3. Si de usufructu agitur, Judicis, qui de eâ re datus erit, arbitrio æstimabitur quomodo antea usufructuarius sit is, cui usufructus relictus est, et quemadmodum in posteriorem utifruï debeat.

Ulpien, L. 13, §§ 1, 2, D. de usufructu (7.1).

S'il s'agit d'un usufruit, le Juge, qui aura été donné à ce sujet, estimera comment l'usufruitier a joui antérieurement, et comment il doit jouir à l'avenir.

Voici la raison de l'utilité de ce chef de l'Édit :

Pour les abus dont il se rend coupable par une jouissance active et le dommage qu'il peut causer au propriétaire, l'Usufruitier, conformément au droit commun, est tenu de l'action de la loi *Aquila* et passible au besoin des Interdits *quod vi, quod clam*. Mais il y a des cas où l'action de la loi *Aquila* n'est pas applicable: par exemple, si l'Usufruitier ne laboure pas les terres, s'il ne renouvelle pas les vignes et les pépinières ²⁰, s'il laisse un aqueduc tomber en rui-

¹⁸ Paul, L. 7, in fine, D. si servitus vindicetur (8.5).

¹⁹ Ulpien, L. 5, §§ 3, 4, D. si usufructus petetur (7.6). Paul, L. 60, pr. de usufructu (7.1).

²⁰ Ulpien, L. 9, § 6, D. de usufructu (7.1).

nes ; car la loi *Aquiliana* ne punit que les délits ou quasi-délits et non les actes négatifs, l'abstention. C'est pour combler cette lacune que le Préteur charge le Juge de déterminer l'indemnité qui peut être due pour le passé et de prescrire comment l'Usufruitier devra jouir à l'avenir ²¹.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m usufructu, de quo agitur, abuti, arbitrato tuo, ut in futurum N^o N^o boni viri arbitrato utatur-fruatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

206. ACTION NÉGATOIRE. L'action négatoire est donnée au propriétaire dans tous les cas où son droit de propriétaire se trouve lésé, sans que la lésion soit de nature à exiger la *rei vindicatio*. Prétendre à un droit d'usufruit sur la chose d'autrui est une lésion du droit qui, insuffisante pour justifier l'action en revendication, donne droit à intenter l'action négatoire. Elle compète donc à celui qui nie que sa chose soit grevée d'une charge quelconque au profit d'autrui (*competit actio negatoria domino qui negat*) ²².

Evidemment, le propriétaire doit prouver son droit de propriété ; mais doit-il prouver encore qu'aucune charge ne grève sa chose ? Le *dominium* est un droit exclusif, absolu, toujours présumé franc et libre jusqu'à preuve contraire. Il suffit donc au propriétaire de faire la preuve de son droit, et c'est à son adversaire à prouver que le *dominium* a été démembré à son profit.

L'action négatoire ne peut faire triompher que le propriétaire. Si celui qui l'intente n'a pas le *dominium*, l'Usufruitier l'emportera sur lui par droit de possession, et, lors même qu'il ne serait pas légalement usufruitier, il triompherait encore *jure quo possessores sunt potiores* ²³.

²¹ Ulpian, L. 13, § 2. Paul, L. 66. D. *de usufructu* (7.4).

²² Ulpian, L. 2, pr. D. *si servitus vindicetur* (8.5).

²³ Ulpian, L. 5, pr. *in fine*, D. *si usufructus petetur* (7.6).

De même que les fruits doivent être restitués à l'Usufruitier qui triomphe dans sa demande, de même ils doivent être rendus au propriétaire, lorsqu'il est jugé, sur son action négatoire, que son adversaire n'avait aucun droit à l'usufruit; à condition toutefois que le propriétaire n'ait pas été en possession pendant le procès²⁴.

206 bis. L'office du Juge consistera donc : Dans le cas où l'action confessoire est admise, à faire jouir l'Usufruitier; et, dans le cas où c'est l'action négatoire qui l'emporte, à empêcher que le propriétaire ne soit inquiété²⁵.

FORMULES

Confessoria. Judex esto. Si paret A° A° jus esse illo fundo (illâ parte fundi) usque ad Calendas illas uti frui, nisi arbitrato tuo A° A° res restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

Negatoria. Judex esto. Si paret N° N° jus non esse, invito A° A°, fundo illo uti frui, nisi arbitrato tuo A° A° res restituatur, ... et reliq.

Prohibitoria. Judex esto. Si paret A° A° jus esse prohibendi N^m N^m fundo illo uti frui, nisi N° N° arbitrato tuo rem restituat, quanti ea res est tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

N. B. Pour éviter les répétitions, il sera parlé de la constitution et de l'extinction de l'usufruit, en même temps que de la constitution et de l'extinction des servitudes réelles.

B. De servitutibus prædiorum.

207. D'après l'art. 639 du Code civil français, la servitude réelle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou

²⁴ Ulpian, L. 5, § 7, D. *si usufructus petetur* (7.6).

²⁵ Ulpian, *eodem*.

des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires.

Les Romains ne paraissent pas avoir adopté cette classification. Sans doute, il faut distinguer entre les servitudes conventionnelles d'un côté et les servitudes naturelles ou légales de l'autre. Mais s'il y a des différences entre les servitudes naturelles et les servitudes légales, elles ne tiennent ni à leur essence, ni à leur nature, mais uniquement à leur origine ; et elles n'ont pas de valeur juridique. Les servitudes naturelles sont imposées par la loi qui est forcée de les consacrer, et les servitudes légales sont une conséquence nécessaire de la situation des lieux. Seulement, les servitudes naturelles sont créées par la nature même ; la loi ne les établit pas, elle les reconnaît (l'obligation pour le fonds inférieur de recevoir les eaux qui coulent du fond supérieur). Les servitudes légales (le mur mitoyen, l'égoût des toits), ont un caractère d'arbitraire que n'ont pas les autres ; la loi ne se contente pas de les reconnaître, elle les crée. Mais, naturelles ou légales, ces charges sont-elles de véritables servitudes ?

Les Romains ne les ont considérées que comme des quasi-servitudes, non susceptibles par conséquent des actions *Confessoria* et *Negatoria*, et pour lesquelles ils ont créé des Interdits ou des actions spéciales¹.

En effet, du moment où l'on reconnaît que le *Dominium* est de sa nature entier, absolu et présumé libre, son assujettissement (*servitus*) implique l'idée d'une exception spéciale, d'une dérogation au droit commun ; or les servitudes légales, loin de constituer des exceptions, sont au contraire

¹ Ulpien, L. 1, § 22, D. *de aqua et aquæ pluvie arcendæ* (39.3). Il est vrai que dans ce fragment Ulpien se sert du mot *servitus* : *semper hanc esse SERVITUTEM inferiorum prædiorum ut natura profluentem aquam excipiant*. Mais au § 23 *in fine* il dit : *eritque ista QUASI-SERVITUS, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum*. Voir *Infrà*, t. II, n° 764 et sq.

la règle générale, modifiant, il est vrai, restreignant le droit de propriété, mais le modifiant, le restreignant pour tout le monde. Ce ne sont donc pas de véritables servitudes.

207 *bis*. La servitude prédiiale est celle qui est établie sur un fonds, pour l'avantage d'un autre fonds, abstraction faite de la personne qui l'exerce. Elle diminue la valeur de l'un des fonds et augmente la valeur de l'autre ². Elle ne peut être aliénée séparément du fonds, et l'aliénation du fonds suppose l'aliénation de la servitude ³.

La servitude devant assurer un avantage au fonds au profit duquel elle est établie, il faut que les deux fonds soient, sinon contigus, du moins assez voisins pour qu'elle soit possible ⁴. Elle doit pouvoir être exercée en tout temps (*causa perpetua*), sans le secours d'aucune intervention extérieure ⁵. Elle est indivisible, en ce sens qu'on ne peut pas établir une fraction de servitude ⁶, sauf pour l'usufruit, parce que son produit est susceptible de division ⁷.

208. Les servitudes prédiales se divisent en servitudes urbaines (*Servitutes prædiorum urbanorum*), et en servitudes rurales (*Servitutes prædiorum rusticorum*).

Un *prædium rusticum* est tout terrain sans bâtiment et consacré à l'agriculture. Un *prædium urbanum* est tout bâtiment quelconque, y compris le terrain y attenant et enclavé, pourvu que ce terrain n'ait pas une destination agricole ⁸. La servitude rurale (*que in solo consistit*) est celle qui s'exerce sur le sol bâti ou non et qui peut se concevoir indépendamment de tout édifice. La servitude

² Ulpian, L. 5, § 9, D. *de operis novi nunciacione* (39.4).

³ Paul, L. 23, § 2; L. 36, D. *de serv. præd. rust.* (8.3).

⁴ Ulpian, L. 6, pr. D. *Communia prædiorum* (8.4).

⁵ Paul, L. 28, D. *de serv. præd. urb.* (8.2).

⁶ Pomponius, L. 17, D. *de servitutibus* (8.1).

⁷ Papinien, L. 5, D. *de usufructu* (7.1).

⁸ Ulpian, L. 2, pr. D. *Communia prædiorum* (8.4).

urbaine (*quæ in superficie consistit*) est celle qu'on ne peut pas concevoir sans l'existence d'un bâtiment, parce que c'est au moyen d'un bâtiment qu'elle s'exerce et subsiste⁹. Il en résulte que la servitude rurale ne se conçoit guère sans une jouissance active de la part de celui qui l'exerce; tandis que la servitude urbaine consiste surtout en un état de choses qui ne peut être changé sans mettre en péril son existence.

209. Pour les servitudes prédiales, comme pour l'usufruit, il y a lieu aux actions confessoire et négatoire.

L. un. Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur, vindicanti confessoriam, neganti negatoriam, in rem actionem dabo.

Ulpian (Lib. 17, ad Ed.) L. 2, pr. D. si serv. vindicetur (8.5).

Si une servitude est revendiquée et qu'on nie qu'elle soit due, je donnerai l'action confessoire au revendiquant, et l'action négatoire à celui qui nie.

DE L'ACTION CONFESSEOIRE. — Cette action, qui tend à faire reconnaître le droit à la servitude, compète à celui dont le droit est contesté ou lésé. Il doit donc avant tout prouver l'existence de son droit à la servitude, en même temps qu'il produira la preuve de son droit de propriété du fonds dominant. C'est, quant à la mise en œuvre de l'action, ce qui distingue les servitudes personnelles des servitudes réelles. L'Usufruitier n'a qu'à apporter la preuve de son droit à l'usufruit; mais les servitudes prédiales, dues à un fonds, ont pour sujet du droit le propriétaire de ce fonds. Lors donc que ce propriétaire revendique la servitude, ce n'est pas une action personnelle qu'il intente; il agit comme propriétaire¹⁰. Cette action est arbitraire, et elle a pour but, non pas seulement l'aveu du propriétaire du fonds servant, mais la restitution de l'intégralité du droit, c'est-

⁹ Paul (Lib. 21, ad Ed.), L. 3, D. de servitutibus (8.1).

¹⁰ Africanus. L. 16, D. de exceptionibus (44.1).

à-dire la cessation de tout trouble apporté à l'exercice du droit, et de plus la réparation du dommage avec caution contre toute espèce de trouble à l'avenir. — L'action confessoire est donnée comme Publicienne¹¹.

DE L'ACTION NÉGATOIRE. — Elle est donnée au propriétaire qui nie que sa chose soit grevée d'une servitude au profit de celui qui prétend y avoir droit, et contre qui-conque l'empêche de disposer librement de sa chose¹². Le demandeur propriétaire nie, et c'est au défendeur à donner la preuve de son droit¹³. Le but de l'action est de faire reconnaître que le droit de propriété n'a pas été démembré, et que la servitude que le défendeur prétend exercer est une usurpation. — L'action négatoire peut-elle être donnée comme Publicienne? Les sources sont muettes sur ce point. Mais il n'y aurait rien de contradictoire à appliquer à l'action négatoire la règle posée par Ulpien pour l'action confessoire.

210. Les servitudes rurales étant, parmi les choses incorporelles, les seules *res mancipi*, peuvent seules être constituées par mancipation. Les servitudes urbaines, comme l'usufruit, peuvent être établies par *Cessio in jure*; la formule affirmative de la *Cessio in jure* le permet¹⁴.

Les servitudes ne peuvent pas être constituées par tradition: *incorporales res traditionem non recipere manifestum est*¹⁵. Le droit civil, qui consacre l'acquisition du *dominium* par un mode de droit des gens, ne reconnaît une servitude que quand elle est établie par un mode de droit civil¹⁶; et la tradition ne peut pas conduire à l'usucapion,

¹¹ Ulpien (Lib. 16, ad Ed.), L. 11. § 1. D. de *Publiciana in rem actione* (6.2).

¹² Ulpien, L. 5, D. *si usufructus petetur* (7.6).

¹³ Arg. Julien. L. 18, D. *si servitus vindicetur* (8.5).

¹⁴ Gaius, II, 29, 30.

¹⁵ Gaius, II, 28.

¹⁶ Paul. Frag. vat. de *usufructu*, § 47.

non que la nature de la servitude s'y oppose, mais parce qu'une loi *scribonia*, dont on ignore la date, l'a interdit. Toutefois, si cette loi défend l'acquisition d'une servitude par usucapion, elle n'en proscrit pas l'extinction par ce moyen ¹⁷. La loi *scribonia* fut sans doute une loi de circonstance, qu'on a dès lors interprétée d'une façon étroite. — Il paraît cependant qu'on finit par admettre que le long usage pouvait être considéré comme mode d'acquisition de certaines servitudes, particulièrement des servitudes urbaines (*quæ in superficie consistunt*), qui du reste pouvaient être prescrites avec les édifices dont elles dépendaient ¹⁸. Mais quel était le temps requis pour cette prescription? Fallait-il un titre? Exigeait-elle les mêmes conditions que la prescription des choses immobilières? Autant de questions restées insolubles, même depuis la Constitution dans laquelle Justinien a tenté de les résoudre ¹⁹.

Les servitudes peuvent être acquises par adjudication dans les deux actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* ²⁰, lorsque l'instance est un *Judicium legitimum* ²¹.

¹⁷ Paul (Lib. 51. ad Ed.), L. 4, § 29, de *usurpationibus et usucapionibus* (41.3).

¹⁸ Ulpien, L. 10. § 1. D. de *usurp. et usuc.* (41.3).

¹⁹ Justinien. L. 12, in fine. C. J. de *prescriptione longi temporis* (7.33).

Le fragment de Paul. cité ci-dessus. note 16, est ainsi conçu :

In re nec mancipi per traditionem deduci usufructus non potest, nec in homine, si peregrino tradiatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quæ juris gentium est.

En opposant les *res nec mancipi* à un esclave, qui est *res mancipi* de sa nature. Paul semble décider qu'un esclave cesserait d'être *res mancipi* et deviendrait *res nec mancipi*, quand il est l'objet d'une tradition entre un Citoyen romain et un étranger, et que dès lors la propriété d'un esclave, en principe *res mancipi*, peut être directement transférée par la tradition à un *peregrinus*. La distinction entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi* n'avait donc de valeur juridique qu'entre citoyens romains?

²⁰ Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 6. § 1, D. de *usufructu*... (7.1).

Ulpien (Lib. 19, ad Ed.). L. 22, § 3, D. *familiæ erciscundæ* (10.2).

²¹ Gaius, IV, 104. Paul, Frag. Vat. de *usufructu*, 47.

Une servitude peut être établie par disposition de dernière volonté (*servitus legata*)²². Le *jus in re* peut être légué *per vindicationem*, quand la propriété de la chose, sur laquelle le legs est établi, appartient au testateur ; et le légataire a l'action réelle qui correspond à la nature du legs, legs de propriété. Si le *jus in re* est légué *per damnationem*, legs d'obligation, le légataire a l'*actio personalis ex testamento*.

Le propriétaire a la faculté, en démémbrant sa propriété, de conférer à quelqu'un l'usufruit, et de garder la nue propriété, ou bien il transférera la nue propriété et gardera l'usufruit²³. Cette rétention lui permettra même de faire ce qu'il n'aurait pas pu, s'il se fut agi seulement du *jus in re* : l'usufruit ne peut pas être conféré par la mancipation, mais en mancipant la propriété d'une chose *mancipi*, le propriétaire pourra en retenir l'usufruit, car, disent Gaius et Paul, ce n'est pas l'usufruit qui est mancipé²⁴ ; subtilité qui permet de se jouer de la sévérité des formes. En cédant sa propriété devant le Magistrat, le cédant peut retenir l'usufruit pour lui-même ; et un testateur, en léguant sa propriété, peut le retenir pour ses héritiers ; et, dans ces deux cas, peu importe que la chose cédée ou léguée soit *mancipi* ou *nec mancipi*²⁵. Mais si l'on fait tradition d'une chose *nec mancipi*, on ne peut s'en réserver l'usufruit, parce que le droit civil ne permet pas plus de le retenir dans la tradition que de le conférer par ce moyen²⁶.

L'usufruit peut être conféré à un tiers jusqu'à un certain terme (*ad diem*) ou jusqu'à un événement incertain (*ad conditionem*) par la cession devant le Magistrat, par acte

²² Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 6, pr. D. de usufructu (7.4).

²³ Paul, L. 26, D. de usu et usufructu... (33.2). Africanus, L. 36. § 1, D. de usufructu (7.4). Julien, L. 4, D. si usufructus petetur (7.6).

²⁴ Gaius, II, 33. Paul. Frag. Vat., § 47.

²⁵ Paul, eod.

²⁶ Paul, eod.

de dernière volonté, par adjudication ²⁷. On peut dans un legs conférer un usufruit à partir d'un certain terme (*ex certo tempore*) ou de l'avènement d'une condition (*ex conditione*); mais un tel *jus in re* ne pourrait pas être établi par adjudication ou par cession devant le Magistrat, ou du moins les Jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur ce point ²⁸. Les partisans d'une solution négative disent que les actes légitimes ne peuvent être faits ni à temps, ni sous condition ²⁹; que dans l'*in jure cessio*, le cessionnaire doit déclarer qu'il a et non qu'il aura le droit; et que dans l'*adjudicatio*, le Juge n'a à statuer que sur les intérêts actuels des parties. Quand à la déduction de l'usufruit, elle peut avoir lieu dans les legs avec terme ou condition (*ex die, ad diem, ex conditione, ad conditionem*); mais les Jurisconsultes étaient divisés sur la question de savoir si cela était possible dans la *Mancipatio* et dans la *Cessio in jure* ³⁰. La difficulté a sa source, non dans la nature de l'usufruit, mais dans l'exigence des formes. Dans le legs, rien ne s'oppose à ce que la déduction de l'usufruit soit soumise à un terme ou condition; mais les servitudes prédiales ont une autre nature; elles sont considérées comme perpétuelles, et toute limitation de durée est dès lors impossible. Si l'acte n'est pas vicié par ces modalités, elles sont réputées non écrites, et la servitude est constituée purement et simplement. Si l'acte est vicié, la servitude n'est pas établie: pas de servitude, si on a voulu l'établir *ex die* ou *ex conditione* par *Mancipatio, cessio in jure, adjudicatio*; la servitude au contraire existera, mais purement et simplement, si on l'a établie par ces actes *ad diem* ou *ad conditionem*. Mais la Jurisprudence finit par admettre

²⁷ Paul, *cod.*, § 48.

²⁸ Paul, *cod.*, § 49. Ulpian, L. 16. § 2. D. *familiae erciscundae* (10. 2).

²⁹ Papinien, L. 77. D. *de reg. jur.* (50. 17).

³⁰ Paul, *Frag. Vat.*, § 50.

ces modalités; et celui qui revendiquerait la servitude, soit avant, soit après le terme ou la condition, serait repoussé par l'exception de pacte ou de dol ³¹.

Les servitudes ne peuvent pas être établies par convention. Une convention suffit pour donner l'existence à une servitude passive (*altius non tollendi*); mais comment une simple convention, qui ne peut pas transférer le *dominium*, pourrait-elle établir un *jus in re* actif, et donner lieu à l'action réelle qui en est la conséquence? Une convention ne produit jamais qu'une obligation personnelle; d'où cette conséquence: que si on établit une servitude par des pactes et des stipulations ³², il n'y aura pas constitution d'un droit réel, mais une simple convention de servitude, et l'exercice de cette servitude sera garanti par la peine stipulée en cas d'infraction. Et pour créer un droit, non à la servitude, mais à la jouissance de la servitude, il faut que le cédant mette le cessionnaire en possession, c'est-à-dire *si induxerit in fundum et patiatur uti frui* ³³. C'est ainsi qu'il faut comprendre Gaius disant qu'on peut établir des servitudes sur les fonds provinciaux, qui ne sont susceptibles ni du droit de propriété, ni d'aucun droit réel ³⁴; c'est également ainsi qu'il faut comprendre Pomponius et Ulpien disant qu'on peut établir des servitudes par tradition ³⁵. On a combattu cette solution en invoquant une constitution d'Alexandre Sévère. L. 3, C. J. *de servitutibus* (3,34), et un fragment de Gaius (Lib. 7 ad. Ed. prov.) L. 3. D. *Communia prædiorum* (8,4), pour soutenir que c'est une erreur de penser qu'il n'est pas possible d'établir des servitudes sur les fonds provinciaux. Mais peut-on iso-

³¹ Papinien, L. 4, D. *de servitutibus* (8.4).

³² Gaius, II. 31. Théophraste, § 4 (2.3).

³³ Gaius, L. 3, pr. D. *de usufructu* (7.1).

³⁴ Gaius, II, 31.

³⁵ Pomponius, L. 32, D. *de usufructu* (7.4). Ulpien, L. 6. pr. D. *Communia prædiorum* (8.4).

ler ce fragment de Gaius et ne doit-on pas au contraire le rapprocher du frag. 3. pr. *de usufructu* (7,1) et surtout du § 31. Com. II si explicite, dans lesquels Gaius répète ces expressions : *pactionibus* ET (et non AUT) *stipulationibus id efficere potest*, ce qui prouve que la stipulation n'avait pour but que de garantir par une peine la convention? Quant à la Constitution d'Alexandre Sévère, elle est de l'année 224, postérieure à l'Édit de près d'un siècle, et elle a été promulguée après la célèbre constitution de Caracalla de 212 qui, bien que conçue dans un but fiscal, avait dû porter une grave atteinte à la rigueur des formes.

FORMULE

De servitutibus rusticis.

De itinere.

1. *Confessoria* : Judex esto. Si paret A° A° jus esse per locum illum N° N° ire agere, nisi res arbitrato tuo A° A° restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, Judex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.

2. *Negatoria* : Judex esto. Si paret N° N° jus non esse, invito A° A°, per locum A° A° ire agere, nisi ... reliq.

De aqua.

1. *Confessoria* : Judex esto. Si paret A° A° jus esse per fundum illum N° N° aquam ducendi (ex fonte illo N° N° aquam hauriendi), nisi ... reliq.

2. *Negatoria* : Judex esto. Si paret N° N° jus non esse, invito A° A°, per fundum de quo agitur aquam ducendi, nisi ... reliq.

De servitutibus urbanis.

Altius non tollendi.

1. *Confessoria* : Judex esto. Si paret A° A° jus esse ædes suas, ad decem pedes altius tollere (ædificatas habere), invito N° N°, nisi arbitrato tuo res restituatur, ... reliq.

2. *Negatoria* : Judex esto. Si paret N° N° jus non esse ædes suas ad decem pedes altius tollere (ædificare, ædificatum habere) invito A° A°, neque ea res arbitrato tuo restituatur ... reliq.

3. *Prohibitoria* : Judex esto. Si paret A° A° jus esse prohibendi ne N° N° ædes suas altius tollat (ædificet, ædificatum habeat), neque ... reliq.

Oneris ferendi.

1. *Confessoria* : Judex esto. Si paret A° A° jus esse N° N° cogere ut onera ædificii, de quo agitur, ferat et ædificia reficiat, neque ... reliq.

2. *Negatoria* : Judex esto. Si paret N° N° jus non esse A° A° cogere ... reliq.

Tigni immittendi.

1. *Confessoria* : Judex esto. Si paret N° N° jus esse in parietem N° N° tigna sua immittere (immissa habere), nisi ... reliq.

2. *Contraria* : Judex esto. Si paret N° N° jus non esse in parietem N° N° tigna sua immissa habere, neque ... reliq.

Projiciendi.

1. *Confessoria* : Judex esto. Si paret A° A° jus esse illum parietem ita projectum habere, invito N° N°, neque res arbitrato tuo restituatur ... reliq.

2. *Negatoria* : Judex esto. Si paret N° N° jus non esse illum parietem, invito A° A°, ita projectum habere (esse), nisi res arbitrato tuo restituatur ... reliq.

211. Les servitudes s'éteignent :

Par la renonciation, soit expresse, soit tacite, de celui qui les exerce ³⁶.

Par la confusion, lorsque les deux fonds se réunissent dans les mains du même propriétaire ³⁷ ; ou, s'il s'agit d'une servitude personnelle, lorsque le nu propriétaire acquiert l'usufruit, ou lorsque l'Usufruitier devient propriétaire.

Quand cesse le droit révocable de celui qui a constitué la servitude ³⁸.

Par la destruction du sujet ou celui de la chose assujet-

³⁶ Paul, L. 8, D. *quemadmodum servitutes amittuntur* (8.6).

³⁷ Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 1, D. *eod.*

³⁸ Marcellus, L. 11, § 1, D. *eod.*

tie : par la mort de l'Usufruitier ³⁹; par la ruine du fonds dominant, pour lequel elles revivent s'il est rétabli ⁴⁰.

Par la prescription, en faisant une distinction : d'abord entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles ; ensuite, quant à celles-ci, entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines. Les servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage, se perdent par le non exercice pendant deux ans s'ils sont établis sur des immeubles, et pendant un an s'ils grèvent des meubles ⁴¹. Les servitudes rurales se perdent par le non-usage, les servitudes urbaines par l'*usucapio libertatis* ⁴². — Dans le droit nouveau les servitudes, tant réelles que personnelles, ne s'éteignent plus par le non-exercice ⁴³.

L'usufruit s'éteint par l'expiration du temps fixé pour sa durée dans l'acte de constitution.

Il s'éteint aussi par la cession qu'en fait l'Usufruitier au propriétaire. Mais *quid* si la *cessio in jure* de l'usufruit est faite à tout autre qu'au propriétaire ? Elle ne rendra pas le cessionnaire usufruitier, parce que le droit d'usufruit est attaché à la personne et si l'Usufruitier y renonce, il retourne à la propriété. Cet acte de cession sera donc nul quant au cessionnaire. Mais le cédant conserve-t-il son droit par le fait de cette nullité, ou bien lui échappe-t-il pour retourner à la propriété par suite de sa renonciation devant le Magistrat ? Gaius est d'avis que le cédant conserve son usufruit, puisque la cession ne produit pas l'effet qu'il avait en vue ⁴⁴. Pomponius décide que l'usufruit retourne

³⁹ Ulpian, L. 3, § 3, D. *quibus modis ususfructus vel usus amittitur* (7.4).

⁴⁰ Paul, L. 20, § 2, D. *de servitutibus prædiorum urbanorum* (8.2).

⁴¹ Paul, Sent., III, 6, 30.

⁴² Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 6, D. *de serv. præd. urb.* (8.2).

⁴³ Justinien, L. 13, C. *de servitutibus et aquâ* (3.34); L. 16, § 1, C. *de usufructu* (3.33).

⁴⁴ Gaius. II. 30.

à la propriété ⁴⁵. L'avis de Gaius se justifie par cette considération que la cession à un autre que le propriétaire est soumise à la condition que ce tiers aura le droit, et, puisque c'est impossible, la cession ne produit aucun résultat, ni pour le cessionnaire, ni pour le cédant. La solution de Pomponius a pour elle la rigueur du Droit civil, qui conservait aux actes solennels toute leur efficacité, abstraction faite de la volonté des parties, et l'opinion de Gaius lui-même, qui attribue à la cession d'une hérédité par l'héritier, après l'adition, l'effet qu'il refuse ici à la cession d'un usufruit à un tiers ⁴⁶.

⁴⁵ Pomponius, L. 66, L. *de jure dotium* (23.3).

⁴⁶ Gaius, II, 34, 35, 36.

TITRE III

DE DAMNO DATO

211 *bis*. Il est peu probable qu'à l'origine les Romains aient eu des Lois pénales. Un crime donnait lieu à une poursuite particulière ; il était jugé par le Peuple ; mais il n'y avait pas de dispositions générales. Quant aux faits de moindre importance, aux délits, la poursuite en était laissée à ceux qui en étaient victimes, et la réparation obtenue paraît avoir donné satisfaction à la société.

Cependant la Loi des XII tables édicte des peines pour plusieurs actes graves qui devaient être jugés par les Comices des Centuries (*Comitiatus maximus*)¹. Les *questiones perpetuae* n'ont été instituées qu'en 603 sur la proposition du Tribun Calpurnius Pison². Mais, tout en frappant de certaines peines certains délits, on continua pour les autres, comme pour le *damnum sine injuriâ*³ *datum*, à les abandonner à la vindicte des personnes lésées.

§ 1. De noxalibus actionibus.

212. Le maître d'une chose est responsable du dommage causé par elle, et si c'est un esclave ou un fils de famille qui a commis le délit, l'action qui en résulte est dirigée

¹ Cicéron, *de Republicâ*. II, 36 ; *de legibus*, III, 3. 19.

² Cicéron, *de officiis*, II, 21.

³ Ulpien (Lib. 18, ad Ed.). L. 1, § 3, D. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur* (9.1).

contre le maître ou le père, à moins qu'il ne prévienne les poursuites ou n'évite la condamnation à des dommages-intérêts, en abandonnant à titre de noxe (*noxæ dare*), le coupable à sa victime.

L. 1. Si servus filiusve familias deliquisse dicetur, quantum ob eam rem æquum Judici videbitur, eum in cuius potestate est condemnari tanti iudicium dabo, nisi, deditioe ipsius corporis quod deliquerit, evitaverit litis æstimationem.

Gaius (Lib. 2, ad Ed., prov.)
L. 1, D. *de noxalibus actionibus* (9.4).

Si un esclave ou un fils de famille est dit avoir causé un dommage, je donnerai action pour faire condamner celui qui l'a sous sa puissance à telle indemnité que le Juge trouvera équitable, à moins qu'il ne livre le coupable pour éviter l'estimation du litige.

Mais il faut que le maître ou le père n'ait pas pris part au fait délictueux, même indirectement, car, si pouvant l'empêcher il l'a laissé commettre, il y a lieu à l'action de la loi *Aquilæ*¹.

213. Bien que l'action noxale soit personnelle, elle emprunte cependant un certain caractère de réalité à ce fait qu'elle se donne contre tout détenteur de l'auteur du dommage. Elle suit l'auteur du délit (*caput*) en quelques mains qu'il passe. Elle peut même devenir directe si l'esclave est affranchi ou si le fils de famille devient *sui juris*; comme aussi de directe elle peut devenir noxale, si une personne libre, ayant commis un méfait, s'est ensuite donnée en adrogation². Elle se donne donc contre celui qui a en son pouvoir l'esclave ou le fils coupable au moment de la *litis-contestatio*, ou qui a intentionnellement cessé de le posséder, pour éviter les poursuites³. Si le coupable

¹ Ulpien, L. 44. Paul. 45, pr. D. *ad legem Aquiliam* (9.2). Ulpien, L. 2, § 1, D. *de noxalibus actionibus* (9.4).

² Gaius, IV, 77.

³ Paul (L. 6. ad Ed.), L. 12, 24. Julien, L. 16, D. *de noxalibus actionibus* (9.4).

est mort avant la liaison de l'instance, l'action est éteinte⁴.

FORMULE

Judex esto. Si paret Nⁱ Nⁱ servum A^o A^o noxiam d. q. a. fecisse. quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

214. Pour mettre en demeure celui qu'on suppose avoir en son pouvoir le coupable, on peut intenter contre lui l'*actio ad exhibendum*⁵, ou l'interroger *in jure*.

L. 2. Si is, in cujus potestate esse dicetur, negavit se in suâ potestate servum vel filium-familias habere utrum actor volet, vel dejerare jubebo in potestate suâ non esse, neque se dolo malo fecisse quominus esset, vel judicium dabo sine noxæ deditioe.

Ulpien (Lib. 23, ad Ed.) L. 21, § 2, D. de noxalibus actionibus (9.4).

Si celui au pouvoir de qui il est dit qu'est l'esclave ou le fils de famille nie l'avoir en sa puissance, j'ordonnerai, au choix du demandeur, que le défendeur assure par serment qu'il n'est pas en son pouvoir et qu'il n'a rien fait pour qu'il n'y soit pas, ou je donnerai action sans clause noxale.

Si le défendeur refuse de prêter ce serment, il est assimilé à celui qui ne défend pas l'esclave ou le fils absent et ne le représente pas, et il est condamné comme contumace⁶.

215. Le but de l'action noxale est de faire obtenir à celui qui a souffert du délit, la valeur du dommage éprouvé (*litis æstimationem*), à moins que le défendeur, pour éviter une condamnation, ne lui abandonne l'esclave ou le fils de famille coupable (*noxæ dedere*)⁷. Le fils de famille, ainsi abandonné, devient le *mancipium* du demandeur⁸. Le

⁴ Julien, L. 39, § 4, D. eodem.

⁵ Ulpien (Lib. 24, ad Ed.), L. 3, § 7, D. ad exhibendum (10.4).

⁶ Ulpien, L. 21, § 4, D. eodem.

⁷ Ulpien (Lib. 66, ad Ed.), L. 6, § 1, de re judicatâ (42.1). Pomponius, L. 33, D. de noxalibus actionibus (9.4).

⁸ Gaius, IV, 79.

défendeur, pour se décider, a non seulement jusqu'à la *litis-contestatio*, mais jusqu'au Jugement, puisque l'Édit porte qu'il doit payer l'*æstimationem litis* ou faire l'abandon (*decem aut noxæ dedere*). Du reste, la demande ne peut porter que sur la *litis æstimatio*; mais le choix de payer l'estimation ou d'abandonner le coupable n'appartient qu'au défendeur⁹.

L'abandon noxal a pour effet de mettre l'esclave simplement *in bonis* du demandeur¹⁰. Mais si le défendeur ne veut ni abandonner l'esclave, ni défendre au procès, il est considéré comme contumace, et le demandeur obtient du Préteur qu'il lui adjuge l'esclave, qui sera dès lors *in suam possessionem ad usucapiendum*, et non pas seulement *rei servandæ causâ*¹¹.

FORMULE

Adversus infitiantem : Judex esto. Quod N^s N^s servum, q. d. a., in suâ potestate esse negavit, neque dejeravit in suâ potestate esse nec fecisse dolo malo quominus esset, quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o in duplum c. s. n. p. a.

Noxalis : Judex esto. Quod N^s N^s servum, q. d. a., in suâ potestate esse confessus est, quanti ea res est, tantam pecuniam aut noxæ dedere, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

216. L'action noxale est donnée aussi pour le cas de dommage causé par les animaux.

L. 3. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, ex lege duodecim tabularum. aut noxiam sarcire, aut noxæ dare jubebo¹².

Ulpien (Lib. 18, ad Ed.) L. 1, pr., §§ 1-3, D. *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (9.1).

Si un quadrupède est dit avoir causé du dommage, en vertu de la loi des XII tables, j'ordonnerai de le réparer ou de livrer l'animal à la personne lésée.

⁹ Ulpien, L. 6, § 1. D. *de re judicatâ* (42.1).

¹⁰ Paul (Lib. 18, ad Ed.), L. 26, § 6, *in fine*, D. *de noxalibus actionibus* (9.4).

¹¹ Pomponius, L. 23, D. *de peculio* (15.1).

¹² Ins. J. *de noxalibus actionibus*, § 1, (9.4).

Pauperiem facere, c'est causer un dommage sans intention de nuire (*sine injuriâ*).

Cette action est la contre-partie de l'action de la Loi *Aquilia*, qui a pour but la réparation du dommage causé sans droit ou avec intention de nuire (*damnum injuriâ datum*); et l'Édit a ici principalement en vue le propriétaire, le gardien ou le conducteur de l'animal auteur du préjudice.

Bien que l'Édit ne parle que d'un quadrupède, l'action ne sera pas moins donnée lorsque le dommage aura été causé par un animal quelconque, mais dans ce cas elle sera donnée *utiliter* ¹³.

217. Pour qu'il y ait lieu à l'application de l'Édit, il faut que l'animal ait agi sous l'impulsion de ses instincts. Que si l'accident a une autre cause, comme si une bête de somme trop chargée avait renversé son fardeau sur quelqu'un, on devrait employer l'action de la loi *Aquilia* (*damni injuriæ agere*). Si l'animal, auteur du dommage, avait été excité par un autre, c'est au nom de celui-ci qu'il faudrait agir ¹⁴; et si de deux animaux qui se sont battus, l'un a tué l'autre, l'Édit n'a pas d'application, si c'est l'agresseur qui a été tué.

Abandonner l'animal à titre de réparation (*noxæ dedere*), c'est le livrer vivant; et si l'animal a plusieurs maîtres, l'action noxale est donnée *in solidum* contre chacun d'eux ¹⁵. Elle passe aux héritiers de celui qui a souffert le dommage, et elle est donnée contre les héritiers du maître de l'animal ¹⁶; et à quiconque y a intérêt, par exemple à celui à qui l'animal a été prêté, parce que, étant tenu de répondre de la chose, il souffre du dommage causé ¹⁷. Si le mai-

¹³ Paul (Lib. 22, ad Ed.). L. 4. *si quadrupes...* (9.1).

¹⁴ Ulpien. L. 1, §§ 4, 7, 8, 11, D. *eodem*.

¹⁵ Ulpien, L. 1, § 14. D. *eodem*.

¹⁶ Ulpien, *eod.*, § 17.

¹⁷ Paul, L. 2. D. *eodem*.

tre de l'animal nie en être propriétaire, il ne peut plus l'abandonner à titre de noxe et il est condamné *in solidum*¹⁸.

FORMULE

Judex esto. Si paret quadrupedem Ni Ni A° A° pauperiem, q. d. a., fecisse, quanti ea res est, tantam pecuniam aut noxæ dedere, Judex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.

De la Loi Aquilia.

D. (9.2)

218. N. B. L'Édit n'a pas eu à s'occuper du *damnum injuriâ datum*, parce que la *lex Aquilia* y avait pourvu. Si les Commentateurs de l'Édit en ont parlé (Ulpian Lib. 18 *ad Ed.* — Paul. Lib. 22 *ad Ed.* — Gaius Lib. 7 *ad Ed. prov.*), c'est qu'ils y ont été nécessairement amenés par comparaison avec les quasi-délits et les actions noxales.

La loi *Aquilia* est un Plébiscite présenté au Peuple par le Tribun Aquilius, probablement l'an de Rome 468.

Le premier chef de cette loi était ainsi conçu :

Ut qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuriâ occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnetur; et ut adversus inficiantem in duplum actio detur.

Gaius (Lib. 7, *ad Ed.*, *prov.*) L. 2, pr., § 1, D. *ad legem Aquilianam* (9.2). — Inst. J. *de lege Aquilia*, pr. (4.3). *De pœna temere litigantium*, § 1 (4.16).

Que celui qui aura tué injustement l'esclave d'autrui, ou un quadrupède, ou une tête de bétail appartenant à autrui, soit condamné à payer au maître une somme équivalente à la plus haute valeur que la chose aura eue dans l'année qui a précédé l'événement; et que l'action soit donnée au double contre celui qui nie les faits qui lui sont reprochés.

¹⁸ Paul (Lib. 6. *ad Ed.*). L. 2, § 1, D. *si noxali causa agatur* (2.9).

La loi Aquilia avait pour objet la réparation d'un dommage causé par le dol ou la faute (*etiam levissima*) de l'agent ¹⁹. Ce premier chef prévoyait le cas où l'on avait tué, sans motif légitime (*injuriâ*) un esclave ou une tête de bétail (*quæ pecudum numero sit*) appartenant à autrui. L'auteur du dommage devait être condamné à la plus haute valeur que la chose avait eue dans l'année ²⁰ et à payer de plus au maître une indemnité en rapport avec l'intérêt qu'il avait à ce que l'esclave ou l'animal ne fût pas tué ²¹.

Celui qui a souffert le dommage a le choix d'en poursuivre la réparation par la loi *Aquilia*, ou de poursuivre le meurtrier au criminel, en vertu de la loi *Cornelia de sicariis* ²². Il est probable qu'au temps de l'Édit ces deux actions pouvaient être cumulées, puisqu'un siècle après l'empereur Gordien, en 242, autorise le cumul comme un point de droit hors de contestation ²³.

Le second chef de l'Édit était inconnu avant la découverte des Institutes de Gaius. Il n'en est question ni au titre des Pandectes où Ulpien dit seulement qu'il était de son temps tombé en désuétude (*in desuetudinem abiit*), ni aux Inst. de Justinien, où l'on se contente de répéter la déclaration d'Ulpien ²⁴. On sait par Gaius ²⁵ que ce second chef permettait au stipulant ou à ses héritiers de poursuivre l'adstipulateur qui avait frauduleusement libéré le débiteur par acceptilation (*qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*). Cette action, dit Gaius, ne fut plus nécessaire quand on put agir par l'action du mandat; ce qui explique comment ce second chef cessa d'être en usage.

¹⁹ Ulpien, L. 44. D. h. t. Gaius, III, 211.

²⁰ Gaius, III, 210.

²¹ Gaius, III, 212. Ulpien (Lib. 18, ad Ed.), L. 21, § 2, D. h. t.

²² Gaius, III, 213. Ulpien, L. 23, § 9, D. h. t.

²³ Gordien, L. 3, C. J. *de lege Aquilia* (3.35).

²⁴ Ulpien, L. 27, § 4, D. h. t. Inst. J. h. t., § 12.

²⁵ Gaius, III, 215, 216.

Il permettait d'agir au double contre celui qui niait les faits objet des poursuites ²⁶.

Le troisième chef était ainsi conçu :

Cæterarum rerum, præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuriâ, quanti ea res erit, in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto.

Ulpien (Lib. 18, ad Ed.) L. 27, § 5, D. *ad legem Aquilianam* (9.2). Gaius, III, 217-219.

A l'exception du meurtre d'un esclave et de la mort donnée à une tête de bétail, si quelqu'un cause du dommage, en brûlant, brisant, rompant, qu'il soit condamné à donner au maître de la chose la plus haute valeur qu'elle a eue dans les trente jours qui ont précédé le délit.

Ce troisième chef de l'Édit prévoyait donc le dommage causé à toute chose appartenant à autrui, et fixait le chiffre de l'indemnité.

Mais il fallait que le dommage eut été causé par un corps (*corpore*) à un corps (*corpori*), pour donner lieu à l'action directe. Si on avait par exemple enfermé l'esclave d'autrui de façon à le faire mourir de faim, il y avait bien dommage causé à un corps (*corpori*), mais non par un corps (*corpore*); de même, si le coupable avait poussé l'esclave du haut d'un rocher; dès lors, l'action directe n'était pas donnée, mais, par équité, on donnait l'action *utiliter* ²⁷. Que si le dommage n'avait été causé *neque corpore, neque corpori*, si par exemple quelqu'un avait par pitié détaché les liens d'un esclave enchaîné par son maître, pour lui permettre de s'enfuir, il n'y avait pas lieu à l'action de la loi *Aquilia*, mais à une action *in factum*, subtilité à laquelle les Jurisconsultes durent avoir recours pour lutter contre la fourberie des Romains cherchant dans l'interprétation

²⁶ Gaius, III, 216.

²⁷ Gaius, III, 219. Neratius, L. 53, D. *ad legem aquilianam* (9.2). Paul Lib. 49, ad Ed., L. 4, D. *de servo corrupto* (11.3).

des lois les moyens de se soustraire à leurs responsabilités²⁸.

Enfin : condamnation au simple lorsque le Défendeur avouait les faits, et condamnation au double en cas de dénégation.

FORMULES

1. Ex capite primo : *Si servum vel quadrupem injuria occiderit.*

Confessoria : Judex esto. Quod N^s N^s illum Aⁱ Aⁱ servum injuriâ se occidisse confessus est, quanti is servus in eo anno plurimi fuit, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Adversus infiantem : Judex esto. Si paret illum Aⁱ Aⁱ servum a N^o N^o injuriâ occisum esse, quanti is homo in eo anno plurimi fuit, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A^o A^o in duplum condemna, s. n. p. a.

2. Ex capite secundo :

Judex esto. Si paret dolo malo Nⁱ Nⁱ adstipulatoris factum esse ut Titius de eo quod A^o A^o debebat acceptilatione liberetur, nisi N^s N^s A^o A^o restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

3. Ex capite tertio.

Confessoria : *Si fatebitur injuriâ occisum esse, ire simplum ut condiceret.*

Judex esto. Quod N^s N^s Aⁱ Aⁱ illi servo (cani, apibus...) *damnum injuriâ dedisse* (canem, apes ... occidisse) confessus est, quanti eas res in diebus triginta proximis plurimi fuit, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Adversus infiantem : Judex esto. Si paret illi Aⁱ Aⁱ servo a N^o N^o *damnum injuriâ datum esse*, quanti ea res in diebus triginta proximis plurimi fuit, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A^o A^o in duplum c. s. n. p. a.

— *Noxalis* : Judex esto. Quod N^s N^s confessus est (si paret) illum Aⁱ Aⁱ servum ab illo servo suo (Nⁱ Nⁱ) injuriâ occisum (vulneratum) esse, quanti is homo in eo anno (in diebus triginta proximis) plurimi fuit, tantam pecuniam (tantæ pecuniæ in duplum) aut noxæ dedere, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

²⁸ Ulpian (Lib. 44. ad Ed.). L. 7, § 7, D. *de dolo malo* (1.3).

§ 2. **De effusis, de dejectis, de positis
et de suspensis.**

L. 1. Unde in eum locum quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex eâ re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem æquum Judici videbitur, eum cum quo agetur condemnari tanti iudicium dabo. Si servus, insciente domino, fecisse dicetur, in iudicio adjiciam aut noxam dedere.

Ulpien (Lib. 23, ad Ed.), L. 1, pr. D. de his qui effuderint vel dejecerint (9.3).

Si l'on jette quelque chose d'une maison dans un lieu où l'on a l'habitude de passer ou de s'arrêter, je donnerai action au double contre celui, qui habitera la maison, pour réparer le dommage qui aura été causé. Si un homme libre a péri par ce fait, je donnerai action pour cinquante pièces d'or. S'il est vivant et qu'il soit dit qu'un tort lui a été causé, je donnerai action pour que l'auteur du dommage soit condamné à telle indemnité que le Juge estimera être juste. Si c'est un esclave qui est dit avoir commis cet acte à l'insu de son maître, j'ajouterai que le maître doit réparation ou livrer l'esclave.

219. Pour combler une lacune dans le Droit (*supplendi juris civilis gratiâ*), le Préteur, en vertu de son *Imperium*, crée ici un quasi-délit, d'où naît pour l'agent une obligation. Il doit réparer le dommage causé par son fait ; et, comme il serait le plus souvent impossible de déterminer la personne coupable, l'action est donnée contre celui qui habite l'appartement d'où l'objet a été jeté ¹ ; et si plusieurs personnes occupent la maison, l'action est donnée contre chacune d'elles ². C'est une *actio in factum* et elle est donnée *in duplum*.

Mais si à cette occasion un homme libre a péri, on ne donne pas l'action au double, qui suppose une estimation

¹ Ulpien, L. 1, § 4, D. h. t.

² Ulpien, L. 1, § 40 ; L. 3, §. Gaius (Lib. 6, ad Ed. prov.). L. 2. Paul (Lib. 19, ad Ed.). L. 4, D. h. t.

probable du dommage, parce qu'un homme libre ne peut pas être estimé ³; l'Édit fixe l'indemnité à cinquante pièces d'or. Si l'homme libre est vivant, mais a éprouvé quelque dommage, l'indemnité qui lui est due est arbitrée par le Juge.

Cette action est perpétuelle. Toutefois, lorsqu'il y a eu mort d'un homme libre, elle doit être intentée dans l'année; elle n'est donnée ni à l'héritier, ni contre l'héritier, parce qu'elle est pénale et populaire (*pœnalis et popularis*). Mais l'action, donnée à l'homme libre qui réclame lui-même une indemnité pour le tort qui lui a été fait, cette action est perpétuelle à son égard, mais elle ne passe pas à ses héritiers, parce qu'il ne s'agit pas d'un tort qui lui a été causé dans ses biens. Que si, à raison de ce qu'elle est populaire, d'autres veulent l'intenter, ils doivent la demander dans l'année ⁴.

FORMULES

Privata : Judex esto. Si paret ex eo loco, in quo N° N° tunc habitabat, in eum locum quo vulgo iter fit vel in quo consistitur, dejectum vel effusum quid esse, quantæ pecuniæ ex eâ re A° A° damnum datum factumve est, tantæ pecuniæ in duplum, Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

Popularis : Judex esto. Si paret, ex eo loco ... consistitur, in hoc anno dejectum vel effusum quid esse eoque ictu illum hominem liberum perisse, Judex, N^m N^m A° A° quinquaginta aureorum c. s. n. p. a.

Popularis et privata : Judex esto. Si paret ... (in hoc anno) dejectum vel effusum quid esse, eo que ictu illi homini libero nocitum esse, quantum ob eam rem bonum æquum tibi videbitur N^m N^m condemnari, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

L. 2. Ne quis in suggrunda protectove, suprâ eum locum qua vulgo

Que personne ne place sur son toit ou sur une partie de sa maison

³ Ulpian. L. 1, § 5, D. h. t.

⁴ Ulpian, L. 5, § 5, D. h. t.

iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum judicium dabo. Si servus, insciente domino, fecisse dicetur, aut æstimationem dari, aut noxæ dedi ju-bebo.

Ulpien, L. 5, § 6, D. h. t.

qui fait saillie, au-dessus d'un lieu où l'on a l'habitude de passer ou de s'arrêter, quelque chose qui puisse nuire en tombant. Je donnerai une action expositive du fait, à concurrence de dix pièces d'or, contre celui qui aura contrevenu à cette défense. Si c'est un esclave qui l'a fait à l'insu de son maître, j'ordonnerai que celui-ci paye l'estimation du dommage ou livre l'esclave.

220. L'action n'est plus donnée contre celui qui habite la maison ou l'appartement, mais contre la personne qui a posé ou suspendu la chose⁵.

Elle passe aux héritiers de la victime; mais comme elle est populaire et pénale, elle n'est pas donnée contre les héritiers du coupable⁶.

Dans les deux chefs de l'Édit, si un esclave a commis le délit à l'insu de son maître, l'action est noxale.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m in illa suggrunda protectove supra eum locum qua vulgo iter fit inve quo consistitur, id positum habuisse cujus casus nocere cui possit, Judex, N^m N^m A^o A^o solidorum decem c. s. n. p. a.

§ 3. De Judice litem suam faciente.

L. un. Si Judex, dolo malo, gratiâ vel inimicitia, vel etiam sorde, in fraudem legis sententiam dixisse, aut, cum latæ pecuniæ condemnatio posita esset, minoris vel majoris summa petita, aut pluris

Si un Juge est dit avoir, de mauvaise foi, par faveur ou par haine, jugé contrairement à la loi; ou lorsque la condamnation de la formule était d'une somme certaine avoir condamné au-dessus ou au-

⁵ Ulpien. L. 5, § 12. D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 5, § 13. D. h. t.

quam taxatio fuerit condemnasse dicetur, et tunc litem suam fecisse, in eum in factum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 21, ad Ed.) L. 15, § 1, D. de *Judiciis* (5.1).

Gaius, Com., IV, 52, L. 6, D. de *extraordinariis cognitionibus* (50.13).

dessous de cette somme, ou avoir dépassé la taxe quand la condamnation était taxée, et avoir ainsi fait le procès sien, je donnerai action contre lui.

221. Que ce soit par imprudence ou par dol qu'un Juge ait mal jugé, il n'est tenu ni en vertu d'un contrat, ni en vertu d'un délit; néanmoins, comme il a commis ou une faute ou un acte coupable qui porte préjudice à autrui, il est considéré comme obligé en vertu d'un quasi-délit, et tenu de l'action expositive du fait¹. Il en serait de même, si le Juge, par dol, omettait dans son Jugement quelque chose contre les préceptes du Droit². Dans ces cas, le Juge est considéré comme prenant le procès pour son compte, et il est tenu d'en payer la juste valeur³.

Cette action n'est pas donnée contre l'héritier du Juge⁴.

FORMULES

1. Judex esto. Si paret N^m N^m, cum inter A^m A^m et Titium, de lite illa Judex esset, dolo malo in fraudem legis sententiam dixisse, quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

2. Judex esto. Si paret N^m N^m, litem quæ inter A^m A^m et Titium de illa re fuit, male judicasse (suam fecisse), quantum de ea re tibi æquum esse videbitur, N^m N^m A^o A^o condemnari, tantæ pecuniæ ... N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

¹ Gaius, L. 6. D. de *extraord. Cogn.* (50.13). L. 5, § 4, D. de *oblig. et act.* (44.7).

² Papinien, L. 40, § 1, D. de *Judiciis* (5.1).

³ Ulpien, L. 15, § 1, D. *eod.*

⁴ Ulpien, L. 16, D. *eod.*

§ 4. De interrogationibus in jure faciendis.

L. un. Si quis in jure interrogatus an heres aut bonorum possessor vel quotâ ex parte sit; an ei hereditas sit restituta; an in potestate habeat filium servumve cujus nomine noxali judicio agitur; an peculium apud eum cum quo agitur est; an quadrupes qua pauperiem fecit ejus sit; an ædes ejus vel locus sit ex quo damnum timeatur et pro quâ parte: responderit, ex eâ responsione in eum judicium dabo. Si omnino non responderit vel falsis confessionibus, in solidum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 22, ad Ed.) L. 4. § 1; L. 9, §§ 7, 8. (Lib. 18, ad Ed.) L. 7. (Lib. 22, ad Ed.) L. 11. §§ 5, 6. Gaius (Lib. 3, ad Ed., prov.) L. 5. Paul (Lib. 48, ad Ed.) L. 10, D. de interrogationibus in jure faciendis (11.1).

Si quelqu'un, interrogé : s'il est et pour quelle part il est héritier civil ou prétorien ; si en qualité de fidéicommissaire la succession lui a été remise ; s'il a sous sa puissance le fils ou l'esclave au nom duquel on veut intenter l'action noxale ; s'il a le pécule entre les mains ; si l'animal qui a causé du dommage lui appartient ; s'il est propriétaire, ou pour quelle partie, de la maison ou du local à l'occasion duquel on redoute un dommage ; si quelqu'un interrogé sur ces faits, répond, je donnerai action contre lui d'après sa réponse. S'il ne répond pas aussitôt ou fait de faux aveux, je donnerai action pour le tout.

222. Le Préteur s'est déterminé à publier cet Édît, en raison de la difficulté où est le demandeur de savoir si le défendeur est héritier, propriétaire ou possesseur ¹ ; et il a voulu le lier par ses réponses, afin de permettre au demandeur de faire sa demande, sans avoir à redouter le danger de la plus-pétition ² ; et aussi pour contraindre le défendeur à prendre qualité.

L'interrogatoire avait lieu *in jure*, avant la *litis-contestatio* ; mais cet usage était déjà tombé en désuétude à l'époque des Jurisconsultes classiques, parce que, dit Callistrate ³, *nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid*

¹ Ulpien, L. 2. Paul (Lib. 17, ad Ed.), L. 3, D. h. t.

² Ulpien, L. 4, pr. D. h. t.

³ Callistrate (Lib. 2, *Edicti monitorii*), L. 1, § 1, D. h. t.

respondere; il suffit, ajoute-t-il, que les parties apportent pour preuve ce qui a été dit devant le Juge à propos de l'objet de la contestation. Toutes les questions contentieuses se discutaient alors dans la même instance.

Celui, qui ainsi interrogé répond, est obligé par sa réponse comme par un contrat (*quasi ex contractu*)⁴. Les réponses décident de l'action que le Demandeur intentera; et ce qui lui est favorable lui est acquis contre le demandeur, car sa déclaration fait foi pour lui aussi bien que contre lui⁵. S'il refuse de répondre, ou s'il fait une fausse déclaration, l'hypothèse la plus défavorable est admise comme vraie contre lui; il est considéré comme contumace et traité comme tel, c'est-à-dire qu'il pourra être actionné pour le tout (*in solidum*)⁶.

FORMULES

Si quis interrogatus responderit : Judex esto. Si paret, Lucium Titium, si viveret, A° A° decem millia dare oportere, quod (quota ex parte) N° N° in jure interrogatus se Luci Titi heredem (bonorum possessorem) esse respondit, ejus (ex eâ parte) Judex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.

Si quis interrogatus omnino non responderit : Judex esto. Si paret N° N° in jure interrogatum an (quæ ex parte) Lucio Titio heres sit, omnino non respondisse, quantam pecuniam Lucium Titium, si in vivis esset, A° A° dare oporteret, tantam pecuniam, Judex N° N° A° A° c. s. n. p. a.

§ 5. De servo corrupto.

L. un. Qui servum, servam, alienum alienam, recepisse persuasisse quid ei dicetur dolo malo quo	Si quelqu'un a reçu chez lui un esclave par dol ou lui a méchamment persuadé de faire une chose
---	---

⁴ Ulpian, L. 41, § 9, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 41, § 1, D. h. t.

⁶ L. 41, §§ 5, 6, 7, D. h. t. Voir infra. t. II. n° 863, de *jure deliberandi*.

eum eam deteriore[m] faceret, in pour le rendre de moindre valeur,
 eum quanti ea res erit in duplum je donnerai contre lui action au
 iudicium dabo. double, pour réparer le dommage
 causé.

Ulpien (Lib. 23, ad Ed.) L. 4,
 pr. D. de servo corrupto (11.3).

223. Il y a lieu à l'application de l'Édit, lorsque quel-
 qu'un a reçu l'esclave d'autrui pour lui donner asile¹ et l'a
 méchamment engagé à faire une chose qui devait diminuer
 sa valeur, soit en ce qu'il aurait perdu de ses facultés phy-
 siques ou morales, soit parce qu'il aurait commis quelque
 mauvaise action dont son maître serait responsable². Peu
 importe que l'esclave ait ou n'ait pas de dispositions à mal
 faire; on est censé l'avoir corrompu quand de bon on l'a
 rendu méchant, ou de méchant pire; quand on lui a con-
 seillé de commettre un vol, de s'enfuir, d'engager l'esclave
 d'autrui à une mauvaise action, de ruiner son pécule³...
 Mais pour qu'il y ait lieu à l'application de l'Édit, il faut
 qu'on ait agi méchamment (*dolo malo*)⁴.

Toutefois, l'Édit ne s'applique pas au cas où un fils ou
 une fille de famille aurait été corrompu, parce que son but
 est de faire indemniser le maître du dommage dont il a pu
 souffrir dans ses biens, dont l'esclave fait partie, la dignité
 et la réputation de sa maison restant intacts. Toutefois,
 comme réparation lui serait due, le Préteur lui donnerait
 l'action utile⁵.

L'action compétente au maître de l'esclave, alors même
 qu'il l'aurait depuis donné en gage ou aliéné, ou s'il était
 mort ou affranchi; car il faut se reporter au temps où
 l'acte coupable a été commis; c'est à ce moment qu'on doit
 estimer le dommage⁶.

¹ Ulpien. L. 1, §§ 2, 3; L. 5, pr. D. h. t.

² Ulpien, L. 1, §§ 4, 5, D. h. t.

³ Ulpien (Lib. 13, ad Ed.), L. 3, D. h. t.

⁴ Paul (Lib. 19, ad Ed.), L. 14, § 1, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 5, § 4. Paul, L. 14, § 4; L. 6. Alfenus-Varus, L. 16
 D. h. t.

Si le coupable est un esclave, l'action est donnée contre son maître qui a la faculté de l'abandonner à titre de noxe ⁶.

L'action est perpétuelle. Elle passe à l'héritier du maître, dont l'esclave a été corrompu, alors même qu'ayant été légué, il ne se trouverait plus dans la succession. Mais elle a un caractère pénal, qui empêche qu'elle soit donnée contre l'héritier du coupable ⁷.

Elle a pour objet de faire condamner le coupable au double du dommage causé, même lorsqu'il avoue (*etiam fatentem*), bien que la Loi *Aquilina* ne punisse du double que celui qui nie ⁸. Et vous êtes obligé envers moi, non seulement si mon esclave m'a causé personnellement quelque préjudice d'après votre conseil, mais s'il en a causé à une autre personne, parce que je suis, vis-à-vis de cette personne, passible de la Loi *Aquilina* ⁹. Le mari peut, même pendant le mariage, intenter l'action contre sa femme qui aurait corrompu un de ses esclaves, mais, *favore nuptiarum*, l'action n'est donnée que *in simplum* ¹⁰. Du reste, le maître a le choix : ou de garder son esclave et de recevoir le double du dommage que lui cause sa détérioration (*quanti deterior servus factus est*), ou de l'abandonner en recevant sa valeur avant la détérioration ¹¹. Enfin, si l'esclave s'est rendu coupable de vol vis-à-vis de son maître, celui-ci peut intenter contre celui qui l'a conseillé, non seulement l'action de vol pour se faire rendre l'objet volé, mais encore l'*actio servi corrupti* pour se faire indemniser de la détérioration de son esclave ¹². Celui qui corrompt

⁶ Ulpien, L. 5, § 3. Paul, L. 14, § 2, D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 13. Paul, L. 8, D. h. t.

⁸ Ulpien, L. 5, § 2; L. 9, § 2. 3. Paul, L. 10, 14, § 5, D. h. t.

⁹ Paul, L. 14, § 7, D. h. t.

¹⁰ Marcien, L. 17, D. h. t. Quelles mœurs révèle ce fragment !

¹¹ Paul, L. 14, § 9, D. h. t.

¹² L. 11, § 2, D. h. t.

un esclave utile à son maître, est puni avec la dernière rigueur ¹³.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m illum Aⁱ Aⁱ servum recepisse (illi Aⁱ Aⁱ servo illud persuasisse) dolo malo, quo eum deteriorem faceret, quanti ea res tunc fuit, tantæ pecuniæ dupli N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 6. De Aleatoribus.

L. 1. Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit damnumve ei dederit; sive quid eo tempore dolo ejus subtratum est, judicium non dabo.

Ulpien (Lib. 23, ad Ed.) L. 1, pr. D. de aleatoribus (11.5).

Si celui, chez qui on a joué à des jeux de hasard, a été frappé ou a éprouvé un dommage, ou que, dans le même temps, on lui ait frauduleusement soustrait quelque chose, je ne lui donnerai pas action.

224. Le but de cet Édît est d'empêcher les jeux de hasard, en refusant toute action à ceux qui donnent à jouer, lors même qu'ils auraient subi des mauvais traitements de la part des joueurs ou que ceux-ci les auraient volés.

Si les joueurs se volent entre eux, l'*actio vi bonorum raptorum* ne leur est pas refusée, parce que l'Édit n'a en vue que celui qui donne à jouer, bien que les joueurs soient indignes de la protection de la Loi; de sorte que le vol, commis dans la maison d'habitation et au préjudice de celui qui donne à jouer, reste impuni ¹. Est-ce la seule action pénale, par laquelle on poursuit la punition du voleur, qui est refusée; ou bien refuse-t-on aussi l'action en restitution de la chose volée? L'Édit ne fait pas de distinction ².

¹³ Paul, L. 21, D. de officio Præsidis (1.18).

¹ Ulpien, L. 1, §§ 1, 2, D. h. t.

² Ulpien, L. 1. § 3, eod.

L. 2. In eum, qui aleæ ludendæ causâ vim intulerit, uti quæ res erit, animadvertam.

Ulpien (Lib. 23, ad Ed.) L. 1, § 4, D. h. t.

Je punirai, en proportion de ce qui aura été fait, celui qui aura employé la violence pour forcer quelqu'un à jouer.

225. Celui qui a employé la violence pour forcer quelqu'un à jouer, est passible de l'amende ou de la prison ³.

Un Sénatus-consulte, dont on ignore la date, défend de jouer de l'argent à d'autres jeux qu'aux jeux d'adresse, parce que ces jeux sont des exercices utiles ⁴.

Le pari, qui se rapporte à des jeux prohibés est également frappé de nullité; mais il est valable et obligatoire, s'il a pour objet les jeux d'adresse ⁵. La gageure n'était-elle pas dès les temps les plus anciens un des modes de procédure? N'est-ce pas elle qui a donné naissance à la *legis actio per sacramentum* et ne la retrouve-t-on pas jusque sous l'Empire dans la *Sponsio*? La condamnation eût été absolument contradictoire. D'ailleurs des lois positives, les lois *Titia*, *Publicia* et *Cornelia*, autorisaient la gageure quand il s'agissait de jeux d'adresse; or le pari, même pour les jeux d'adresse, n'est-il pas en lui-même un jeu de hasard?

Si un fils de famille ou un esclave a perdu de l'argent au jeu, le père ou le maître a le droit de le réclamer. De même, si le fils ou l'esclave a reçu l'argent qu'il a gagné au jeu, le perdant a contre le père ou le maître, soit l'action relative au pécule, soit une action utile pour redemander la somme, mais il n'a pas l'action noxale, parce qu'on estime que cela doit être considéré comme une gestion d'affaires ⁶.

³ Ulpien, L. 1, § 4. Paul, L. 2, pr. D. h. t.

⁴ Paul, L. 2, § 1, D. h. t. Ce Sénatus-consulte a peut-être été provoqué par la 2^{me} Philippique de Cicéron, n° 27.

⁵ Marcien, L. 3, D. h. t.

⁶ Paul (Lib. 19, ad Ed.). L. 4, D. h. t.

226. Les jeux autorisés et les paris n'engendrent qu'une obligation naturelle. Pour lui donner force obligatoire, il faut y ajouter une forme civile : la stipulation ou le dépôt de l'argent entre les mains d'un tiers, chargé de le remettre au gagnant. La stipulation donne au gagnant l'*actio ex stipulatu*, et le dépôt de l'enjeu dans des mains tierces, l'*actio depositi sequestraria* ou l'*actio præscriptis verbis*, dont le perdant est également tenu quand c'est l'une des parties qui a reçu l'enjeu, auquel cas, si c'est le perdant qui a été constitué dépositaire, il doit rendre le double ⁷.

226 bis. Le jeu et le pari ont été absolument interdits, aussi bien dans les maisons privées que dans les établissements publics, par la singulière Constitution que Justinien a publiée à ce sujet, et dans laquelle, en posant la règle que celui qui a perdu au jeu et payé, peut, ainsi que ses héritiers, répéter ce qu'il a donné, il accorde la permission de jouer à cinq jeux qu'il désigne. Si le perdant ne réclame pas ce qu'il a payé, le fisc devra exercer l'action en répétition ⁸. Par une autre constitution, il interdit aux Clercs le jeu sous les peines les plus sévères ⁹.

§ 7. Si mensor falsum modum dixerit.

L. un. Si mensor falsum modum dixisse dolo malo, aut cujus alterius rei falsam mensuram renuntiasset dicetur, eo nomine adversus eum in factum actionem dabo.

Ulpien (Lib 24, ad Ed.) L. 1 ; L. 5, § 2, D. *si mensor falsum modum dixerit* (11.6).

Si un arpenteur est accusé d'avoir de mauvaise foi fait un faux rapport ou déclaré vraie une fausse mesure pour quelque chose que ce soit, je donnerai contre lui à ce titre une action expositive du fait.

⁷ Paul, L. 6, D. *Depositum* (16.3). Ulpien, L. 11, § 2, D. *de receptis* (4.8). Ulpien (Lib. 28, ad Ed.), L. 17, § 5, D. *de præscriptis verbis* (19.5).

⁸ Justinien, L. un., C. J. *de aleatoribus et alearum lusu* (3.43).

⁹ Justinien, L. 34, C. J. *de episcopali audientia* (1.4). Voir infra, t. II, N° 1187.

227. Le Préteur a dû publier cet Édît, parce que les experts, désignés par les parties, soit pour le bornage de leurs terres, soit pour mesurer l'objet en litige, soit pour établir un compte, étaient considérés plutôt comme accomplissant un acte d'obligeance, que comme louant leur travail. Ils recevaient, non pas un salaire (*merces*), mais un honoraire (*honorarium*), et dès lors on n'avait pas contre eux l'*actio locati conducti*¹ ; et c'est encore pour ce motif qu'ils ne répondaient que de leur dol, la faute lourde (*lata culpa*) étant pourtant assimilée au dol².

Si l'expert désigné et qui a accepté la mission qu'on lui confiait, a chargé une autre personne de faire à sa place l'expertise, la mesure, le compte, et que cette personne se rende coupable de dol, c'est l'expert désigné qui est responsable, parce qu'il y a dol de sa part à placer si mal sa confiance³.

L'action compète à celui qui avait intérêt à ce que la mission fût fidèlement accomplie. Que si pourtant il peut obtenir réparation en intentant une autre action contre une autre personne : par exemple, l'acheteur qui, par suite d'un faux mesurage, aurait payé un prix trop élevé, ou le vendeur qui aurait livré une trop grande étendue de terrain ; il n'aura pas d'action contre l'expert ; parce que l'acheteur a dans ce cas contre le vendeur ou le vendeur contre l'acheteur une action pour se faire restituer ce qu'il a payé ou livré de trop⁴.

Cette action passe aux héritiers de celui qui a été trompé, mais elle n'est pas donnée contre les héritiers du coupable ; et si c'est un esclave qui a agi dolosivement, on a contre son maître une action noxale et une action *de peculio*⁵.

¹ Ulpian, L. 1, pr. D. h. t.

² Ulpian, L. 1, § 1, D. h. t.

³ Paul (Lib. 25, ad Ed.), L. 2, § 1, D. h. t.

⁴ Ulpian, L. 3, §§ 2, 3 ; L. 5, § 1, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 3, §§ 5, 6, D. h. t.

Elle est perpétuelle, parce qu'elle est ouverte, non du moment où la fraude a eu lieu, mais du jour où on l'a soupçonnée ⁶.

Elle n'a pas lieu dans le cas de retard dans l'accomplissement de la mission de l'expert, retard qui aurait causé à l'une des parties un grave préjudice. On ne pourrait pas donner l'action utile, parce que l'esprit de l'Édit est qu'une action soit donnée à la suite d'un travail accompli. Il faudra avoir recours à l'action de dol ⁷.

L'action est donnée contre l'expert qui s'est servi de faux instruments ; et en vertu d'un décret de l'empereur Sévère, contre quiconque, chargé d'un travail, a sciemment trompé ⁸.

Enfin elle est donnée contre le teneur de livres (*tabularius*), qui a trompé en faisant un compte dont il était chargé ⁹.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m mensorem agrorum, ejus agri, de quo agitur, dolo malo falsum modum renuntiasse, quanti Aⁱ Aⁱ interest in eâ re deceptum non esse, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

⁶ Paul (Lib. 25. ad Ed.), L. 4. D. h. t.

⁷ Ulpien. L. 5, pr. D. h. t. Il faut dans ce texte remplacer *liberetur*, qui n'a pas de sens, par *læderetur* comme on le voit dans les Basiliques.

⁸ Ulpien, L. 7, §§ 1, 2, 3, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 7, § 4. D. h. t. Sénèque. *Lettres*, 88. *Tabularii* (*calculatores*) probablement teneurs de livres sous la République, et sous l'Empire employés municipaux dans les provinces (Constantin, L. 1, C. Th. *de numerariis* (8.1)), qu'il ne faut pas confondre avec *tabelliones*, rédacteurs officieux d'actes, dont parle Ulpien, L. 9. § 4, D. *de panis* (48.19).

§ 8. **Ad Exhibendum.**

L. un. Si quis rem, quam petiturus erit, sibi exhiberi postulet ab eo, qui eam possidet aut dolo malo fecerit quominus possideret, eam, arbitrio Judicis, exhiberi jubebo.

Ulpien (Lib. 24, ad Ed.) L. 1.
Paul (Lib. 21, ad Ed.) L. 2, D. *ad exhibendum* (10.4).

Si quelqu'un demande l'exhibition d'une chose, qu'il entend revendre, à celui qui la possède ou par dol a cessé de la posséder, j'ordonnerai à celui-ci de la représenter, d'après l'arbitrage du Juge.

A. A qui, pour quelles causes et contre qui cette action est-elle donnée ?

B. Dans quels cas et pour quelle nature de choses la représentation doit-elle être ordonnée ; et en quoi consiste l'office du Juge ?

A. 228. Bien que personnelle, puisqu'elle est dirigée contre une personne, cette action a un caractère réel, car elle a pour objet une chose mobilière qu'une personne doit exhiber. Elle n'est pas introductive d'instance. Elle est destinée à préparer l'instance, en mettant le demandeur à même de préciser sa réclamation.

229. Elle compète à quiconque veut intenter une action réelle, même l'action Servienne ou hypothécaire ; elle compète à l'Usufruitier qui entend revendre un droit d'usufruit sur la chose dont il demande la représentation, comme elle peut être intentée contre lui par quelqu'un qui ne prétend qu'à la possession civile de la chose, tout en voulant le laisser maître de son usufruit¹. Elle est donnée également à celui qui ne prétend qu'à la possession civile de la chose, pour laquelle il entend user des Interdits pos-

¹ Ulpien (Lib. 24, ad Ed.), L. 3, §§ 3, 4, 12 ; L. 5, § 1, D. *ad exhibendum* (10.4).

cessoires³; comme aussi, avant d'intenter l'action noxale, il est nécessaire de demander la représentation de l'esclave⁴; et il suffit que le demandeur ait un intérêt, sans que le Juge ait à examiner s'il est ou non propriétaire de la chose dont la représentation est réclamée⁵. Alors même qu'il n'aurait pas à ce moment le droit de revendiquer, le demandeur a droit à l'action s'il a un intérêt, par exemple le légataire, à qui on a légué le choix entre plusieurs choses, peut demander qu'on les lui représente, pour en revendiquer une ensuite⁶, bien qu'il n'ait pas d'action en revendication avant d'avoir opté.

On ne peut pas revendiquer une pierre précieuse enchassée dans l'or qui appartient à une autre personne, ni une figurine faisant corps avec un candélabre, mais on peut intenter l'action en représentation, pour revendiquer ensuite ces objets. Au contraire, on ne pourrait pas employer cette action à l'égard des matériaux qui auraient servi à la construction d'une maison propriété d'autrui, parce que la Loi des XII tables défend qu'on les sépare, mais elle donne action au double contre celui qui a employé des matériaux qui ne lui appartenaient pas⁶. On peut demander la représentation d'esclaves coupables d'un crime, afin de les soumettre à la torture, pour leur faire déclarer leurs complices, et revendiquer ceux-ci⁷.

230. Pour avoir le droit d'intenter cette action, il faut avoir un intérêt sérieux⁸ : ainsi celui qui, n'étant pas héritier, demande qu'on lui représente un testament, verra sa demande repoussée, car il a pour se faire rendre justice

³ Ulpian, L. 3, § 5, D. h. t.

⁴ Ulpian, L. 3, § 7, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 3, § 9; L. 18, D. h. t.

⁶ Ulpian, L. 3, §§ 6, 10, D. h. t.

⁶ Paul, L. 6, D. h. t. L. XII tables. Table VI, §§ 7, 8. Ulpian, L. 7, pr., §§ 1, 2, D. h. t.

⁷ Ulpian, L. 20, D. h. t.

⁸ Paul, L. 19, D. h. t.

l'interdit du *tabulis exhibendis* ⁹. Si l'on demande la représentation d'un esclave qu'on prétend être un homme libre, on a droit à cette action, si on a un intérêt; mais, si on demande l'exhibition d'un homme libre qu'on prétend être détenu en esclavage, on devra avoir recours à l'interdit de *homine libero exhibendo*, parce que l'action civile, *ad exhibendum* n'est donnée qu'à celui qui a un intérêt pécuniaire ¹⁰.

231. L'action est donnée contre tout possesseur ou détenteur de la chose; contre celui qui la détient à titre de gage, de dépôt, de prêt, de loyer, ou, comme on l'a dit plus haut, à titre d'usufruit, ou bien si la chose s'est trouvée dans une maison achetée par le défendeur ¹¹. Que si le détenteur n'a pas la possibilité de la restituer, comme si l'esclave réclamé est en fuite, il ne sera pas tenu de l'action; il est seulement obligé de promettre de la représenter ¹².

232. Celui qui a de mauvaise foi cessé de posséder est passible de l'action, comme s'il avait détruit la chose, s'il l'avait vendue, ou tellement détériorée qu'elle n'aurait plus de valeur; car, quoique l'action n'ait pour objet que la représentation et non la revendication de la chose, elle doit être représentée dans l'état où elle se trouvait au début de l'instance ¹³.

233. Le fils de famille est tenu de cette action, s'il est en son pouvoir de représenter la chose. Quant à une chose possédée par un esclave, son maître est tenu de la représenter; et, si à l'insu de son maître, il a frauduleusement

⁹ Ulpien, L. 3, § 8, D. h. t. *Infra*, t. II, n° 945.

¹⁰ Paul (Lib. 26, ad Ed.). L. 12, pr. Gaius (ad Ed. Prætoris urbani), L. 13, D. h. t. *Infra*, t. II, n° 1110.

¹¹ Ulpien, L. 3, § 15. Pomponius, L. 4. Ulpien, L. 5, pr., §§ 1. 2. D. h. t.

¹² Ulpien, L. 5, § 6, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 9, pr., §§ 4-6, D. h. t.

cessé de l'avoir, on aura contre le maître l'action noxale. Aucune action utile ne peut dans ce cas être donnée ¹⁴.

234. L'héritier peut intenter l'action en son propre nom, car elle est personnelle; et l'héritier du détenteur de la chose en est également tenu en son propre nom. Pourtant, s'il y a eu dol de la part du défunt, l'action sera donnée contre son héritier, si l'hérédité en est devenue plus riche ¹⁵.

B. 234. Dans quels cas la représentation doit-elle être ordonnée; et en quoi consiste l'office du Juge ?

Celui qui intente cette action doit connaître la chose dont il demande la représentation, et la désigner clairement ¹⁶. Il n'a pas à prouver qu'il en est propriétaire, parce que la représentation peut être demandée à plusieurs titres; il suffit, comme nous l'avons dit, qu'il démontre qu'il a un intérêt, et, cet intérêt étant reconnu par le Juge, celui-ci doit ordonner la représentation ¹⁷.

Le Juge, appréciateur de l'intérêt du demandeur, doit examiner aussi la valeur des exceptions opposées par le défendeur pour repousser la demande ¹⁸.

235. La chose doit être représentée dans le lieu où elle se trouve au moment de la contestation; et, s'il est nécessaire de la transporter au lieu où se débat le litige, ce transport est aux risques et aux frais du demandeur ¹⁹.

236. L'objet doit être représenté dans l'état où il se trouve. S'il est détérioré ou si le demandeur perd la chose par le fait du défendeur, il pourra agir par l'action de la loi *Aquiliana* pour se faire indemniser du dommage qui lui

¹⁴ Paul (Lib. 26, ad Ed.), L. 12, § 1; L. 16, D. h. t.

¹⁵ Paul, L. 12, § 6, D. h. t.

¹⁶ Ulpian, L. 3, pr., D. h. t.

¹⁷ Ulpian, L. 3, §§ 1, 9, D. h. t.

¹⁸ Ulpian, L. 3, § 14, D. h. t.

¹⁹ Ulpian, L. 11, §§ 1. 2. D. h. t.

est causé²⁰. Mais dans le cas où la représentation est ordonnée, le demandeur, s'il ne l'obtient pas, doit être indemnisé par la décision du Juge de tout l'intérêt qu'il avait à ce que la chose lui fût représentée²¹.

237. Enfin, si le défendeur refuse d'obéir à l'ordre du Juge, celui-ci taxe, d'après le serment du demandeur, les dommages-intérêts qui lui sont dus²².

FORMULE

Judex esto. Quantæ pecuniæ paret Aⁱ Aⁱ *interesse* rem, de qua agitur, sibi exhiberi, si ea res *penes* N^m N^m est dolove malo Nⁱ Nⁱ factum est quominus penes eum esset, neque arbitrato tuo A^o A^o res exhibeatur, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 9. De inspiciendo ventre custodiendoque partu¹.

237 *bis*. Si l'on veut bien comprendre le Droit d'un peuple, il ne suffit pas de l'étudier au seul point de vue juridique, mais il faut considérer les Institutions comme un miroir dans lequel se reflète l'état psychologique de la société.

C'est surtout sous ce rapport que l'Édit suivant mérite notre attention.

L. un. Si mulier, mortuo marito, prænantem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit pro-

Si, après la mort de son mari, une femme se dit enceinte, elle doit le notifier deux fois dans le mois

²⁰ Ulpian. L. 17. Paul, L. 10. D. h. t.

²¹ Ulpian. L. 9, §§ 7. 8; L. 11, pr. D. h. t.

²² Ulpian, L. 3, § 2, D. h. t.

¹ Ulpian traite cette matière dans le livre 24 de son commentaire, en même temps que de l'Édit *ad Exhibendum*. Il s'agit en effet de la représentation de l'enfant dont une femme est enceinte.

curatorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quæ ventrem inspiciant.

Mittantur autem mulieres liberæ duntaxat quinque hæque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum, dum inspicit, invita muliere ventrem tangat.

Mulier in domu honestissimæ feminae pariat, quam ego constituam.

Mulier, ante dies trigenta quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant.

In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus; si erunt, ex utraque parte tabulis præfigantur. Ante ostium ejus conclavis liberi tres et tres liberæ cum binis comilibus custodiant.

Quotiescumque ea mulier in id conclave aliudve quod, sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant et eos qui introierint excutiant. Custodes qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes qui conclave aut domum introierint excutiant.

Mulier, cum parturire incipiat, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant quibus præsentibus pariat. Mittantur mulieres liberæ duntaxat quinque, ita ut præter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberæ sint quam decem, ancillæ quam sex. Hæ quæ intus futuræ erunt excutiantur omnes in eo conclavi ne qua prægnans sit. Tria lumina ne minus ibi sint : scilicet, quia tenebræ ad subjiciendum aptiores sunt.

qui suit la mort, à ceux que la mort intéresse ou à leur procureur, afin qu'ils envoient, s'ils le veulent, des personnes pour la visiter.

On enverra seulement cinq femmes libres, et elles feront ensemble la visite, sans qu'aucune d'elles puisse, lors de la visite, toucher le ventre de la femme malgré elle.

La femme accouchera dans la maison d'une femme très honnête que je désignerai.

Un mois avant le terme où la femme pensera devoir accoucher, qu'elle le signifie à ceux qui y ont intérêt ou à leur procureur, pour qu'ils envoient, s'ils le veulent, des personnes qui gardent le ventre.

Il n'y aura qu'une entrée dans la chambre où la femme accouchera; s'il y en a plusieurs autres, on les fermera, en dehors et en dedans, avec des planches. Devant la porte de cette chambre, se tiendront pour la garder trois hommes et trois femmes libres avec deux compagnons.

Toutes les fois que cette femme y entrera ou entrera dans une autre, ou ira au bain, les gardiens, s'ils le veulent, visiteront auparavant, et fouilleront ceux qui entreraient avec elle. Les gardiens qui seront devant la porte pourront fouiller ceux qui entreront dans la chambre ou dans la maison.

La femme, lorsqu'elle commencera à accoucher, le fera signifier à ceux que cela intéresse ou à leur procureur, afin qu'ils envoient, s'ils le veulent, des personnes pour assister à l'accouchement. On enverra des femmes libres au nombre de cinq seulement, de telle sorte qu'outre deux sages-femmes, il n'y ait pas dans la chambre plus de dix femmes libres et six femmes esclaves. On visitera toutes les femmes qui seront dans cette chambre, pour s'assurer qu'il n'y en a pas une en-

Quod natum erit his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur.

Apud eum educetur apud quem parens jusserit. Si autem nihil parens jusserit, aut is apud quem volerit educari curam non recipiet, apud quem educetur, causa cognita, constituam.

Is apud quem educabitur quod natum erit, quoad trium mensium sit bis in mense, ex eo tempore quoad sex mensium sit semel in mense, a sex mensibus quoad anniculus fiat alternis mensibus, ab anniculo quoad dari possit semel in sex mensibus ubi volet ostendat.

Si cui ventrem inspicere custodire, adesse partui licitum non erit, factumve quid erit quominus ea ita fiant uti supra comprehensum est, ei, quod natum erit, possessionem, causa cognita, non dabo; sive quod natum erit ut supra cantum est inspicere non licuerit; quas utique actiones me daturum polliceor his quibus ex edicto meo honorum possessio data sit, eas, si mihi justa causa videbitur esse, ei non dabo.

Ulpian (Lib. 24, ad Ed.) L. 4, § 10, D. h. t.

ceinte. Il n'y aura pas moins de trois lumières, parce que les ténèbres favorisent les suppositions de part.

Que l'enfant qui naîtra soit montré à ceux que cela intéresse ou à leur procureur, s'ils veulent l'examiner.

Qu'il soit élevé par celui que le père aura désigné. S'il n'a désigné personne, ou que celui, qu'il aura choisi, ne veuille pas se charger de ce soin, qu'il soit élevé par celui que je désignerai, après avoir pris connaissance de l'affaire.

Que celui qui sera chargé de l'éducation le montre deux fois par mois jusqu'à l'âge de trois mois; une fois par mois de l'âge de trois mois à l'âge de six mois; et depuis cette époque tous les deux mois jusqu'à ce qu'il ait un an, et depuis un an tous les six mois jusqu'à ce qu'il puisse parler, et cela où il voudra.

Si on ne permet pas aux intéressés d'examiner ou de garder le ventre et d'assister à l'accouchement, ou si on a agi de façon que ce qui a été décidé ci-dessus ne soit pas fait, je me réserve de ne pas donner à l'enfant la possession de biens, et cela en connaissance de cause; et suivant que la cause me paraîtra juste, je me réserve également de ne pas lui donner les actions que je promets à ceux à qui mon Edit donne la possession de biens, lorsqu'il n'a pas été possible de l'examiner.

Après avoir reproduit textuellement cet Édît au 24^{me} livre de son commentaire, Ulpian ajoute qu'il n'est pas inutile d'en donner l'explication¹.

La signification doit être faite par la femme à ceux qui

¹ Ulpian, L. 4, § 11, D. h. t.

ont intérêt à ce qu'elle n'ait pas d'enfants, à ceux qui sont en tout ou en partie héritiers du mari *ab intestat* ou par testament ².

Le Préteur se réserve la faculté d'accorder ou de refuser aux intéressés la possession des biens ou les actions y relatives, lorsque les formalités n'ont pas été remplies, afin de ne rien décider de contraire, soit aux intérêts de l'enfant, soit à ceux des héritiers du père ; aussi ne se prononcera-t-il qu'en connaissance de cause ³. Il vise un autre Édît par lequel il donne à l'enfant la possession de biens à l'exemple de l'Édit Carbonien ⁴ ; et il entend s'assurer si les formalités ont été omises par simple négligence ou dans un dessein coupable ⁵.

237 *ter.* N. B. Si cet Édît n'a pas pour nous d'intérêt juridique, puisque, grâce aux progrès de la civilisation, la femme n'est plus soumise, ni de près, ni de loin, à une telle inquisition, et que notre curateur au ventre (expression brutale qui devrait être rayée du Code) n'est plus qu'un pâle souvenir de l'Édit, c'est là une page d'histoire d'un intérêt saisissant.

Que se passait-il donc dans cette société romaine, pour que le Préteur se soit vu obligé d'intervenir et surtout d'entrer dans tant de minutieux détails ? Les suppositions de part étaient-elles donc usuelles ? Faut-il voir là un nouvel exemple de la rapacité native de ces Romains et de ces Romaines qui, pour s'emparer du bien d'autrui, auraient eu recours à de tels moyens et, à défaut de violence, employé la ruse ? Et quel esprit de fourberie que celui que le Magistrat pourchasse ainsi ! Quelles ressources n'avait-il pas ? Certes ! ce n'est pas d'un seul coup que le Préteur a ainsi

² Ulpian, L. 1, § 12, D. h. t.

³ Ulpian, L. 1, § 13, D. h. t.

⁴ Voir *infra*, t. II, n° 570.

⁵ Julien, L. 2, pr., § 1, D. h. t.

réagi. Que n'a-t-il pas fallu pour que, poussé à bout, il ait enfin édicté des mesures qui outrageaient à ce point la pudeur, qui portaient une pareille atteinte à la liberté de la femme, à la tendresse d'une mère à laquelle on enlevait son enfant? Qu'étaient donc les mères romaines à cette époque? Cet Édit donne-t-il raison aux invectives de Caton?

Ces réflexions doivent-elles s'appliquer aussi à un Rescrit publié quelques années plus tard par les empereurs Marc-Aurèle, Antonin et L. Verus (*divi fratres*)⁶, relatif à une femme divorcée (*qui ab marito diverterat*) qui nie être enceinte, alors que son ancien mari affirme qu'elle l'est? Ce Rescrit prend des mesures de même nature que celles que prend l'Édit pour le cas de grossesse de la femme après la mort de son mari (*mortuo marito*). Nous verrons plus tard⁷ qu'antérieurement à l'Édit, le Sénatus-consulte Plancien avait déjà tracé les formalités qu'avait à remplir une femme divorcée qui se croit enceinte. Cette persistance de la part du Législateur n'est-elle pas la preuve irrécusable de la persistance de la fraude?

§ 10. De Religiosis.

238. Un lieu religieux, dans le sens de l'Édit, est celui dans lequel ont été enterrés ou enfermés pour toujours le corps ou les ossements d'un mort, qu'il ait été de son vivant un homme libre ou un esclave⁸.

L. 1. Sive homo mortuus ossave Si un mort ou les ossements
hominis mortui in locum purum d'un mort ont été placés dans un

⁶ Ulpien, L. 1, pr. D. h. t.

⁷ Infra, n° 455 et sq.

⁸ Ulpien, L. 2, pr., § 5. Marcien, L. 39. Paul, L. 40, D. de religiosis (14.7).

alterius, aut in id sepulchrum in quo jus non fuerit, illata esse dicentur; qui hoc fecit in factum actione tenetur, et pœnæ pecuniariæ subjicietur.

Ulpien (Lib. 25, ad Ed.), L. 2, §§ 2, 3, D. *de religiosis* (11.7).

lieu profane appartenant à autrui, ou dans un sépulcre dans lequel il n'aurait pas eu droit de sépulture; que celui qui a fait cela soit tenu d'une action expositive du fait et passible d'une peine pécuniaire.

On ne doit pas confondre, avec un lieu religieux, parce qu'il est destiné à la sépulture, un cénotaphe, c'est-à-dire un tombeau vide, ou un monument destiné à perpétuer la mémoire du défunt. Un monument ne devient lieu religieux que si l'on y enferme un mort ou ses ossements; jusque là il peut être un objet de vente ou de donation ³.

Le propriétaire, quand il a la pleine propriété, peut seul rendre religieux son fonds en y déposant un mort; l'usufruitier ne le peut pas, ou du moins, en y déposant un mort, il ne rend pas religieux la place qu'occupe le défunt ⁴, et réciproquement le nu-propriétaire ne peut pas, en enterrant quelqu'un dans le fonds soumis à l'usufruit ou grevé d'une servitude, rendre religieuse la place du tombeau, sans la permission de l'usufruitier ou de celui à qui la servitude est due. Il en est de même d'un associé pour le fonds commun ⁵.

239. L'héritier institué qui, avant d'avoir fait adition, enterre le *de cujus*, rend religieux le lieu de la sépulture, mais il n'est pas censé pour cela faire acte d'héritier ⁶.

240. Celui qui a enterré un mort dans le fonds d'autrui est condamné à l'exhumer ou à payer le prix du terrain. Mais il ne pourrait pas, pour éviter une condamnation, découvrir la tombe et exhumer le corps, sans un décret des Pontifes ou un ordre du Prince ⁶.

³ Ulpien, L. 2, § 6; L. 6, § 1. Florentinus, L. 42, D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 2, § 5, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 2, § 7. Papinien, L. 43, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 4, 14, § 8, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 8, D. h. t.

Cette action est perpétuelle, elle se transmet pour et contre les héritiers⁷; et elle appartient non seulement au propriétaire du terrain, mais à celui qui aurait l'usufruit ou tout autre servitude⁸.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m in locum purum Aⁱ Aⁱ (in id sepulchrum in quo jus non fuit) hominem mortuum (ossa hominis mortui) intulisse (inferenda curavisse) nisi N^s N^s id quod intulit tollat, quanti is locus est, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

241. C'est la mauvaise foi qui est constitutive du quasi-délit. Si le défendeur est de bonne foi, il doit être absous⁹.

L. 2. Si, in locum publicis usibus destinatum, dolo malo quis mortuum intulerit, in eum judicium dabo, ut extra ordinem plectatur.

Ulpien (Lib. 25, ad Ed.), L. 8, § 2, D. *de religiosis* (11.7).

Si quelqu'un a, de mauvaise foi, enterré un mort dans un lieu destiné à des usages publics, je donnerai action contre lui pour qu'il soit poursuivi extraordinairement.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m in locum publicis usibus destinatum, quo de agitur, hominem mortuum ossave hominis mortui intulisse, nisi N^s N^s id quod intulit tollat, quanti is locus erit, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

242. Si en vendant un fonds, le vendeur s'est réservé une place pour sa sépulture et celle de ses descendants, il pourra user de l'action, si on l'empêche de passer sur le terrain pour aller enterrer un membre de sa famille. Mais, si on vend un terrain, où se trouve un lieu de sépulture,

⁷ Gaius (Lib. 49, ad Ed., prov.), L. 7. pr.; L. 9, *in fine*. D. h. t.

⁸ Ulpien. L. 8, § 4. D. h. t.

⁹ Ulpien. L. 8, § 2. *in fine*, D. h. t.

sous la condition qu'on ne pourra plus y enterrer, un simple pacte ne suffit pas, il faut une stipulation ¹⁰.

L. 3. Si locus religiosus pro pure venisse dicetur, adversus venditorem, ei, ad quem ea res pertinebit, in factum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 29, ad Ed.) L. 8, § 1, D. de religiosis (11.7).

Si un lieu religieux est dit avoir été vendu comme s'il eut été profane, je donnerai une action expositive du fait contre le vendeur, à celui que cela intéresse.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m A^o A^o illum locum religiosum pro pure venisse, quanti Aⁱ Aⁱ interest eum locum purum non esse, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. u. p. a.

243. Si on empêche quelqu'un d'enterrer un mort dans un lieu où il a le droit de le faire, il peut user de l'Interdit établi contre ceux qui troublent par violence quelqu'un dans l'exercice de son droit, ou enterrer le mort ailleurs, et intenter ensuite l'action expositive du fait, pour faire condamner son adversaire à l'indemniser en raison de l'intérêt qu'il avait à ne pas être troublé. On comprend dans la condamnation les indemnités dues, soit pour le terrain acheté, afin de donner une sépulture au mort, soit le prix de location de celui qu'il aura dû louer à cette occasion, soit la valeur de son propre terrain, si c'est là que la sépulture a eu lieu, parce qu'il n'aurait pas rendu sa propre chose religieuse, s'il n'y avait pas été forcé ¹¹.

L. 4. Ei qui mortuum inferre prohibitus est, ossave mortui in eum locum quo ei jus esset inferendi, quique ob eam causam alio

Si quelqu'un a été empêché d'enterrer un mort ou ses ossements dans un lieu où il avait le droit de sépulture, et a pour ce motif été forcé

¹⁰ Ulpien, L. 40. Paul (Lib. 27, ad Ed.), L. 44, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 8, § 5. Gaius (Lib. 19, ad Ed., prov.). L. 9, D. h. t.

inferre coactus est, adversus eum qui prohibuit, quanti interfuit prohibitum non esse, in factum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 25, ad Ed.) L. 8, § 5, D. de *religiosis* (11.7).

d'enterrer ailleurs, je donnerai une action expositive du fait contre l'auteur de l'interdiction, pour l'intérêt que l'adversaire avait à ne pas être empêché.

FORMULE

Judex esto. Quantæ pecuniæ paret Aⁱ Aⁱ interesse a N^o N^o prohibitum non esse quo minus in eum locum, quo ei jus sit inferendi, mortuum inferret, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

244. Les frais funéraires doivent être en rapport avec la fortune et l'état social du défunt¹². Ils se prennent sur l'argent comptant, ensuite sur les valeurs mobilières; ils sont privilégiés et se payent avant toutes les autres dettes¹³.

L. 5. Quod funeris causa sumptus factus erit, ejus recuperandi nomine, in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.

Ulpien (Lib. 25, ad Ed.), L. 12, § 2, D. de *religiosis* (11.7).

Si des frais funéraires ont été faits, je donnerai action pour leur recouvrement contre celui que cela concerne.

On doit entendre par frais funéraires les dépenses faites pour le transport, la garde, l'enterrement, l'épithèque et le vêtement dans lequel le défunt doit être enseveli, les aromates pour l'embaumer, à la condition que le tout soit en rapport avec sa condition et sa fortune. Les dépenses de grand luxe ne sont des frais funéraires que par exception¹⁴; et ils ne doivent pas être remboursés à celui

¹² Ulpien, L. 12, § 5; L. 14, § 6, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 12, § 6; L. 14, §§ 1. 6. Gaius, L. 13. Marcien, L. 45, D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 14, §§ 3-6. Macer, L. 37, D. h. t.

qui les a faits par amitié pour le défunt ¹⁶. Les frais funéraires d'une femme doivent être payés par celui à qui revient sa dot ¹⁶. Si quelqu'un, ayant été chargé par le défunt de ses obsèques et ayant reçu de l'argent pour cela, ne veut pas en faire les frais, ou a contre lui l'action déduite de la mauvaise foi ¹⁷.

Cette action est perpétuelle. Elle est donnée pour et contre les héritiers, et contre ceux qui doivent faire la dépense : l'héritier civil ou prétorien, ou autre successeur ¹⁸.

245. Un lieu cesse d'être religieux, quand on a, avec autorisation, transporté dans un nouvel endroit les restes d'un mort. Celui où il était inhumé perd son caractère religieux. Les lieux, dont se sont emparés les ennemis, cessent d'être religieux ou sacrés, comme les hommes libres perdent la liberté. Lorsqu'ils sont délivrés de cette calamité, les lieux, comme les hommes, reprennent leur ancien état, par une sorte de *jus postliminii* (*quasi quodam postliminio reversa*) ¹⁹.

FORMULES

Judex esto. Quam *impensam* A^s A^s sumptus recuperandi animo in *funus* illius fecit, quantum tibi *bonum æquum* videbitur, ob eam rem A^m A^m a N^o N^o recuperare, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

246. L'action de sépulcre violé importe infamie ²⁰.

257. Si quelqu'un a détruit un tombeau, il n'y a pas lieu à la loi *Aquilina* : On a l'Interdit contre la violence ou la

¹⁶ Ulpien, L. 14, §§ 7, 9, D. h. t.

¹⁶ Les frag. 16 à 30, D. h. t.

¹⁷ Ulpien, L. 14, § 2, D. h. t.

¹⁸ Ulpien, L. 14, § 17; L. 31, § 2, D. h. t.

¹⁹ Paul, L. 44, § 1. Ulpien, L. 12, § 1. Pomponius, L. 36, D. h. t.

²⁰ Ulpien (Lib. 2, ad Ed.), L. 1, *de sepulcro violato* (47.12).

clandestinité (*quod vi aut clàm*), et l'action de cet Édît contre celui qui a arraché du sépulcre un ornement, une statue par exemple ²¹.

248. La violation du tombeau est un crime qui rend son auteur passible d'une peine corporelle, et un quasi-délict qui le rend passible d'une peine pécuniaire ²².

L. 6. Cujus dolo malo sepulcrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei ad quem pertineat, quanti ob eam rem æquum videbitur, condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet, quicumque agere volet, ei centum aureorum iudicium dabo. Si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam.

Si quis in sepulcro dolo malo habitaverit ædificiumve aliud quàm quod sepulcri causâ factum sit, habitaverit, in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo.

Ulpien (Lib. 25, ad Ed.) L. 3, pr. D. de sepulcro violato (47.12).

Si quelqu'un est dit avoir méchamment violé un tombeau, je donnerai contre lui action, pour qu'il soit condamné à payer à celui que cela intéresse une juste indemnité. S'il n'y a personne que cela intéresse, ou si personne ne veut agir, je donnerai action jusqu'à cent pièces d'or à celui qui voudra agir, j'en donnerai le pouvoir à celui dont la cause me paraîtra la plus juste.

Si quelqu'un habite frauduleusement un tombeau, ou y construit un édifice autre que ce qui est destiné à la sépulture, je donnerai contre lui action jusqu'à deux cents pièces d'or, si quelqu'un veut agir.

Le crime de sépulture violée appartient à la Loi *Julia de vi publicâ* qui punit celui qui empêche des funérailles, parce que c'est violer un tombeau que d'empêcher qu'on y ensevelisse ²³.

On punit très sévèrement ceux qui dépouillent les cadavres, surtout s'ils agissent à main armée : D'après un Rescrit de l'empereur Sévère, ils doivent être punis de mort ; et, s'ils sont sans armes, condamnés aux mines. La peine du reste est en rapport avec la condition : le coupable de basse

²¹ Ulpien (Lib. 48, ad Ed.), L. 2, D. h. t.

²² Macer, L. 8, D. h. t.

²³ Macer, eod.

extraction (*humilioris fortunæ*) est puni de mort, celui dans un état plus relevé (*honestior*) est déporté dans une île ; les autres relégués ou condamnés aux mines ²⁴.

Le coupable doit indemniser celui à qui appartient le tombeau. Le Juge estime l'intérêt d'après l'injure faite, le gain qu'a pu faire le coupable, le dommage causé et la témérité de l'agent ²⁵.

Il n'y a pas crime dans le sens de l'Édit, quand les tombeaux violés sont ceux des ennemis ²⁶.

249. La violation d'un tombeau est un attentat contre la chose publique, aussi l'action est-elle populaire ²⁷. Le Préteur la promet non seulement à celui qui a un intérêt, mais encore à quiconque veut agir.

250. L'habitation dans un tombeau est assimilée à la violation, parce que c'est profaner une tombe que d'y loger ou d'y construire un bâtiment ²⁸. Si un esclave a choisi un tombeau pour demeure ou y a élevé une construction, il sera poursuivi criminellement pour cette action, et il n'y a pas lieu à intenter l'action noxale ; mais elle pourra être dirigée contre le maître, si l'esclave ne fait que s'y réfugier par intervalles et pour peu de temps ²⁹.

Si l'héritier nécessaire intente cette action, il n'est pas censé s'être immiscé dans les affaires de la succession, et dès lors n'aura rien à redouter des créanciers du *de cuius*, parce que, quoiqu'il ait cette action par l'hérédité, il ne reçoit rien en cela de la volonté du défunt ni de la poursuite de la chose, mais ce qu'il peut recevoir lui vient de ce qu'il a vengé la conscience publique outragée ³⁰.

²⁴ Ulpien (Lib. 25, ad Ed.), L. 3, § 7. Paul. L. 11. D. h. t.

²⁵ Ulpien, L. 3, § 8, D. h. t.

²⁶ Paul (Lib. 27, ad Ed.), L. 4, D. h. t.

²⁷ Ulpien, L. 3, § 6, 12, D. h. t.

²⁸ Ulpien, L. 3, § 6, D. h. t.

²⁹ Ulpien. L. 3, § 11, D. h. t.

³⁰ Papinien. L. 10, D. h. t.

FORMULES

Privata : Recuperatores sunt. Si paret sepulcrum, quo de agitur, cum ad A^m A^m pertineret, dolo malo Nⁱ Nⁱ violatum esse, quantæ pecuniæ ob eam rem bonum et æquum videbitur N^m N^m A^o A^o condemnari, tantæ pecuniæ, Recuperatores, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Popularis : Recuperatores sunt. Si paret sepulcrum, quo de agitur, dolo malo Nⁱ Nⁱ violatum esse, Recuperatores, N^m N^m A^o A^o sestertium centum milium c. s. n. p. a.

In eum qui in sepulcro habitaverit : Recuperatores sunt. Si paret N^m N^m dolo malo in sepulcro, quo de agitur, habitasse (ædificium aliquod quam quod sepulcri causa factum sit habuisse), Recuperatores, N^m N^m A^o A^o sestertiorum ducentorum milium c. s. n. p. a.

TITRE IV

DE DUPLICIBUS JUDICIIS (A)

251. Deux ou plusieurs personnes ne peuvent pas être chacune propriétaire en entier de la même chose; et cependant une même chose peut appartenir en commun à plusieurs personnes, de telle sorte que, si chacune n'est pas propriétaire du tout ou de telle partie, elle a dans le tout la propriété d'une partie *pro indiviso* ¹.

Il s'ensuit qu'aucune d'elles ne peut disposer de la chose ou d'une partie de la chose, sans le consentement des autres ²; ce qui n'empêche pas que chacune puisse aliéner son droit et transférer la part indivise qu'elle a dans le tout ³; comme aussi chaque propriétaire peut demander le partage de la chose ⁴.

252. Cette copropriété, communauté de droits par rapport à une même chose, peut avoir pour origine, soit une convention, soit un acte de libéralité de la part d'un tiers, ou bien être un effet de la loi, ou même du hasard. Lorsque l'état de communauté est né de la volonté des personnes, elles sont copropriétaires en vertu d'un contrat. Lorsque la communauté a une autre cause, elles sont obligées en vertu d'un quasi-contrat ⁵.

(A) Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 2, § 1, D. *Communi dividundo* (10.3).

¹ Ulpien, L. 5, § 15, D. *Commodati*... (13.6).

² Papinien, L. 28, D. *Communi dividundo* (10.3).

³ Gaius (Lib. 10, ad Ed., prov.), L. 68, D. *pro socio* (17.2).

⁴ Paul (Lib. 23, ad Ed.), L. 8, pr., L. 14, § 2, D. *Communi dividundo*.

⁵ Ulpien, L. 31, 32, D. *pro socio* (17.2).

253. Ces principes avaient été consacrés par la Loi des XII tables ⁶.

254. Lorsque l'un des copropriétaires veut faire cesser l'indivision, il y a lieu à l'application des Actions *Familiæ erciscundæ*, *Communi dividundo*, *finium regundorum*, suivant qu'il s'agit du partage d'une hérédité ou d'une chose commune à un autre titre, ou d'un bornage. Ces actions sont appelées *duplicia*, parce que chaque intéressé est en même temps demandeur et défendeur; aussi celui qui provoque l'instance doit-il jurer que ce n'est pas par esprit de chicane qu'il le fait ⁷.

254 *bis*. Si les copropriétaires conviennent que la chose ne sera jamais partagée, cette convention n'a aucune valeur ⁸.

§ 1. *Communi dividundo*.

L. 1. *Communi dividundo judicium, inter eos quibus res communes erunt, non etiam hereditas, dabo.*

Ulpien (Lib. 19, ad Ed.) L. 1.
Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.) L. 2.
Paul (Lib. 19, ad Ed.) L. 4, D.
Communi dividundo (10.3).

Je donnerai action en partage entre ceux à qui appartiendront des choses communes, mais non une hérédité.

255. Pour qu'il y ait lieu à cette action, il faut entre plusieurs personnes une propriété commune, une commu-

⁶ Inst. J., *De obligationibus quasi ex contractu*, §§ 3, 4 (3.27). Paul (Lib. 23, ad Ed.), L. 25, § 16. *Familiæ erciscundæ* (10.2). XII Tables, t. V. Chap. iv. *Nomina inter hæredes pro portionibus hereditariis erecta sunt; cæterarum rerum,..... si volent erectum-citum (divisionem) faciunt; Prætor ad erectum ciendum arbitros tres dato* (Jacques Godefroy).

⁷ Paul, L. 44, § 4, D. *Familiæ erciscundæ* (10.2). Gaius, L. 13. Ulpien. L. 14, D. *de judiciis* (5.1).

⁸ Paul, L. 14, § 2, D. *Communi dividundo* (10.3).

nauté de droits réels. Elle compète à tout copropriétaire comme à tout possesseur de bonne foi des choses corporelles ou incorporelles communes ; le fermier, le dépositaire, n'y ont aucun droit, *quamvis naturaliter possideant*¹ ; elle est donnée contre quiconque est copropriétaire de la chose² ; pourvu qu'il ne s'agisse pas du partage d'une hérédité³ ; et c'est au demandeur à justifier de son droit dans la propriété de la chose commune⁴.

256. L'action a pour but le partage de la chose commune, et *bonæ fidei est*⁵.

L. 2. Judicem, qui de eâ re datus erit, si commode divisio fieri nequeat, uni rem adjudicare, certâ pecuniâ alteri eum condemnando, atque præstationum ratione habitâ, quanto æquius melius esse videbitur, cætera dijudicare jubebo.

Ulpien (Lib. 75, ad Ed.) L. 6, § 10, Paul (Lib. 23, ad Ed.) L. 10, § 2, D. h. t.

Si, dans l'instance devant le Juge appelé à statuer, le partage ne peut pas se faire commodément, j'ordonnerai au Juge d'adjuger la chose commune à une seule partie, en la condamnant à payer à l'autre une somme déterminée, et de statuer sur les autres points en imposant aux parties les prestations qu'il jugera équitables.

Ainsi le Jugement n'a pas seulement pour objet le partage matériel de la chose, mais les prestations que les copartageants se devront l'un à l'autre.

257. Le partage se fait en justice, à moins que les intéressés ne procèdent à un partage amiable. Le partage amiable, résultat de la volonté des parties, est un contrat, et il en a la nature et les effets, pourvu que les parties soient capables de s'obliger⁶. Il n'y a plus de communauté,

¹ Ulpien, L. 7, § 1, D. h. t.

² Paul, L. 29, pr. D. h. t.

³ Paul, L. 4, D. *Communi dividundo* (10.3). Ulpien, L. 20, § 4, D. *Familiæ erciscundæ* (10.2).

⁴ Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.), L. 1, § 1, D. *Familiæ erciscundæ* (10.2). Gaius, L. 11, Paul, L. 14, § 1, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 4, § 2, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 3, § 1, D. h. t.

si l'un des copropriétaires achète la part des autres, ou s'ils vendent la chose pour en partager le prix. Les parties se doivent mutuellement garantie du chef d'éviction⁷; et le partage est soumis aux causes d'invalidation, de rescision, qui peuvent affecter un contrat ordinaire⁸.

Le partage judiciaire et le bornage se poursuivent au moyen des trois actions que nous avons indiquées dans le préambule de ce titre, et la sentence rendue par le Juge opère le partage ou la délimitation des propriétés, en fixant les droits des parties, au moyen d'une *adjudicatio*, ajoutée à la formule, qui attribue à chacune d'elle la propriété de sa part (*dominium*) et les actions ou exceptions de garantie; à condition qu'il s'agisse d'un *Judicium legitimum*, car dans un *Judicium imperio continens*, la part attribuée est simplement *in bonis*⁹. S'il est le cas de condamner les parties à des prestations les unes envers les autres, l'*adjudicatio* doit précéder la *condemnatio*¹⁰, comme si le Juge attribue à l'une la nue-propriété, à l'autre l'usufruit¹¹, ou s'il accorde à l'une des parties un droit de passage sur un fonds attribué à un autre¹². Après qu'il a prononcé sa sentence, le Juge est dessaisi et il n'aurait plus qualité pour imposer des servitudes d'un fonds sur un autre fonds partagés¹³. Mais, tant que la sentence n'est pas prononcée, le pouvoir du Juge reste entier, sauf qu'il doit se conformer à l'intention des copartageants, dans le cas où ils sont d'accord¹⁴.

⁷ Paul, L. 10, § 2. D. h. t. Papinien, L. 66, § 3. D. *de evictionibus* (21.2).

⁸ Paul, L. 36. D. *Familiæ erciscundæ* (10.2).

⁹ Paul, L. 44, § 1. D. *Familiæ erciscundæ* (10.2). Frag. Vat. 47. Gaius, IV, 104. 105.

¹⁰ Gaius, IV, 42.

¹¹ Ulpien, L. 6, § 10. Javolenus, L. 48, D. h. t.

¹² Ulpien, L. 7, § 1, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 22, § 3. D. *Familiæ erciscundæ* (10.2).

¹⁴ Ulpien, L. 26. D. *de re judicatâ* (42.1). Ulpien, L. 21. D. h. t.

Les copartageants doivent se rendre respectivement raison de la jouissance qu'ils ont pu avoir de la chose commune et du dommage qu'ils ont pu lui causer¹⁵; et réciproquement chacun a le droit d'être remboursé des frais qu'il a faits sur la chose¹⁶. Enfin l'*actio communi dividundo* se combine avec l'*actio pro socio*, quand il s'agit pour les associés de réaliser le partage matériel des biens de la société¹⁷.

FORMULE

Judex esto. Quod ille fundus illi et illi communis est, quam ob rem ille illum communi dividundo provocavit (ambo communi dividundo arbitrum sibi dare postulerint) quantum ob eam rem alteri ab altero aut Titio adjudicari oportet, id, Judex, alteri aut Titio adjudicato, quodque alterum alteri ob eam rem dare, facere, præstare oportet ex fide bonâ, ejus Judex, alterum alteri c. s. n. p. a.

§ 2. Familiæ erciscundæ¹.

L. un. Familiæ erciscundæ judicium inter coheredes dabo; ita ut Judex, qui de ea re datus erit, si rerum, non etiam nominorum, commode divisio fieri nequeat, uni rem adjudicare eumque alteri certâ pecuniâ condemnando, atque præstationum habitâ ratione, quanto æquius

Je donnerai action entre choéri-tiers pour le partage d'une hérédité, de façon que le Juge, appelé à statuer, s'il ne peut pas partager commodément les choses, non les créances et les dettes, puisse adju-ger la chose à un seul héritier, en le condamnant à payer à l'autre

¹⁵ Paul, L. 8, § 2. Papinien, L. 28, D. h. t.

¹⁶ Ulpien, L. 6, § 2. Paul, L. 14, § 1, D. h. t.

¹⁷ Voir infra au titre 6. de *rebus creditis*, § 17. de *societate*, n° 360, le motif de cette combinaison.

¹ Festus : ERCTUM CITUMQUE fit inter consortes, ut in libris legum romanarum legitur. ERCTUM a coercendo dictum; unde et ERCISCUNDÆ et ERCISCI. CITUM autem est vocatum a CIENDO.— Cette formule s'emploie entre copartageants, comme on le voit dans les livres des lois romaines. ERCTUM vient de erciscere (partager), d'où les mots ERCISCUNDÆ et ERCISCI; CITUM vient de CIERE (provoquer).

melius esse videbitur, cætera derimere possit.

Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.)
L. 1, 3. Ulpien (Lib. 19, ad Ed.)
L. 2, pr., § 5; L. 22, § 1, D. *Familix erciscundæ* (10.2).

une somme déterminée, et qu'il puisse régler toutes les autres difficultés, en imposant aux copartageants les prestations qui lui paraîtront les plus équitables.

258. Les règles, relatives au partage d'une communauté, sont applicables au partage d'une hérédité, avec cette réserve, indiquée dans l'Édit, que le partage d'une hérédité ne doit pas comprendre les créances et les dettes de la succession, qui se divisent de plein droit entre les héritiers²; pour celles-ci, ils sont dans l'usage de se donner mutuellement des cautions, afin d'assurer l'exécution des obligations, surtout des obligations indivisibles, pour lesquelles, malgré la division, chaque cohéritier peut agir et être poursuivi *in solidum*.

On laisse hors du partage ce qu'il ne doit pas comprendre : les choses qui appartiennent à d'autres personnes ou qui doivent leur être restituées. Les choses dangereuses, comme des poisons, ou déshonnêtes comme les livres qui traitent de magie, et autres semblables qui doivent être partagées, mais détruites sur le champ³. Les pièces et documents, qui concernent les choses dévolues à chaque héritier, sont exclus du partage et remis à ceux que cela intéresse, ou déposés dans un lieu public⁴.

Ne sont pas comprises dans le partage les choses qui ne sont pas susceptibles d'être partagées : les choses physiquement et légalement indivisibles : une perle ou un tableau sera attribué à un des héritiers qui payera les autres en argent, ou sera vendu pour le prix en être distribué entre eux⁵; une servitude réelle appartiendra à celui à qui le

² Aux frag. ci-dessus ajouter Paul (Lib. 23, ad Ed.). L. 25. § 1. *in fine*, D. h. t.

³ Ulpien, L. 4, § 1, D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 4. § 3, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 22, § 1, D. h. t.

fonds dominant est adjudgé, ou bien, si ce fonds est partagé, chacun de ceux qui en auront une portion aura droit à la servitude ⁶.

259. Si le partage est fait par la répartition des choses divisibles entre les cohéritiers, il a le caractère d'un échange. S'il y a attribution de tout ou partie des choses héréditaires à un seul ou à quelques-uns d'entre eux, avec condition de soulte, il y a vente, et dans tous les cas aliénation onéreuse. Un partage a donc pour conséquence l'aliénation de choses dont l'aliénation est prohibée par la loi, comme les biens de mineur ⁷.

260. Pour intenter l'action *familiæ erciscundæ*, il faut être héritier. Pourtant celui qui s'est donné en adrogation, pourra se servir de l'action *utiliter*, pour réclamer sa réserve ⁸. Si la qualité d'héritier est contestée à celui qui intente l'action, il doit avant tout procéder par la *hereditatis petitio*, pour faire reconnaître son droit; quant au défendeur, il est qualifié héritier par le fait même de l'action dirigée contre lui, alors même qu'il ne serait pas en possession de l'hérédité ⁹.

Le but de l'action est de mettre fin au quasi-contrat formé entre les cohéritiers par le décès du *de cuius*, et de partager son patrimoine. Les *nomina hereditaria*, étant divisés de plein droit, seront laissés en dehors, à moins qu'il n'y ait d'autres biens, auquel cas les créances et les dettes peuvent être comprises dans le partage, sans toutefois que cela préjudicie en rien aux créanciers et aux débiteurs de la succession, qui pourront assigner les héritiers et être assignés par eux, en proportion des parts héréditaires ¹⁰.

⁶ Paul, L. 23. § 3, D. de servitutibus prædiorum rusticorum (8.3). Ulpien (Lib. 17, ad Ed.). L. 4, § 3, D. si servitus vindicetur (8.5).

⁷ Ulpien, L. 1, § 2, D. de rebus eorum... (27.9).

⁸ Ulpien, L. 2, § 1, D. h. t.

⁹ Gaius, L. 1, § 1, D. h. t.

¹⁰ Gaius, L. 3. D. h. t.

261. Comme dans l'*actio communi dividundo*, le Juge a la plus grande latitude : il doit avant tout veiller à ce que le partage comprenne toutes les choses héréditaires et il règle définitivement tous les rapports entre les cohéritiers¹¹. Bien que la loi ait fixé le sort des créances et des dettes¹², il peut les distribuer autrement entre les ayants-droit, adjuger la propriété de tel fonds à l'un des héritiers, grever les biens vis-à-vis les uns des autres de servitudes et autres *jura in re*, en imposant à quelques-uns des copartageants l'obligation de payer des soultes pour rétablir l'égalité des lots¹³; il peut faire vendre les biens pour le prix en être distribué entre les cohéritiers¹⁴; mais, dans toutes ces opérations, il doit toujours respecter les intentions du défunt et les volontés unanimes des copartageants¹⁵, et prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution du jugement et des obligations que les cohéritiers ont contracté les uns vis-à-vis des autres¹⁶.

Le partage judiciaire a l'autorité de la chose jugée, et à ce titre il est obligatoire, et ne peut être attaqué pour cause de lésion, si ce n'est dans le cas de dol¹⁷. L'*adjudicatio* de la formule, comme dans l'action *communi dividundo*, a pour effet d'attribuer à chaque copartageant la propriété des choses qui lui ont été assignées¹⁸; et, si après le jugement il se trouve des choses héréditaires non partagées, il faut alors avoir recours à l'action *communi dividundo*¹⁹; et, si plusieurs hérités distinctes, inté-

¹¹ Paul (Lib. 23, ad Ed.), L. 25, § 20, D. h. t.

¹² Paul, L. 25, § 1, D. h. t.

¹³ Julien, L. 52, § 2. Ulpian (Lib. 2, ad Ed.), L. 53, D. h. t.

¹⁴ Ulpian, L. 22, § 1, D. h. t.

¹⁵ Ulpian, L. 16, pr. D. h. t.

¹⁶ Gaius, L. 49. Paul, L. 44, § 1, D. h. t.

¹⁷ Paul, L. 36; L. 44, § 2, D. h. t.

¹⁸ Supra, n° 259.

¹⁹ Ulpian, L. 20, § 1, D. h. t. Ulpian, L. 6, § 8, D. *Communi dividundo* (40.3).

ressant les mêmes personnes ou quelques-unes d'entre elles, se présentent, on peut les liquider dans le même partage ²⁰.

261 bis. Nous venons de dire que l'*adjudicatio* de la formule a pour effet d'attribuer à chaque copartageant la propriété des choses qui lui sont assignées ; ce qui signifie que le partage est translatif de propriété, tandis qu'en droit français il est déclaratif ²¹. Pour les Romains, le partage est attributif, parce qu'il est, soit un contrat d'échange par lequel un cohéritier échange sa part indivise contre une part déterminée ²², soit une vente que l'hérité, considérée comme personne morale, fait à l'un des héritiers d'une part déterminée dans les biens qui la composent ²³. Il en résulte que l'hypothèque, consentie par un des cohéritiers sur un bien de la succession, subsiste après le partage, lors même que ce bien ne tombe pas dans son lot ²⁴.

Par cela seul que l'art. 883 C. C. renferme une fiction, il est à côté de la vérité. Imaginée au moyen âge, ainsi que les *sociétés taisibles*, pour soustraire les biens indivis des serfs à la rapacité des Seigneurs Justiciers ²⁵, elle a passé dans notre droit coutumier et de là dans notre droit moderne, où elle n'est pas admise d'une façon absolue ²⁶. Le seul but de l'art. 883 est d'empêcher un cohéritier de nuire à ses cohéritiers ou concédant des *jura in re* sur les immeubles de la succession, ce qu'on eût obtenu par une simple défense qui eût été dans l'esprit de l'art. 815, et eût permis de revenir à la vérité romaine.

²⁰ Paul, L. 25, §§ 3, 4, D. h. t.

²¹ C. C. 883.

²² Ulpian, L. 20, § 3, D. h. t. *in fine*.

²³ Antonin, L. 1, C. J. *Communia utriusque Judicii* (3.38).

²⁴ Ulpian, L. 6, § 8, D. *Communi dividundo* (10.3).

²⁵ Championnière. *de la propriété des eaux courantes*.

²⁶ Voir les art. 15, 68 et 69 de la loi du 22 frimaire an VII.

FORMULE

Judex esto. Quod hæreditas illius illi cum illo communis est, quam ab rem familiæ erciscundæ, arbitrium sibi dare postulaverint²⁷ quantum paret ex eâ hæreditate alteri ab altero aut Titio adjudicari oportere, tantum, Judex, ab altero aut Titio adjudicato, quodque ob eam rem alterum alteri dare, facere, præstare oportet. ex bonâ fide, ejus Judex alterum alteri c. s. n. p. a.

§ 3. *Finium regundorum.*

L. un. *Finium regundorum* aut loci si controversia fuerit inter vicinos, *judicium dabo*; ita ut Judex, qui de eâ re datus erit, ex æquo et bono controversiam dirimat, ejus habitâ ratione quod cujusque intersit; eique jus sit rem uni adjudicare, eum invicem certâ pecuniâ alteri condemnando.

Ulpien (Lib. 19, ad Ed.) L. 2, § 1, D. *Finium regundorum* (10.1). Paul (Lib. 23, ad Ed.) L. 4, pr. *ead.*

Si une contestation s'élève entre voisins au sujet des limites de leurs fonds ou d'un terrain auquel ils prétendent, je donnerai action pour que le Juge, qui sera appelé à statuer, la termine équitablement dans l'intérêt de chacune des parties; et qu'il ait le droit d'adjuger à l'une d'elles la chose litigieuse, en la condamnant à payer en retour à l'autre une somme déterminée.

262. Cette action vient de la Loi des XII tables¹.

Elle n'est pas une action en partage, un *Judicium divisorium*, bien qu'elle puisse avoir pour conséquence des parts de propriété attribuées par le Juge aux parties; elle est un *duplex judicium*, parce que chaque partie y joue tout à la fois le rôle de demandeur et de défendeur²; et comme la formule contient un *adjudicatio*, elle prend place

²⁷ *Lex Gallie Cisalpinæ (Rubria) XXIII.*

¹ Table VIII. Ch. III. SI JURGANT AD FINES, FINIBUS REGUNDIS PRÆTOR ARBITROS TRES ADDICITO (Jacques Godefroy). Une loi *Manilia* a depuis décidé qu'un seul arbitre serait donné (Cicéron, *de legibus*, 1.21).

² Julien, L. 10, D. h. t.

à côté des deux *Judicia divisoria* : *Communi dividundo* et *Familiae erciscundae*.

Cette action est personnelle, bien qu'elle ait pour objet la revendication d'une chose ³; aussi devrait-elle être employée, s'il s'agissait de possession ⁴.

Elle n'est applicable qu'à des fonds rustiques contigus, et non aux édifices qui sont plutôt voisins que limitrophes et qui ont souvent entre eux un mur mitoyen, et alors même qu'à ces édifices seraient joints des terres. Dans la ville, l'action servira à délimiter les jardins ⁵. Mais l'action n'a pas lieu, lorsque les fonds sont séparés par un chemin public ou par une rivière, parce que c'est la rivière ou le chemin qui est contigu au fonds; il pourrait en être autrement, si les fonds n'étaient séparés que par un ruisseau privé ⁶. L'action a lieu également, si la propriété qu'il s'agit de délimiter est contiguë à plusieurs fonds appartenant à des propriétés différentes ⁷. Mais ceux qui ont une propriété commune ne peuvent pas intenter entre eux l'action en bornage ⁸.

Le Juge désigne des arbitres (*agrorum arbitri mensores*), pour mesurer les terres des parties en cause; et, si l'une d'elles se trouve avoir une étendue plus grande que celle que lui donne son titre, elle doit compléter les fonds de ses adversaires. Dans le cas où une inondation aurait confondu les limites, les arbitres auront à les fixer et ordre sera donné à un voisin, coupable d'usurpation, de restituer ce dont il se serait emparé ⁹.

Si le Juge ne peut pas fixer les limites, il terminera le

³ Paul (Lib. 23. ad Ed.), L. 4, D. h. t.

⁴ Constantin, L. 3, C. J. *Finium regundorum* (3.39).

⁵ Paul, L. 4, § 10. D. h. t.

⁶ Paul, L. 4, § 11; L. 5. 6, D. h. t.

⁷ Paul, L. 4, § 8. Julien. L. 9, D. h. t.

⁸ Paul, L. 4, §§ 6, 7, D. h. t.

⁹ Modestin, L. 7. Ulpian, L. 8, D. h. t.

litige, en adjugeant à l'une des parties le fonds lui-même ou une partie du fonds, sauf indemnité de la part de celle qui se trouve ainsi agrandie. C'est en cela que l'action en bornage se rapproche de l'action en partage; comme aussi dans le cas où le Juge change les bornes de place, il adjuge une portion de terre à une partie qu'il condamne à une certaine somme envers l'autre ¹⁰. Mais dans ces cas l'adjudication est plutôt faite à la terre qu'aux personnes ¹¹. Il va de soi que si l'une des parties a des dommages-intérêts à réclamer à l'autre, comme les frais qu'elle aurait faits pour mettre l'instance en mouvement ou des fruits indument perçus, le Juge devra les adjuger ¹².

263. L'Édit distingue entre le cas où il s'agit de limites à déterminer (*controversia de fine*) et celui où la contestation a lieu au sujet d'un terrain sur lequel les parties n'ont qu'un droit de propriété douteux (*controversia de loco*). La *controversia de fine* sera décidé par les *Agrimensores* qui n'auront à résoudre qu'une question technique. La solution de la *controversia de loco*, autant de droit que de fait, sera résolue par le Juge, parce qu'elle soulève une question de propriété ¹³. On observera du reste les règles établies pour la distance à laisser au delà d'une haie, d'un mur de clôture, d'une maison que l'on construit, d'un tombeau, d'un puits, d'un olivier, d'un figuier ¹⁴.

264. L'action en bornage est imprescriptible; ainsi l'avait déjà décidé la loi des XII tables ¹⁵. En effet, il ne

¹⁰ Ulpian, L. 2, § 1. Gaius, L. 3, D. h. t.

¹¹ Paul, L. 4, § 5, D. h. t.

¹² Paul, L. 4, §§ 1, 2, D. h. t.

¹³ Ulpian, L. 2, § 1. Paul, L. 4, pr. D. h. t. Constantin, L. 3. Théodose, Arcadius et Honorius, L. 5, C. Th. *Finium regundorum* (2. 26). Il y avait quinze espèces de controverses exigeant l'emploi des *agrimensores*. Frontin, *de controuv.*, p. 31-49. Siculus Flaccus, 5-13. Walter, *histoire de la procédure civile*, trad. Laboulaye, p. 114-121.

¹⁴ Gaius, L. 13, D. h. t.

¹⁵ INTRA QUINQUE PEDES .ETERNA AUCTORITAS ESTO (Table VIII, Ch. III).

saurait être question de l'extinction d'un droit, quand aucune atteinte ne lui a été portée et que dès lors on n'a pas eu à l'exercer. Ce principe a toujours été maintenu, en ce qui concerne la prescription extinctive, et alors même qu'il s'agissait de la *controversia de loco*¹⁶.

FORMULE

Judex esto. Quod inter illorum fundos vicinos de finibus (de loco illo) controversia est, quantum ob eam rem invicem adjudicari condemnarique oportet, id, Judex, adjudicato condemnatoque, s. n. p. absolvito.

265. N. B. Au § 20, Liv. 4. Tit. 6. *de actionibus* de ses Institutes, Justinien qualifie d'actions mixtes les trois actions, *Communi dividundo*, *Familiæ erciscundæ*, *finium regundorum*.

Sous l'empire du système formulaire, il est impossible de comprendre une action à la fois personnelle et réelle, parce que, le caractère de l'action dépendant de l'*Intentio*, il n'est pas possible de concevoir une *Intentio* rédigée en même temps *in rem* et *in personem*. De plus, ces actions sont fondées sur les rapports obligatoires qui lient les communistes; et dès lors, non seulement elles sont dirigées contre les personnes, mais encore, loin d'avoir pour objet, comme les *actiones in rem*, le maintien d'un droit préexis-

¹⁶ Valentinien, Théodose et Arcadius... FINALIS JURGH VEL LOCORUM libera peragatur intentio... Nec prolixioris temporis in hujusmodi jurgiis locum habebit ulla præscriptio. L. 4, C. Th. *Finium regundorum* (2.26). — Théodose II : ... Nam petitio finium regundorum in eo scilicet, quod nunc est, jure durabit. L. un. C. Th. *de actionibus certo tempore finiendis* (4.14). — Justinien, L. 1, § 1, C. J. *de annali exceptione* (7.40). — La Loi 5, C. Th. de Théodose, Arcadius et Honorius (2.26) a en vue la prescription acquisitive. — Dans les autres *Judicia duplicia*, il ne peut être question de prescription, tant que l'état de copropriété existe.

tant, elles ont pour résultat de mettre un terme aux rapports obligatoires liant les parties.

Mais, à l'époque de Justinien, le système formulaire a vécu; la conception de la formule a pris place au musée archéologique; on ne se préoccupe plus que de la nature des droits sur lesquels se fonde la demande. Le caractère de ces actions n'a pas changé; pour Justinien lui-même, ce sont toujours des actions personnelles¹⁷, mais, comme elles ont une chose pour but, on a été facilement conduit à les dire tant réelles que personnelles, c'est-à-dire mixtes, en raison de leur double cause.

¹⁷ Justinien, L. 1, § 1, C. *de annali exceptione italici*... (7.40).

TITRE V

DE INTERCESSIONE

266. L'*intercessio* est l'acte par lequel une personne se charge volontairement de la dette d'une autre, soit que, prenant la place du débiteur, elle le libère, soit qu'elle reste obligée avec lui. La forme la plus ordinaire de cette intervention est la stipulation, dont le mécanisme avait fourni aux Romains les moyens de sortir des limites tracés par les principes primitifs, qui d'un côté ne permettaient pas de plaider par procureur, et qui de l'autre ne reconnaissaient comme obligé que celui qui avait prononcé les paroles solennelles. Le mécanisme de la stipulation permit au stipulant de s'adjoindre un co-stipulant pour stipuler le même objet du même débiteur, et au promettant de s'adjoindre un co-promettant pour promettre accessoirement la même chose que lui ¹. Le co-stipulant fut nommé *adstipulator* et les divers co-promettants prirent la qualification générique de *adpromissores*.

L'*adstipulator* était aussi maître de la créance que le stipulant principal. Il offrait des avantages, en ce que le stipulant pouvait s'absenter par exemple, ou stipuler *post mortem suam*, ce qui était interdit ²; mais il pouvait libérer le débiteur au détriment du vrai créancier, ce qui était un

¹ Gaius, III, 110 à 127.

² Gaius, III, 100 : *nam inelegans visum est ex heredibus persona incipere obligationem*.

danger ³. Quand on put agir par mandataire et que Justilien eut validé les stipulations *post mortem*, l'institution tomba en désuétude. Il n'en est plus question au Digeste ⁴.

L'*adpromissor* avait une utilité plus grande, puisque son obligation garantissait au créancier l'exécution de l'obligation principale. Au moyen de quelques différences dans la forme de l'interrogation, on créa trois classes d'*adpromissores*, qui comprirent des cautions différemment engagées : les *sponsores*, les *fidepromissores* et les *fidejussores* ⁵.

La condition du *fidepromissor* était la même que celle du *sponsor*, quant à la responsabilité ; elle ne différait qu'en ce que la *sponsio* était le privilège des citoyens Romains, tandis que les étrangers pouvaient user de la *fidepromissio* ⁶. La condition du *fidejussor* était autre : Les *sponsores* et les *fidepromissores* ne pouvaient garantir que des obligations verbales ; le *fidejussor* pouvait garantir toute sorte d'obligations, réelles, verbales, littérales, consensuelles, civiles ou naturelles ⁷. L'obligation d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* était personnelle, elle ne passait pas à son héritier ; l'héritier d'un *fidejussor* était tenu comme le *fidejussor* lui-même ⁸.

Mais ils avaient des règles communes : ils ne pouvaient garantir ni autre chose, ni plus que ce à quoi s'était engagé le débiteur principal ; mais ils pouvaient garantir une dette moindre. Et, si l'un d'eux avait payé le créancier, il avait contre le débiteur principal l'action *mandati contraria* pour se faire rembourser ⁹. Ces règles s'appliquaient dans les rapports entre le créancier et l'*adstipulator*. Il y avait

³ Voir supra. n° 218, le 2^{me} chef de la loi *Aquilina*.

⁴ Gaius, III, 110 à 114.

⁵ Gaius, III, 115-117.

⁶ Gaius, III, 120.

⁷ Gaius, III, 118, 119.

⁸ Gaius, III, 120.

⁹ Gaius, III, 126, 127.

parallélisme complet entre le créancier et l'*adstipulator* d'un côté et le débiteur et les *adpromissores* de l'autre ¹⁰. Seulement le fidéjusseur, qui pouvait garantir une obligation naturelle, pouvait donc être lié d'une façon plus efficace, plus rigoureuse que le débiteur.

Gaius signale encore entre les *fidejussores* et les *sponsores* ou *fidepromissores* des différences, qui avaient été établies par des Plébiscites, et au moyen desquelles l'institution s'était peu à peu développée :

267. La loi CICEREA ou APULEIA DE SPONSU (an de Rome 652) avait décidé que, lorsqu'il y avait plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, il y aurait entre eux une société, de telle sorte que celui qui aurait payé plus que sa part, pouvait demander aux autres par l'action *pro socio* ce qu'il aurait payé de trop ¹¹. C'était une grave atteinte portée au principe, en vertu duquel celui qui avait prononcé les paroles solennelles dans la stipulation, était obligé pour le tout (*in solidum*). En conséquence, soit par une autre disposition de cette loi, soit par une loi différente, le créancier devait dire aux *sponsores* ou *fidepromissores* combien il voulait de cautions et pour quel objet ils s'engageaient. A défaut de quoi, les *sponsores* ou *fidepromissores* pouvaient dans les trente jours faire constater que cette déclaration n'avait pas été faite, et ils étaient libérés ¹².

En vertu de la Loi FURIA DE SPONSU (an de Rome 659), l'engagement des *sponsores* ou *fidepromissores* était limité à une durée de deux ans, et leur obligation se divisait de plein droit entre ceux d'entre eux qui vivaient encore au moment où elle devenait exigible, et qui dès lors n'étaient tenus chacun que pour une part virile ¹³. Cette loi, appli-

¹⁰ Gaius, III, 126.

¹¹ Gaius, III, 122.

¹² Gaius, III, 123.

¹³ Gaius, III, 121.

cable d'abord seulement à l'Italie, fut étendue aux Provinces par un rescrit de l'empereur Hadrien.

Une autre loi, LEX PUBLILIA, dont on ignore la date, avait créé en faveur des *sponsores* un avantage spécial : au moyen d'une action particulière, *actio depensi*, outre l'action de mandat, celui qui avait payé pour le débiteur principal, pouvait réclamer à celui-ci le montant de son déboursé; et en cas de contestation de la part de ce débiteur, il était condamné au double. Les *fidepromissores* n'avaient que l'*actio mandati contraria* ¹⁴.

Enfin la loi CORNELIA (an de Rome 673) s'appliquait aux *fidejussores* aussi bien qu'aux *sponsores* ou *fidepromissores*; elle décida que la même personne ne pourrait pas s'obliger pour le même débiteur, envers le même créancier, dans la même année, pour plus de vingt mille sesterces d'argent prêté (*pro eodem, apud eundem, eodem anno, in ampliozem summam creditæ pecuniæ quàm in XX millibus*); au delà de cette somme, l'engagement n'était pas valable ¹⁵.

268. Les lois APULEIA et FURIA ne s'occupaient que des *sponsores* et des *fidepromissores*, et elles enfermaient le contrat de garantie dans des limites bien étroites et très gênantes, dont on dut songer à sortir, ce que l'on fit par un changement dans la formule.

La formule civile de la *sponsio*, privilège des citoyens romains, était : IDEM DARI SPONDES? — celle de la *fidepromissio* : IDEM FIDEPROMITTIS? — Une formule plus générale : IDEM FIDE TUA ESSE JUBES? fut celle de la *fidejussio* ¹⁶.

Et la loi CORNELIA avait en vue aussi bien les *fidejussores* que les *sponsores* et *fidepromissores*.

¹⁴ Gaius, III, 127; IV, 9, 22.

¹⁵ Gaius, III, 124, 125.

¹⁶ Gaius, III, 116.

Il est difficile d'admettre que la *fidejussio* ait été créée pendant l'intervalle des quatorze années qui séparent la loi FURIA de la loi CORNELIA ; mais, comme la loi CORNELIA est la première qui parle des *fidejussores*, on est autorisé à admettre que c'est dans cet intervalle que son usage a commencé à se généraliser.

269. L'Édit perpétuel n'a pas eu à s'occuper de la *sponsio* ni de la *fidepromissio* détrônées à cette époque par la *fidejussio*.

Il contenait deux dispositions relatives : l'une à l'intercession des fidéjusseurs, l'autre à celle des femmes.

La première avait reproduit un Rescrit de l'empereur Hadrien venu au secours des *fidejussores*, comme la Loi Furia était venue en aide aux *sponsiores* et aux *fidepromissiores*¹⁷ ; l'autre appliquait le Sénatus-consulte Velléien au cas où une femme s'était obligée par la fraude du créancier¹⁸.

§ 1. De Fidejussoribus.

270. La fidéjussion suppose, comme condition essentielle, une obligation principale, que le fidéjusseur entend garantir. Que si l'obligation principale est nulle, le cautionnement l'est aussi¹. S'il s'agit d'une obligation future, le fidéjusseur n'est obligé que lorsque l'obligation principale est née². Nous avons vu ci-dessus d'autres conditions communes à toutes les *adpromissiores*.

¹⁷ Paul, Sentences, I, 20, 1. *Infrà*, nos 270 et sq.

¹⁸ Dioclétien et Maximien, L. 19, C. J. *ad S. C. Velleianum* (4.29). *Infrà*, Nos 272 et sq.

¹ Javolenus, L. 46. Julien, L. 16, pr. Gaius, L. 70, § 4, D. *de fidejussoribus* (46.1). Ulpien, L. 6, D. *de verb. oblig.* (45.1). Paul, L. 178, D. *de reg. jur.* (50.17).

² Ulpien, L. 6, § 2. Julien, L. 16, § 5. Scévola, L. 57, D. *de fidejussoribus* (46.1).

271. L'effet de la fidéjussion est de créer un rapport de droit entre le fidéjusseur et le créancier, et un autre rapport entre le fidéjusseur et le débiteur.

A. Si le débiteur ne paye pas, le fidéjusseur est tenu de le faire et son obligation passe à son héritier ³. L'obligation accessoire du fidéjusseur comprend la dette principale et tous ses accessoires, à moins de convention particulière ⁴. Le créancier a le droit de poursuivre le débiteur principal ou la caution ⁵. Lorsqu'il y a plusieurs fidéjusseurs, ils sont obligés *in solidum*, mais ils peuvent profiter du bénéfice de division, qui leur a été accordé par l'empereur Hadrien ⁶ :

L. un. Inter fidejussores, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligationem dividere jubebo.

Paul, Sentences, II, 201.

Si les fidéjusseurs sont solvables, bien que chacun d'eux soit tenu pour le tout, j'ordonnerai au créancier de diviser entre eux l'obligation.

Il y a cette différence entre la loi *Furia* et cette disposition de l'Édit, que si, dans l'intervalle écoulé entre l'époque de l'exigibilité et le moment de la *litis-contestatio*, il y a des *sponsors* ou des *fidepromissores* insolubles, les parts des autres n'en sont pas augmentées; tandis que l'action du créancier se divise entre tous les fidéjusseurs solvables ⁷. Le Rescrit d'Hadrien a changé la nature de la solidarité des fidéjusseurs : ils ne sont plus solidaires comme les *corei-promittendi*; ils ne sont pas non plus tenus chacun

³ Ulpian, L. 4, § 1, D. h. t.

⁴ Paul, L. 56, § 2; L. 58, D. h. t.

⁵ Papinien, L. 116. D. *de verb. oblig.* (45. 1). Justinien. par la Nouvelle 4. c. 1, a donné au fidéjusseur le bénéfice de discussion, en vertu duquel il peut exiger que le créancier poursuive et discute d'abord le débiteur principal.

⁶ Gaius, III, 121, 122.

⁷ Gaius, III, 121.

pour partie, puisque, pour pouvoir profiter du bénéfice de division, ils sont obligés de le demander ; ils sont tenus chacun pour le tout, mais avec faculté de réclamer la division de l'obligation. Si donc il y a parmi eux des insolubles, leurs parts se répartissent entre les autres⁹ ; et le fidéjusseur, qui, pour éviter des poursuites, paye le créancier, a le droit de se faire céder ses actions contre le débiteur principal (*beneficium cedendarum actionum*). Il devient ainsi *procurator in rem suam* et il peut agir, soit contre le débiteur principal, soit contre ses cofidéjusseurs, s'il y a lieu⁹.

B. En ce qui concerne le débiteur, le fidéjusseur, qui a payé pour lui, a assurément le droit d'être remboursé ; et il obtiendra ce résultat, soit par l'*actio mandati contraria*, soit par l'*actio negotiorum gestorum* ; à moins qu'il n'ait cautionné le débiteur *donandi animo*, ou que la dette ait été contractée dans son intérêt exclusif¹⁰.

Tous ces droits appartiennent au fidéjusseur qui a payé pour son cofidéjusseur.

FORMULES¹¹

— *Ad legem Apuleiam* (Certæ formulæ) :

Judex esto. Quod A^s A^s cum N^o N^o eo nomine sponsor fuit, quanto paret ob eam rem A^m A^m amplius suâ parte solvisse, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m, dumtaxat quanto is *minus solvit*, A^o A^o c. s. n. p. a. (Gaius, III, 122).

— *Ad legem Cicereiam* (seu Apuleiam). Formula præjudicialis :

Judex esto. Si N^s N^s ex lege Cicereia palàm prædixerit, quâ de re ab

⁹ Gaius (Lib. 8. ad Ed., prov.), L. 26. Papinien. L. 48, § 1 ; L. 51, § 1 ; L. 52, § 1. D. h. t.

⁹ Julien, L. 17. Paul, L. 36. Modestin, L. 39, 41, § 1, D. h. t.

¹⁰ Ulpien (Lib. 29, ad Ed.), L. 9, § 3, D. *de Senatus consulto Macedoniano* (14-6). Ulpien (Lib. 31, ad Ed.), L. 6, § 2, D. *mandati* (17.1). Paul, L. 24, D. *de pactis* (2.14).

¹¹ Ces formules sont de Rudorf qui n'a pas cru devoir en restituer une pour l'application de la loi *Furia*.

A° A° satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem quâ de agitur accepturus sit (Gaius, III, 123).

— *Ad legem Corneliam de sponsu* (Incertæ formulæ).

Præscriptio inserta demonstrationis loco :

Judex esto. Quod A° A° de N° N° incertum stipulatus est cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet, ... (Gaius, III, 136).

In persona sponsoris :

Ea res agatur quod A° A° de Lucio Titio incertum stipulatus est, quo nomine N° N° sponsor est, cujus rei dies fuit...

In persona fidejussoris :

Ea res agatur quod N° N° pro Lucio Titio incertum fide sua esse jussit, cujus rei dies fuit...

Subjicitur formula :

Quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet, ejus Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a. (Gaius, IV, 137).

271 *bis*. La fidéjussion peut être elle-même l'objet d'une garantie (*fidejussio fidejussionis*). Elle a lieu dans deux cas :

Pour donner plus de sûreté au créancier, une seconde personne peut cautionner vis-à-vis de lui le fidéjussur¹².

Elle a lieu aussi quand il s'agit de garantir le fidéjussur, en s'engageant à lui rembourser ce qu'il pourra être forcé de payer pour le débiteur principal¹³.

§ 2. Ad Sénatusconsultum Velleianum.

272. Le Sénatus-consulte Velléien pose les règles relatives à l'intercession des femmes, à qui les Romains n'ont jamais reconnu les mêmes droits qu'aux hommes.

¹² Ulpian, L. 8, § 12; L. 27, § 4. D. h. t.

¹³ Ulpian, L. 4. pr. D. h. t.

Les empereurs Auguste et Claude avaient défendu aux femmes de s'obliger pour leurs maris ¹. Le Sénatus-consulte Velléien, promulgué sous Claude, généralisa cette défense et interdit aux femmes d'une façon absolue de s'obliger pour autrui ².

L'obligation, ainsi contractée par une femme, n'est pas nulle *ipso jure*; mais la femme peut, en tout état de cause, repousser la demande qui lui est faite, par une exception tirée du Sénatus-consulte ³, et qui a pour effet de rendre absolument inefficace son obligation avec tous ses accessoires, sans la laisser même obligée naturellement, ce qui lui permet de répéter ce qu'elle aurait payé pour cette cause ⁴. Le bénéfice, ainsi accordé à la femme, passe à ses héritiers et même à ceux qui se seraient portés cautions pour elle ⁵.

273. Par suite des manœuvres frauduleuses d'un créancier, une femme s'est obligée personnellement envers lui. Ce n'est pas le cas du Sénatus-consulte, puisqu'il n'y a pas là intercession. Mais l'Édit, comblant une lacune, donne à la femme l'exception contre tous ceux qui voudraient la poursuivre.

L. un. Si obligatio ex mulieris personâ calliditate creditoris sumpserit primordium, exceptione Senatusconsulti Velleiani contra petitores eam defendi jubebo.

Dioclétien et Maximien, L. 19, C. J. *ad Senatusconsultum Velleianum* (4.29).

Si l'obligation d'une femme a pour origine la fraude du créancier, j'ordonnerai qu'elle soit défendue par l'exception du Sénatus-consulte Velléien contre ceux qui la poursuivraient.

¹ Ulpien (Lib. 19, ad Ed.), L. 2, pr. *ad Senatuscons. Velleianum* (16.1).

² Ulpien, L. 2, § 1, où se trouve le texte du Sénatus-consulte et § 4, D. h. t.

³ Modestin, L. 25, § 1, D. h. t.

⁴ Pomponius, L. 32, § 2, D. h. t.

⁵ Julien, L. 16, § 1, D. h. t.

Dans l'espèce, qui a donné lieu à cette constitution, une femme, trompée par un créancier, s'était obligée envers lui et demandait si elle ne pouvait pas repousser son action par l'exception du Sénatus-consulte. Les empereurs lui répondent que le cas dans lequel elle se trouvait avait été prévu par l'Édit perpétuel (*pertinere edicto perpetuo*) et que dès lors elle pouvait se défendre par l'exception du Sénatus-consulte Velléien.

274. Lorsqu'une femme s'oblige à la place d'un débiteur libéré par elle, au lieu de le cautionner simplement, elle peut également invoquer l'exception du Sénatus-consulte; mais il eût été inique de faire perdre au créancier sa créance, et c'eût été ouvrir une large voie à la fraude. Aussi on fait revivre la créance avec tous ses accessoires, et le créancier peut la faire valoir contre son ancien débiteur par une *actio restitutoria* *. Et si, au lieu de s'engager pour quelqu'un, la femme s'est engagée à la place d'une personne qu'elle empêche ainsi de devenir débitrice, et que plus tard elle invoque l'exception du Sénatus-consulte, on donne au créancier une *actio institutoria* contre celui que la femme a empêché de s'obliger †.

Mais, pour que la femme puisse opposer au créancier l'exception du Sénatus-consulte, il faut qu'elle ait éprouvé un préjudice ‡. Son exception ne sera pas accueillie, si l'intercession a eu lieu dans son intérêt §; et si elle s'est rendue coupable de dol ¶. Hors ces cas, non seulement la femme peut invoquer l'exception, mais encore elle ne peut pas y renoncer d'avance ¶¶.

* Gaius (Lib. 9, ad Ed., prov.), L. 13, § 2. Julien, L. 11. Pomponius. L. 32, § 5 : *rescisi intercessione, in dominum restituenda est actio*, D. h. t.

† Ulpien, L. 8, § 14 : ... *datur actio, quæ instituit magis quam restituit obligationem*. Paul, L. 29, pr. D. h. t.

‡ Julien, L. 16. pr. D. h. t.

§ Callistrate, L. 21. pr. Gaius. L. 13, pr. D. h. t.

¶ Paul (Lib. 30. ad Ed.), L. 11. Scévola, L. 28, pr. D. h. t.

¶¶ Pomponius, L. 32. § 4. D. h. t.

EXCEPTION

Extra quam si Seia obligatio, q. d. a., Nⁱ Nⁱ calliditate primordium non sumpserit.

FORMULES

Restitutoria. Judex esto. Si Seia pro N^o N^o apud A^m A^m non intercesserit, tūm si paret N^m N^m A^o A^o sestertium tot millia dare oportere, Judex, N^m N^m A^o A^o sestertium tot millia c. s. n. p. a.

Institutoria. Judex esto. Si N^o N^o eam pecuniam, ob quam Seia pro eo intercessit, A^o A^o ipse promisisset, tūm si paret N^m N^m A^o A^o tot millia dare oportere, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

TITRE VI

DE REBUS CREDITIS

275. Il y a dette toutes les fois que quelqu'un s'est obligé vis-à-vis de nous à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Il y a créance lorsqu'en traitant avec quelqu'un, nous avons suivi sa foi; *nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, CREDERE dicimur* ¹.

§ 1. De Certi conditione.

276. Le *mutuum* est le type des contrats d'où naissent la dette et la créance (*creditum*) ¹. C'est dans le *mutuum* surtout que le créancier suit la foi du débiteur; c'est dans le *mutuum* qu'apparaît le plus clairement la *condictio certi* comme moyen de contraindre le débiteur à l'exécution de l'obligation, parce que, bien qu'il ne se soit pas obligé à rendre la chose elle-même *in specie*, le contrat détermine la nature, la qualité et la quantité de la chose à rendre :

L. un. Si certum petetur ex *mutui* datione, conditionem dabo.

Paul (Lib. 28, ad Ed.) L. 2, pr.; L. 6. Ulpian (Lib. 26, ad Ed.) L. 9, D. *de rebus creditis* (12.1).

Si on demande une chose certaine, due en vertu d'un *mutuum*, je donnerai une action personnelle.

¹ Ulpian (Lib. 26, ad Ed.), L.1. D. *de rebus creditis* (12.1).

¹ Senèque, *de beneficiis*, II, 21.

En effet, une chose certaine est celle dont l'espèce ou la quantité, objet de l'obligation, est désignée par son nom ou par une indication équivalente, montrant quelle est cette chose et ce qu'elle vaut ². Lors donc que ce que doit recevoir le créancier de son débiteur est une chose certaine, il y a lieu à la *condictio certi*. Et peu importe la nature de l'obligation; la *condictio certi* peut naître d'un quasi-contrat, d'un délit, aussi bien que d'un contrat ³. Il suffit que vous ayiez ce qui m'appartient, pour que j'aie contre vous cette action, à l'effet de me le faire rendre ⁴; il suffit que vous soyez devenu plus riche de ce qui m'appartenait ⁵.

277. Le *mutuum* est un contrat par lequel le créancier donne au débiteur une quantité déterminée de choses fongibles, dans le but de lui en transférer la propriété, à charge par le débiteur d'en rendre autant de même espèce et qualité ⁶.

Trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait *mutuum*: 1° la livraison d'une quantité déterminée de choses fongibles avec transfert de propriété à celui qui les reçoit. 2° Il faut que le créancier soit propriétaire des choses ainsi livrées. 3° Les choses doivent être livrées et reçues avec l'intention de la part des parties que le débiteur en rendra autant de même espèce et de même qualité (*in genere*).

1° Les choses doivent être livrées au débiteur avec transfert de propriété. — Il suffit qu'elles soient à sa disposition, comme dans le cas où elles lui sont données *brevi manu*⁷; que si je vous dépose une somme

² Paul (Lib. 28, ad Ed.), L. 6, D. *de rebus creditis* (12.1).

³ Ulpien (Lib. 26, ad Ed.), L. 9, § 1, D. h. t.

⁴ Celse, L. 32, D. h. t.

⁵ Africanus, L. 23, D. h. t. *Infrá*, n° 361 et sq.

⁶ Gaius, III, 90. Paul, L. 2, § 1, D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 9, § 9; L. 11, pr.; L. 15, D. h. .

que vous considérez comme prêtée, il n'y a ni prêt, ni dépôt ⁸.

2° Le créancier doit être propriétaire des choses, objet du *mutuum*, et avoir la capacité d'aliéner, puisqu'il doit transférer le *dominium* sur ces choses. Un associé ne pourrait pas, sans le consentement de ses co-associés, contracter un *mutuum* avec l'argent de la société ⁹. Il faut être propriétaire, car il faut que la chose du créancier devienne la chose du débiteur (*appellata est mutui datio ab eo quod de meo tuum fit*) ¹⁰. Le fils de famille, l'esclave peuvent contracter le *mutuum* avec l'argent de leur pécule ¹¹.

3° Le débiteur doit rendre des choses de même espèce et qualité ; et les choses doivent lui avoir été données dans l'intention commune qu'il les rendrait *in genere non in specie*. Car, le contrat se formant *re*, la tradition de la chose serait insuffisante, sans cette intention. Ainsi, la tradition d'une chose à cause de mort n'oblige celui qui la reçoit que dans le cas prévu par la convention. Il en serait de même si une chose avait été donnée à quelqu'un pour faire quelque chose. Il y a dans ces cas un contrat formé *re*, mais ce n'est pas un *mutuum* ¹². Il faut que l'intention ait été que le créancier recevrait non pas la chose prêtée elle-même, mais une autre de même genre et qualité ¹³. On ne peut contracter le *mutuum* que pour des choses *quæ pondere, numero, mensura consistunt*, puisqu'il est possible de les remplacer par d'autres choses du même genre ; les autres choses ne peuvent pas être l'objet du *mutuum*, car le créancier ne peut pas être forcé de recevoir malgré lui

⁸ Ulpien, L. 18, § 1, D. h. t.

⁹ Paul (Lib. 32, ad Ed.), L. 16, D. h. t.

¹⁰ Paul (Lib. 28, ad Ed.), L. 2, § 2, D. h. t. Gaius. III, 90.

¹¹ Paul, L. 2, § 4, D. h. t.

¹² Julien, L. 19, pr., D. h. t.

¹³ Paul, L. 2, pr. D. h. t.

une chose différente de celle qu'on lui doit¹⁴. Enfin rien dans la nature du *mutuum* ne s'oppose à ce qu'il soit contracté sous les modalités qui peuvent affecter les contrats en général¹⁵.

278. L'action qui naît du *mutuum* et une action personnelle, *condictio ex mutuo*¹⁶.

Si le contrat, que les parties ont en vue, manque d'une des conditions essentielles à sa validité, la nature de l'action dépendra de la nature de l'obligation contractée.

279. Mais si un pupille, non autorisé par son tuteur, prête une chose à titre de *mutuum*, quelle action aura-t-il pour se la faire rendre.

Puisqu'il faut que le créancier soit capable d'aliéner, ce n'est pas un *mutuum*; et dès lors le pupille n'a pas la *condictio ex mutuo*. Cependant un tort lui serait causé, puisqu'il perdrait, faute d'action, ce qu'il aurait donné à titre de prêt. Quelle action aura-t-il donc? La jurisprudence distingue le cas où la chose donnée a été consommée de mauvaise foi par celui qui l'a reçue et le cas où elle a été consommée de bonne foi par lui. Si, dit Gaius¹⁷, la chose a été consommée de mauvaise foi par l'emprunteur, le pupille aura contre lui la *rei vindicatio* ou l'*actio ad exhibendum*, pour répéter la chose, comme si le débiteur l'avait encore, ou pour obtenir des dommages-intérêts. Si la chose a été consommée de bonne foi, le pupille n'a plus ni l'action *ad exhibendum*, ni la *rei vindicatio*, mais on lui donne une *condictio* qui naît, dit Théophile, de la consommation *bonæ fidei*¹⁸.

¹⁴ Paul, L. 2, § 1, D. h. t. Voir infra n° 298, de *commodati* ce que c'est qu'une chose fongible.

¹⁵ Ulpien. L. 7. Pomponius. L. 8, D. h. t.

¹⁶ Ulpien, L. 9, pr., §§ 1-4, D. h. t.

¹⁷ Gaius, II, 82. Ulpien. L. 41, § 2, D. h. t.

¹⁸ Julien, L. 9, § 1, D. h. t. Théophile, paraphrase, II, 8, *quibus alienare licet vel non*, § 2.

280. Si le débiteur nie son obligation, le créancier obtient du prêteur l'autorisation de le provoquer, et dans ce cas, la *sponsio* est du tiers de la valeur de la chose prêtée¹⁹.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem millia dare oportere, Judex, N^m N^m A^o A^o sestertium decem millia c. s. n. p. a.

§ 2. De Jurejurando.

281. Il y a trois espèces de serment : 1° Le serment volontaire qui est déféré par une partie à l'autre. Il est ainsi nommé parce qu'il dépend de la volonté de celui à qui il est déféré, de le prêter ou de le référer à l'autre partie. 2° Le serment nécessaire référé par celui à qui il avait été déféré. 3° Le serment judiciaire déféré par le juge¹.

L. 1. Si is, cum quo agetur, conditione delata, juraverit, ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 22, ad Ed.) L. 3, pr. ; L. 7, D. de jurejurando (12.2).

Si celui, avec qui on a une contestation judiciaire, a prêté le serment qui lui a été déféré, je ne donnerai action, pour la chose objet du serment, ni contre celui qui a juré, ni contre celui que l'affaire concerne.

Le serment renferme une sorte de transaction qui a plus d'autorité que la chose jugée². Mais pour que le serment

¹⁹ Gaius, IV, 171.

¹ Gaius (Lib. 5, ad Ed. prov.), L. 1 ; (Lib. 30, ad Ed., prov.). L. 31, D. de jurejurando (12.2).

² Paul (Lib. 18, ad Ed.), L. 2, D. h. t. Ulpien (Lib. 76, ad Ed.), L. 1, *quarum rerum actio non datur* (44.5).

ait ce caractère, il faut qu'il ait été déféré; s'il en était autrement, il n'aurait aucune valeur, car la partie qui l'aurait prêté serait censée se l'être prêté à elle-même³. Le serment, ainsi prêté, met fin à la contestation et le Préteur refuse toute action, soit au demandeur, soit au défendeur.

Mais cette manière de terminer le procès peut-elle être assimilée à une transaction, comme le dit Paul? Qu'est-ce que transiger, c'est terminer un procès, dont l'issue est incertaine, au moyen d'une convention par laquelle un des plaideurs renonce à une partie de ses droits en échange de pareille renonciation que fait son adversaire⁴. Or il est impossible de voir rien de semblable dans le serment déféré ou référé, car il s'agit bien d'une affaire litigieuse, mais chaque plaideur ne fait pas abandon d'une partie de ses droits; il n'y a là ni chose donnée, ni chose retenue, ni promesse faite (*transactio nullo dato, nullo retento, seu promisso, minime procedit*⁵); c'est une provocation, un défi, une *sponsio*, dont l'enjeu est le droit entier, perdu ou gagné, de l'un des plaideurs qui joue son va-tout. Est-ce un moyen de preuve? Non! puisque c'est un moyen de se passer de preuves⁶.

282. Mais pour qu'il produise cet effet, il faut qu'il ait été prêté en Justice, ou que celui qui l'avait déféré y ait renoncé. Déféré extrajudiciairement, il peut être impunément refusé.

L. 2. Postquam juratum erit, Après le serment prêté, je refu-

³ Ulpian (Lib 22, ad Ed.), L. 3. pr. D. h. t.

⁴ Ulpian, L. 4, D. de *transactionibus* (2.15).

⁵ Dioclétien et Maximien, L. 38, C. J. de *transactionibus* (2.4).

⁶ Voir quant aux formes du serment : Ulpian, L. 3. § 4; L. 5, 13, § 6; L. 33. Paul, L. 4, D. h. t. Nous ne parlons pas du côté immoral du serment, plaçant l'homme entre sa conscience et son intérêt, dans des cas où souvent l'hésitation est légitime.

actionem denegabo. Aut si controversia erit an jusjurandum datum fuerit, exceptionem dabo. Jurejurando dato vel remisso, reo exceptionem, actori in factum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 21, ad Ed.) L. 9, pr., § 1, D. h. t.

serai toute action. Si on conteste que le serment ait été prêté, je donnerai une exception. Lorsque le serment aura été déféré, si on en a fait remise, je donnerai soit une exception au défendeur, soit au demandeur une action expositive du fait du serment prêté ou remis.

La délation du serment a toute la valeur de la *litis-contestatio*, car lorsque le serment est prêté, l'ancien rapport obligatoire à vécu⁷. C'est pour cela que l'Édit refuse toute action.

L. 3. Quod si actor deferente aut etiam referente adversario juraverit, vel cum jurare paratus esset ei jusjurandum remissum de rebus creditis fuerit, ex eâ re in factum ei actionem dabo. Si vero reus, exceptionem dabo.

Paul (Lib. 19, ad Ed.) L. 6, D. h. t.

Ulpien (Lib. 21, ad Ed.) L. 9, § 1, D. h. t.

Si le demandeur, ayant déféré le serment à son adversaire qui le lui a référé, a juré ou était prêt à le faire, quand son adversaire lui en a fait remise, je lui donnerai de ce chef une action expositive du fait. Si c'est le demandeur qui a fait remise au défendeur, je donnerai à celui-ci une exception.

Si le défendeur, à qui le serment a été déféré, était prêt à le prêter et que son adversaire lui en ait fait remise, l'Édit lui donne de ce chef une exception à opposer au demandeur qui voudrait l'attaquer de nouveau. Si c'est le demandeur qui se trouve dans ce cas, l'Édit lui donne une action qui ne comprendra plus que la question de savoir s'il a juré ou était prêt à jurer que sa demande était légitime. Mais si le serment a été prêté, il donne lieu à une exception qui sera utilement opposée à toute nouvelle demande⁸.

Celui à qui le serment a été déféré peut le référer à son adversaire, qui est tenu de le prêter.

⁷ Paul. L. 26, § 2. Gaius, L. 27, D. h. t.

⁸ Ulpien, *loc. cit.* Voir infra, t. II, n° 1186.

L. 4. Eum, à quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam, nisi jusjurandum referre maluerit. Et si is, qui petet, conditione jurisjurandi non utetur, ei iudicium denegabo.

Ulpian, L. 34, §§ 6, 7, D. h. t.

Je forcerai de jurer ou de payer celui de qui on exigera le serment, à moins qu'il ne préfère le référer à son adversaire. Si le demandeur ne veut pas se soumettre à la condition du serment, je lui refuserai une action.

Le refus de prêter un serment déferé ou référé est assimilé à un aveu^o.

FORMULE

Judex esto. Si paret A^m A^m N^o N^o deferente jurasse HS tot sibi deberi, neque eam pecuniam ei solutam esse, Judex, N^m N^m A^o A^o HS tot c. s. n. p. a.

283. Les flamines de Jupiter et les Vestales n'étaient pas soumis à l'obligation de prêter serment, bien qu'ils pussent être appelés comme témoins.

L. 5. Sacerdotem vestalem et flaminem dialem in omni meâ jurisdictione jurare non cogam.

Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, X, § 15.

Tacite, *Annales*, II, 34.

Dans toute ma juridiction, je ne forcerai de prêter serment ni les flamines de Jupiter, ni les Vestales.

284. Le serment judiciaire est de la part du juge un aveu d'impuissance. En ordonnant à l'une des parties de prêter serment, le juge déclare par cela même qu'il refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance du contrat qui est la loi des parties; il commet un déni de justice^{1o}. Du reste, les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir accepté sans hésitation la valeur juridique du serment. Rien ne prouve qu'il ait été sanctionné

^o Paul (Lib. 33, ad Ed.), L. 38, D. h. t.

^{1o} C. C. 2.

par la Loi des XII tables¹¹; et, au temps des jurisconsultes classiques, on ne l'acceptait pas sans scrupules comme moyen de terminer un procès. Quintilien en fait une critique amère¹², et Gaius n'est rien moins qu'affirmatif sur la portée que doit avoir le serment déféré par le juge (*Jusjurandum exactum*) : contrairement à l'avis de Julien qui n'admet pas qu'on puisse opposer une réplique fondée sur le dol à l'exception de serment prêté¹³, il parle de cas dans lesquels il est permis de recommencer entièrement l'instance *ex (integro causam agere)*, même après le serment (*post jusjurandum exactum*), si par exemple de nouvelles pièces ont été découvertes. Il n'est pas même certain que le juge se considérât comme obligé de prononcer dans le sens du serment prêté, puisque Gaius dit : *SOLENT enim SÆPE judices, in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit*¹⁴.

La place du serment, *illatum* ou *exactum*, est au musée archéologique, à côté des *legis actiones*.

§ 3. De Conditione Triticiaria.

285. Si l'on demande une somme d'argent fixe et déterminée (*numeratam*), c'est par la *condictio certi* qu'on agit. le juge n'ayant pas à estimer une somme d'argent certaine. Mais quand on demande une autre chose, il y a lieu à estimation de la part du juge; de là l'*actio Triticiaria*¹.

¹¹ Zinemern, *Traité des actions*, § 127, note 3.

¹² Quintilien, *Institution oratoire*, V, 6.

¹³ Julien, L. 15, D. *de exceptionibus* (44. 1).

¹⁴ Gaius, L. 31, D. h. t.

¹ Le nom de cette action lui vient de ce que, lorsque pour la première fois le Prêteur a dû la donner, il s'agissait probablement d'une demande de blé.

L. un. Triticum, vinum, oleum, vel alias res, præter numeratam pecuniam, si quis petat, earum rerum nomine conditionem ei dabo.

Ulpien (Lib. 27, ad Ed.) L. 1, pr. *D. de condicione triticiariâ* (13.3).

Si quelqu'un demande du blé, du vin, de l'huile ou d'autres choses, je lui donnerai une action au nom de ces choses, excepté s'il s'agit d'une somme d'argent comptée.

Ce dont Ulpien et Gaius se préoccupent dans les quatre fragments qui forment ce titre au Digeste, c'est de l'estimation de la chose demandée. Si, pour fixer sa valeur, il faut s'en rapporter à un certain temps, on doit s'en tenir au temps de la condamnation, dans le cas où la chose existe encore ; si elle n'existe plus, au temps où elle a cessé d'exister ; ou, si elle avait perdu de son prix, depuis le moment où le débiteur a été en demeure¹. Le lieu, où la chose devait être livrée, sera aussi pris en considération².

On peut par cette action demander même un objet immobilier, un fonds de terre, dont on a été dépouillé par violence, à condition qu'on en soit propriétaire ; que si on n'en était que possesseur, on ne pourrait demander que la possession. Mais, en principe, nous ne pouvons pas par cette action agir en revendication de notre propre chose. Il n'y a d'exception que pour les cas de vol ou de violence³.

En résumé on se sert de la *condictio certi* pour les demandes d'argent et des *condictiones triticiariæ* pour les demandes d'autres choses.

¹ Ulpien, L. 3, D. h. t.

² Gaius (Lib. 9, ad Ed., prov.), L. 4, D. h. t.

³ Ulpien, L. 1, § 1 ; L. 2, D. h. t. Les lois *Silia* (510 U. C.) et *Calpurnia* (520) avaient établi la *legis actio per condictionem*, l'une pour la demande d'une somme d'argent, l'autre pour toute chose certaine. Cette action disparut avec les *legis actiones*, mais l'action ayant pour objet de réclamer des sommes d'argent, conserva le nom de *condictio* avec les extensions tant *certi* qu'*incerti* qu'admit la Jurisprudence, sous le nom de *Triticiariæ actiones* (Gaius. IV, 19).

FORMULE

Judex esto. Si paret N. N^m A^o A^o ex illa causâ *Tritici Africi optimi modios tot dare oportere, quanti ea res est, tantæ pecuniæ N^m N^m A^o A^o*
c. s. n. p. a.

§ 4. De Conditionibus sine causâ.

286. La cause, en prenant ce mot dans son acception la plus large, est le motif déterminant d'une convention.

Mais le mot *causa* est pris dans deux acceptions : l'une générale, de l'essence de tous les contrats, c'est le motif déterminant ; l'autre spéciale, particulière à l'acte.

Envisagée sous ce dernier point de vue, la cause peut résider : soit dans la nature de l'engagement, ce qui a lieu pour les contrats consensuels pourvus d'une action ; soit dans la forme extérieure de l'acte, comme dans la stipulation ; le contrat *litteris* ; soit dans l'exécution de l'obligation par l'une des parties contractantes (*contrats innomés*).

Dans les conventions qui se spécialisent (*qui transeunt in proprium nomen contractus*), la *causa civilis* réside dans la nature de l'engagement ; dans celles, *qui in alium contractum non transeunt*, elle réside dans l'exécution par une partie ¹.

Toutefois, si les Romains n'ont accordé dans le principe force civilement obligatoire qu'aux conventions qui se spécialisaient *in proprium nomen contractus*, et plus tard à l'engagement exécuté par l'une des parties ; il n'en est pas moins vrai que la *causa civilis* réside en définitive pour chaque partie dans ce que l'autre doit donner ou faire. Si donc l'une d'elle ne doit ou ne peut rien faire ou rien

¹ Ulpien (Lib. 4, ad Ed.), L. 7, §§ 1, 2, D. de pactis (2.14).

donner, l'obligation est sans cause, toute exécution donne lieu à répétition².

L. 1^{er}. Si quid sine causâ promissum vel solutum fuisse dicatur, ejus rei nomine condictionem dabo.

Ulpien, L. 1, pr. D. de *condictione sine causâ* (12.7).

S'il est dit que quelque chose a été promis ou payé sans cause, je donnerai à ce titre une action personnelle.

Peu importe qu'on se soit obligé sans cause ou pour une cause qui ne se soit pas réalisée³. Si une femme, en vue de son propre mariage avec son oncle ou son gendre, leur a donné de l'argent à titre de dot, comme le mariage d'une nièce avec son oncle, d'une belle-mère avec son gendre est impossible, cet argent a été donné sans cause, il pourra être redemandé⁴.

287. Si quelqu'un a payé par erreur une chose indue, il y a lieu à répétition.

L. 2. Si ab ignorante solutum esse dicatur, ad id quod solutum erit rependum, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 26, ad Ed.) L. 1, pr. D. de *condictione indebiti* (12.6).

Si on déclare avoir payé par erreur ce que l'on ne devait pas, je donnerai action pour le redemander.

Il en résulte que celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû, doit le rendre, comme s'il y était obligé par un contrat, car l'obligation se forme *re*⁵. Si c'est une chose fongible, conçue *in genere*, il devra rendre une chose de même espèce, qualité et quantité, comme s'il était obligé à titre de *mutuum*. Si c'est une chose déterminée quant à son espèce (*in specie*), c'est elle-même qu'il doit restituer s'il ne veut pas s'exposer à payer des dommages-intérêts.

² Paul, L. 5, D. de *præscriptis verbis* (19.5).

³ Africanus. L. 4. D. h. t.

⁴ Papinien, L. 5. D. h. t.

⁵ Gaius, III, 94.

Il y a paiement de l'indu, lorsque l'obligation qu'on croyait éteindre n'existait pas, ou était nulle, ou quand la demande aurait pu être repoussée par une exception perpétuelle⁶; ou bien encore lorsque celui qui a reçu n'était pas créancier, ou que celui qui a payé n'était pas débiteur⁷. Mais la répétition n'a plus lieu, si on a payé, sachant qu'on ne devait pas, car alors on est censé donner (*cujus per errorem dati repetitio est, cujus consulto dati donatio est*)⁸.

Ainsi l'erreur est la condition essentielle, nécessaire, pour que la répétition puisse avoir lieu. Mais toute erreur pourra-t-elle être invoquée? Les empereurs Constantin et Maximien ont décidé que l'erreur de fait donnait seule droit à la *condictio indebiti*, et que jamais on ne pouvait répéter ce qu'on avait indument payé par suite d'une erreur de droit⁹. Cette solution est inacceptable.

288. En principe, l'erreur étant exclusive du consentement, de quelque nature que soit l'erreur qui m'a déterminé, mon consentement est nul, parce que je n'ai pas fait ce que je voulais, parce que j'ai fait autre chose que ce que je voulais. Ainsi j'ai partagé une succession, qui m'était échue, avec un parent que je croyais héritier comme moi et qui ne l'était pas¹⁰. Quel serait donc le titre de ce parent pour garder ce qui m'appartient et que je n'ai pas eu l'intention de lui donner? Je n'ai pas voulu lui faire une donation, le partage en est la preuve. L'ignorance du droit peut-elle me nuire à moi qui ne demande que ce qui m'appartient¹¹. N'est-il pas évident que ce partage a été fait sans cause? Si l'on admet que dans ce cas l'ignorance

⁶ Frag. Vat., 266. — Ulpian. L. 26, § 3, D. h. t.

⁷ Paul, L. 65, § 9, D. h. t.

⁸ Paul, L. 53, D. *de regulis juris* (50.17). Ulpian, L. 26 § 3. Macianus. L. 62. D. h. t.

⁹ Constantin et Maximien, L. 40, C. J. *de juris et facti ignorantia* (1.18).

¹⁰ Paul, L. 36, D. *Familiae erciscundæ* (40.2).

¹¹ Papinien, L. 7, D. *de juris et facti ignorantia* (22.6).

du droit doit me nuire, qu'on décide que l'obligation sans cause est valable, qu'on rejette la *condictio sine causâ* et la *condictio indebiti*, et qu'on convertisse toutes les obligations sans causes en donations forcées.

Mais il ne faudrait pas qu'on pût m'opposer une autre cause, comme l'exécution possible d'une obligation naturelle : par exemple, j'ai partagé la fortune de mon père avec un *heres extraneus* institué par lui dans un testament nul et dont j'ignorais la nullité ; si j'invoquais dans ce cas mon ignorance, on me répondrait que j'ai pu vouloir respecter les dernières volontés de mon père ; et je ne puis pas soutenir que mon erreur a été le seul motif qui m'avait déterminé : *in dubio error nocet erranti*.

289. La répétition n'est pas admise quand la dette n'était pas exigible, et que le débiteur pouvait opposer à la demande des exceptions, comme : l'exception du Sénatus-consulte Macédonien¹², le bénéfice de compétence¹³. Au contraire, s'il s'agissait de l'intercession d'une femme au mépris du Sénatus-consulte Velléien, ou d'une dette de jeu, ou d'intérêts usuraires, comme dans ces cas et autres semblables, la loi ne reconnaît pas l'existence de la dette, il y aurait lieu à répétition¹⁴.

La *condictio indebiti* n'est pas donnée pour répéter ce qui a été payé en vertu d'une transaction, parce que *qui transigit, quasi de re dubiâ et lite incertâ neque finitâ transigit*¹⁵.

290. La *condictio indebiti* a pour but de faire obtenir la restitution de la chose donnée à titre de paiement, avec les accessoires, et, à défaut de restitution, de faire con-

¹² Marcianus, L. 40, pr. D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 9, D. h. t. Voir infra, nos 352, 442 E, t. II, 843.

¹⁴ Ulpien, L. 26, pr., § 1. Pomponius, L. 32, § 2, D. *ad Senatus-cons. Velleianum* (16.4). Ulpien, L. 1, § 3, D. *de aleatoribus* (11.5).

¹⁵ Ulpien (Lib. 50, ad Ed.), L. 1. Scévola, I. 3, § 1. Ulpien, L. 8, § 22, D. *de transactionibus* (2.15).

damner celui qui a reçu à des dommages-intérêts¹⁶. Si la chose n'existe plus, sans qu'il y ait faute de la part de celui qui l'avait reçue, il n'est tenu que de ce dont il est devenu plus riche¹⁷; et il peut imputer la valeur des impenses qu'il a pu faire de bonne foi. S'il est de mauvaise foi, alors la *condictio* naît d'une *injusta causa*, et il doit rendre tout ce qu'il a reçu sans réserve¹⁸.

FORMULES

In jus concepta : Judex esto. Quod A° A° N° N° illam rem indebitam, de qua agitur, dedit, quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet ex bonâ fide¹⁹, ejus Judex N^m N^m A° A°, nisi restituat, c. s. n. p. a.

In factum concepta : Judex esto. Si paret A^m A^m N° N° rem indebitam, de qua agitur, dedisse, eamque A° A° redditam non esse, quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

291. Tout ce qu'on donne a pour but d'obtenir une chose ou un fait; et la chose ou le fait peut être honnête ou déshonnête, licite ou illicite, et déshonnête ou illicite, soit par rapport à celui qui donne, soit par rapport à celui qui reçoit, soit par rapport à tous les deux. Quand on a donné pour obtenir une chose ou un fait déshonnête ou illicite, il y a lieu à répétition :

L. 3. Si quid, ob turpem vel injustam rem datum fuisse dicetur, etiamsi res secula sit vel non, ad id repetendum quod datum erit, adversus accipientem conditionem dabo, nisi forte versetur turpitude vel injusta causa tam dantis quam accipientis, vel dantis duntaxat.

Si on déclare avoir donné quelque chose pour une cause honteuse ou illicite, que la cause ait eu ou non son effet, je donnerai action pour répéter ce qui aura été donné contre celui qui l'a reçu, à moins que le caractère de la cause puisse être reproché aussi bien à celui qui

¹⁶ Paul, L. 15, pr.; L. 65, § 5, D. h. t. Julien, L. 7, § 1, de *condictione causa datâ*. . . (12. 4).

¹⁷ Papinien. L. 3. in *fine*. Paul, L. 65, § 8, D. h. t.

¹⁸ Ulpien, L. 26, § 12, D. h. t.

¹⁹ Pomponius, L. 14. Papinien, L. 66. Paul, L. 65, § 4. D. h. t.

Ulpien (Lib. 26, ad Ed.) L. 4, a donné qu'à celui qui a reçu, ou
 Paul, L. 1, pr., § 2, D. de *condic- qu'il concerne seulement celui qui*
tionem ob turpem vel injustam cau- a donné.
sam (12.5).

Lorsque la cause honteuse ou illicite concerne seulement celui qui a reçu, la *condictio* est donnée²⁰ : si par exemple j'ai donné de l'argent à quelqu'un pour l'empêcher de commettre un sacrilège, un vol, un meurtre, ou à un dépositaire pour l'engager à restituer le dépôt qui lui avait été confié²¹. Il en serait de même si j'avais dû donner de l'argent à celui à qui j'avais prêté des vêtements, pour en obtenir la restitution, à un locataire, pour obtenir de lui qu'il rende la chose louée, à un vendeur pour qu'il livre la chose vendue, à un héritier pour qu'il fasse la délivrance d'un legs²².

Mais la répétition n'est pas admise, lorsque la honte de la cause est partagée par celui qui a donné et par celui qui a reçu : si par exemple j'ai donné de l'argent à un Juge pour qu'il juge mal, ou même pour qu'il juge en ma faveur dans une cause juste²³. Il en serait de même pour celui qui aurait donné de l'argent à une prostituée, ou pour se racheter de la peine encourue pour adultère²⁴.

Ces diverses solutions n'ont assurément rien de moral, puisque celui qui a reçu conserve la récompense de sa turpitude. Il est probable que l'on appliquait ici la règle de Paul : *in par. causâ possessor potior haberi debet*²⁵.

Si vous avez promis quelque chose pour une cause vile ou injuste, on ne peut pas l'exiger, et si on vous attaque

²⁰ Paul, L. 1, § 2. Ulpien. L. 4, § 2, D. h. t.

²¹ Ulpien, L. 2, pr., § 1, D. h. t.

²² Paul, L. 9, pr., § 1, D. h. t.

²³ Paul, L. 3. Ulpien, L. 2, § 2, D. h. t.

²⁴ Ulpien, L. 4, pr., § 3, D. h. t.

²⁵ Paul, L. 128, D. de *regulis juris* (50.17); L. 8, D. h. t.

en vertu de cette promesse, vous pouvez repousser l'action par l'exception de dol ou vous défendre en exposant le fait. Mais, si vous avez payé, la répétition ne peut avoir lieu²⁶.

FORMULES

In jus concepta : Judex esto. Quod A° A° N° N° illud de quo agitur ob turpem causam dedit, quidquid ob eam rem N° N° A° A° dare facere oportet ex bonâ fide, ejus Judex, N° N° A° A°, nisi restituat, c. s. n. p. a.

In factum concepta : Judex esto. Si paret A° A° N° N° illud de quo agitur ob turpem causam dedisse, eamque A° A° redditam non esse, quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.

292. Le vol donne lieu à deux actions : l'une pénale, *actio furti*, l'autre persécutoire, *condictio furtiva*. L'Édit s'occupe de l'*actio furti* comme suite de ses dispositions sur les tutelles²⁷ ; la *condictio furtiva* trouve naturellement sa place à côté des autres *condictiones*.

La personne volée peut poursuivre la revendication de la chose, mais à la condition que le voleur en ait la possession, ce qui n'aura pas lieu dans la plupart des cas et obligera le demandeur à poursuivre la revendication du Senatus-consulte *Juventien* contre celui qui par dol a cessé de posséder²⁸. Pour éviter ces inconvénients, on admit que la personne volée pourrait agir *per conductionem*, bien que, dit Gaius, la formule : *Si paret eum dare oportere* s'y opposât, puisqu'on ne peut pas nous donner ce qui nous appartient; mais en haine des voleurs on passa outre, pour qu'ils fussent soumis à un plus grand nombre d'actions²⁹.

²⁶ Paul, L. 8, D. h. t.

²⁷ Alphonse Rivier, *Introduction historique au droit romain*, P. 269. *Infrâ*, n° 494.

²⁸ Ulpien, L. 25, §§ 2 et s., D. *de hereditatis petitione* (5.3) - Paul. L. 27, § 3, D. *de rei vindicatione* (6.1). *Suprà*, n° 178.

²⁹ Gaius, IV, 4.

et l'action personnelle, ainsi accordée, prit le nom particulier de *condictio furtiva*.

L. 4. Si qua res furto ablata esse dicatur, ejus persequendæ causâ domino adversus furem heredemve ejus furtivam conditionem dabo.

Ulpien (Lib. 38, 27, 30, ad Ed.)
D. de *condictione furtivâ* (13.1).

Si on déclare qu'une chose a été volée, je donnerai action personnelle au propriétaire de cette chose contre le voleur ou son héritier.

Le voleur détient sans cause légitime la chose volée, et dès lors la *condictio furtiva* est une *condictio sine causâ*, et compète à celui qui était propriétaire de la chose au moment du vol, tant qu'il ne l'a pas aliénée⁵⁰. Elle est donnée contre le voleur ou ses héritiers qui sont tenus *in solidum* et non *in quantum* *locupletiores facti sunt*, comme dans les délits ordinaires⁵¹.

Le but de cette action est d'obtenir la restitution de la chose volée avec ses accessoires, et, à défaut de restitution, de faire condamner le voleur ou ses héritiers aux dommages-intérêts qui ont été la conséquence du vol, et qui seront de la plus haute valeur qu'a eue la chose depuis le moment où elle a été volée, parce que le voleur est considéré comme étant toujours en demeure (*semper enim moram fur facere videtur*⁵²). Mais si on agissait par l'action de la Loi *Aquilâ*, les dommages-intérêts ne seraient que de la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année⁵³. L'action n'est pas éteinte par la perte de la chose⁵⁴; et le demandeur n'est jamais obligé de donner caution au défendeur⁵⁵.

⁵⁰ Ulpien, L. 1, 40, §§ 2, L. 12, § 2, D. h. t.

⁵¹ Paul, L. 5. Ulpien, L. 7, § 2; L. 9, D. h. t. Ulpien, L. 44, D. de *reg. jur.* (50.17).

⁵² Ulpien, L. 8, pr., §§ 1, 2. Tryphoninus, L. 20, D. h. t.

⁵³ Ulpien, L. 2, § 3, D. de *privatis delictis* (47.1).

⁵⁴ Ulpien, L. 8, pr. Tryphoninus, *loc. cit.*, D. h. t.

⁵⁵ Julien, L. 14, § 1, D. h. t.

FORMULE

Judex esto. Quod N° N° A° A° hominem stichum, d. q. a., abstulit, quanti is homo ex die furti plurimi fuit, tantam pecuniam, Judex, N° N° A° A°, nisi restituat, c. s. n. p. a.

§ 5. De pecuniâ constitutâ.

293. Le Banquier, qui promet de payer à quelqu'un une somme d'argent pour un de ses clients, est passible de l'action civile *receptitia*. *Recipere* signifie : recevoir jour pour le paiement. Celui qui s'engage à faire à jour fixe une prestation due, est passible de l'action prétorienne *de pecuniâ constitutâ*. *Constituere* signifie : fixer jour pour l'acquiescement d'une obligation préexistante¹.

En munissant d'une action le pacte de *Constitut*, le Préteur a généralisé l'action civile *receptitia*, spéciale aux *Argentarii*².

L. un. Qui pecuniam debitam constituit, adveniente die solvere debet. Si appareat eum qui constituit neque solvisse, neque fecisse, neque per actorem stetit quominus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, adversus eum de pecuniâ constitutâ actionem dabo.

Ulpien (Lib. 27. ad Ed.) L. 1, § 1 ; L. 16, § 2 ; L. 18, pr., § 1, D. de pecuniâ constitutâ (13 5).

Celui qui a promis d'acquiescer une dette à jour fixe doit le faire. S'il apparaît que celui qui a promis d'acquiescer une dette à jour fixe, n'a ni payé, ni fait ce qu'il avait promis, si ce n'est pas le créancier qui y a mis obstacle, et si la chose était due quand elle a été constituée, je donnerai contre lui l'action de *constitut*.

Pour qu'il y ait *Constitut*, il faut deux conditions : une

¹ Tacite, Germanie, II, *sic constituunt, sic condecunt*, arg. Paul (Lib. 29, ad Ed.), L. 21, § 1, D. h. t.

² Justinien, L. 2; C. de *constitutâ pecuniâ* (4. 18).

dette préexistante et la reconnaissance formelle de cette dette par la promesse de l'acquitter. Il n'importe que ce soit la dette de celui qui fait la promesse ou la dette d'un autre³; mais quand on a promis d'acquitter la dette d'un autre, cette promesse est un véritable cautionnement. Il faut que la dette existe⁴, ce qui n'est pas nécessaire pour rendre le Banquier passible de l'*actio receptitia*; mais la nature, ni l'origine de la dette n'ont d'importance. On peut constituer toute espèce d'obligations, qu'elles soient nées de conventions ou de délits⁵; que ce soit des obligations simplement naturelles⁶; et si l'obligation est conditionnelle, le Constitut sera conditionnel⁷. Le Constituant n'est pas tenu d'acquitter la même obligation; il est libre, si le créancier y consent, de promettre autre chose, à une autre époque; les parties ont à cet égard la plus grande latitude; mais, si le Constituant promet plus que ce qui est dû, son engagement ne le rend passible de l'action que jusqu'à concurrence de la valeur de la dette⁸. Un des caractères du Constitut est la fixation d'un jour pour l'exécution de la promesse. Toutefois, si aucun jour n'a été fixé, le pacte n'est pas nul, on accorde au Constituant un délai de dix jours⁹.

Le pacte de Constitut peut être conclu sans forme spéciale, par paroles, par lettres, même par mandataire¹⁰; mais le Constitut ne libère pas le débiteur qui reste toujours obligé, les deux dettes subsistent entières, et, si l'obligation est civile, le créancier a le choix entre l'action

³ Ulpien, L. 5, § 2, D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 3, § 1; L. 11, pr. D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 1, § 6. Paul (Lib. 24, ad Ed.), L. 29, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 1, § 7, D. h. t.

⁷ Paul (Lib. 29, ad Ed.), L. 19, pr. D. h. t.

⁸ Paul, L. 4. Ulpien, L. 1, §§ 5, 8; L. 11, § 1, D. h. t.

⁹ Paul, L. 21, § 1, D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 5, § 3; L. 14, § 3. Paul, L. 15. Scévola, L. 26, D. h. t.

civile du contrat et l'action prétorienne du Constitut ; toutefois, l'usage de l'une éteint l'autre ¹¹. Si le Préteur accorde la *sponsio*, elle est de moitié de la somme promise ¹².

L'*actio receptitia*, comme action civile, est perpétuelle; l'*actio de pecuniâ constitutâ dure un an*. La première est donnée dès qu'il y a convention, sans qu'il soit besoin d'une dette préexistante et s'applique à toute espèce de choses ; la seconde exige une dette antérieure et n'est donnée que pour obtenir le paiement de choses qu'on évalue au poids, au nombre ou à la mesure (*quæ pondere, numero mensurave consistunt*), et qui sont comprises dans l'expression générale de *pecunia*. Justinien a fondu sous tous les rapports ces deux actions ¹³.

FORMULES

Constitutoria : Judex esto. Si appareat N^m N^m quam pecuniam A° A° in hoc anno illa die se soluturum (satisfactorum) constituit, neque solvere, neque fecisse quod constituit, neque per A^m A^m stetisse quominus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, Judex, quanti ea res est, tantam pecuniam et ejus pecuniæ dimidium N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

Receptitia : Judex esto. Si paret N^m N^m, cum argentariam exerceret, A° A° illum fundum, q. d. a, mancipio daturum inque vacuum possessionem ire jussurum recepisse, neque eum fundum mancipio dedisse et tradidisse, neque per A^m A^m stetisse quominus mancipio daretur et traderetur, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

¹¹ Gaius (Lib. 4, ad Ed., prov.), L. 28. Ulpien, L. 48. § 3, D. h. t.

¹² Gaius, IV, 171.

¹³ Justinien, L. 2. C. de constitutâ pecuniâ (4.18).

§ 6. De Compensationibus.

294. Il y a lieu à compensation, lorsqu'un créancier se trouve débiteur de son débiteur, qui est dès lors créancier de son créancier¹. La compensation s'opère de plein droit (ipso jure) dans les negotia bonæ fidei², pour lesquelles elle est une *solutio*³. C'est une imputation réciproque de ce qu'une partie doit à l'autre (*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*)⁴. Dans les negotia stricti juris, la solutio devait être rigoureusement celle qui a été imposée au débiteur lors de la conclusion du contrat, il ne peut être question de compensation ipso jure; mais nous verrons bientôt comment la Jurisprudence corrigea sur ce point la rigueur du droit.

La compensation est une *solutio* par voie d'exception.

295. Deux catégories de personnes, agissant comme demandresses, doivent faire elles-mêmes la compensation, sans attendre qu'elle leur soit opposée : l'*Argentarius* et le *bonorum emptor*. L'*Argentarius* est obligé d'agir avec la compensation, c'est-à-dire de la comprendre dans la formule, et de ne demander que la différence entre ce qu'il doit à son débiteur et ce que son débiteur lui doit. S'il demande plus, il encourt déchéance pour plus-pétition⁵.

¹ Paul, L. 21. 24, D. h. t. Ulpian, L. 4, § 4, de *contrariâ tutelæ actione* (27. 4),

² Paul, *loc. cit.* Gaius, IV, 61. — Ce n'est qu'environ 40 ans après la promulgation de l'Édit perpétuel qu'une constitution de Marc-Aurèle a autorisé le défendeur à opposer l'exception de dol dans les actions de droit strict (Inst. J., § 30, de *actionibus* (4. 6)). Voir *infra*, n° 296.

³ Paul, L. 76, D. de *verb. sig.* (50. 16). Pomponius, L. 3, D. h. t.

⁴ Modestin, L. 1. Julien, L. 2, D. h. t.

⁵ Gaius, IV, 64.

L. un. Si argentarius Intentione, compensatione non factâ, plus intendat sibi dari oportere quàm debeat, condemnabo.

Gaius, IV, 64, 68.

Si le banquier, n'ayant pas fait la compensation ne l'a pas insérée dans l'*Intentio*, et prétend qu'on doit lui donner plus que ce qui lui est dû, je le condamnerai.

Le *Bonorum emptor* n'agit pas par compensation, mais par déduction, c'est-à-dire demande que son adversaire ne soit condamné qu'à ce qui reste après déduction de ce que le débiteur failli, dont il a acheté les biens, devait lui-même à son débiteur ⁶.

La compensation se place dans l'*intentio* de la formule, de sorte que si le Banquier demande un seul écu de plus qu'il ne lui est dû (*plus nummo uno intendat*), il perd son procès et la chose. La déduction se place dans la *condemnatio*, où l'on ne peut courir le danger de la *plus-petitio* (*quo loco plus petendi periculum non intervenit*), et où le *Bonorum emptor*, quoiqu'il agisse pour une somme déterminée, conçoit une condamnation incertaine (*utique bonorum emptore agente qui, licet de pecuniâ certâ agat, incerti tamen condemnationem concipit*) ⁷. Le Banquier est obligé de demander un *certum*. Le *bonorum emptor*, agissant du chef de celui dont il a acheté les biens, ne peut faire qu'une demande incertaine, parce qu'elle est le résultat, non d'une compensation dont il n'a pas comme le Banquier les éléments, mais de la déduction de ce que son auteur peut devoir.

296. Dans les actions *stricti juris*, si la compensation avait dû être prononcée *in judicio*, il aurait fallu nécessairement qu'elle fût opposée par le défendeur *in jure*, pour que le Juge eût trouvé dans la formule l'ordre nécessaire. Mais alors le Juge aurait eu la mission de condamner tout à la fois le demandeur et le défendeur; or cela est contradictoire

⁶ Gaius, IV, 65.

⁷ Gaius, IV, 68.

sous l'empire du système formulaire, qui ne présente aucun exemple d'une formule portant condamnation du demandeur. Le paragraphe 61 du manuscrit de Gaius⁸, qui expose comment la compensation opère dans les actions de bonne foi, est illisible dans sa première partie, où il est probable qu'il parlait des actions de droit strict. Nos sources sont muettes sur ce point, et nous n'avons que ce que Justinien dit du Rescrit de Marc-Aurèle : *Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, oppositâ doli mali exceptione, compensatio inducebatur.* — D'après un rescrit de Marc-Aurèle, le défendeur pouvait, au moyen de l'exception de dol, faire admettre la compensation même dans les actions de droit strict⁹. Or l'*exceptio doli mali* n'a pas pour but de conduire à un règlement de compte à faire par le Juge, mais de faire débouter (*submovere*) le demandeur¹⁰. Comment peut-il se faire que l'exception de dol conduise à la compensation? La seule solution que l'on puisse donner à cette difficulté est celle-ci :

Quand, *in jure*, le défendeur oppose la compensation, le demandeur l'accepte ou la refuse. S'il l'accepte, sa demande est d'autant diminuée et l'*Intentio* ne comprend que la somme ainsi réduite, à laquelle le Juge condamnera le défendeur. S'il la refuse, la formule est munie de l'exception de dol, et, si cette exception est reconnue fondée, autrement dit : si le défendeur prouve *in Judicio* qu'il a eu raison de demander la compensation, le refus du demandeur de l'admettre doit être considéré comme un dol, et le défendeur est absous (*doli exceptione submovebitur; vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat*)¹¹; c'est-à-

⁸ Gaius, IV, 61.

⁹ § 30, Inst. J. de actionibus, 4, 6.

¹⁰ Gaius, II, 84 : *per exceptionem doli mali submoveri potest.* Paul, L. 4, D. de exceptionibus (44.1) : *si queratur an doli mali exceptione summoveri debeat.* Ulpien, L. 2, § 7, D. de doli mali et metus exceptione (44.4) : *... exceptione summovendus erit.*

¹¹ Ulpien, L. 11. D. de nox. act. (9.4).

dire que l'action du demandeur est éteinte et qu'il ne pourra plus renouveler sa demande.

297. Pour que la compensation ait lieu, il faut deux dettes valables, de quelque nature et de quelque origine qu'elles soient ¹². Ulpien dit même que ce qui est dû en vertu d'une obligation naturelle peut être compensé ¹³. Cependant, dans le fragment suivant, Ulpien lui-même déclare que, pour qu'il y ait lieu à compensation, il faut que les dettes soient exigibles ¹⁴. Or une dette naturelle n'est pas exigible ; seulement, si elle est payée, elle ne peut pas être répétée. Dira-t-on que le débiteur d'une obligation naturelle est censé l'avoir acquittée en devenant créancier civil de son créancier naturel, et qu'il répéterait ce qu'il a donné, s'il n'en tenait pas compte ? Ce serait une fiction fondée, il est vrai, sur l'équité, mais essentiellement contraire aux principes qui gouvernent l'obligation naturelle, et qui n'aurait plus dès lors les caractères des fictions si communes dans la Jurisprudence romaine. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit plus haut de la compensation dans les actions de droit strict. Le créancier civil, qui serait débiteur naturel de son débiteur, et qui le poursuivrait pour la totalité de ce qui lui serait dû, sans vouloir compenser ce qu'il devrait lui-même, se rendrait coupable de dol et perdrait sa créance. La compensation le sauvera. C'est probablement ce qu'a voulu dire Ulpien parlant de la compensation d'une obligation naturelle.

Les deux dettes doivent être fongibles entre elles, car la compensation, étant un payement réciproque, le créan-

¹² Argument *a contrario* : Javolenus, L. 14, D. h. t. Si les sources font ici souvent défaut, c'est que de toutes les matières des Pandectes, la compensation est peut-être celle dont les documents ont été le plus mutilés par Tribonien et ses collaborateurs.

¹³ Ulpien, L. 6, D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 7, pr. D. h. t. : *quod in diem debetur, non compensabitur antequam dies venit, quanquam dari oporteat.*

cier serait contraint de recevoir autre chose que ce qui lui est dû, si le débiteur pouvait compenser sa dette avec des objets autres que ceux qui lui sont demandés¹⁵. Enfin, depuis Justinien¹⁶, la créance que l'on veut compenser doit être liquide; du moins il n'y a pas avant lui trace de cette condition dans nos sources.

La compensation ne peut pas être opposée à une demande de restitution d'un dépôt, parce qu'il n'y a pas fongibilité entre les objets des deux dettes. Une somme d'argent déposée doit être rendue *in specie*; une somme d'argent due à titre de *mutuum* par exemple doit être rendue *in genere*¹⁷. Il en serait de même d'une chose que le défendeur posséderait illégalement.

FORMULES

Argentarius : Judex esto. Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem millia dare oportere amplius quàm A^s A^s N^o N^o debet, Judex, N^m N^m A^o A^o sestertium decem millia c. s. n. p. a.

Bonorum emptor : Quod Lucius Titius de N^o N^o sestertium decem millia stipulatus est, Judex, N^m N^m A^o A^o, Lucii Titii bonorum emptori, sestertium decem millia, hujus *deductione* factâ quod Lucius Titius N^o N^o debet, c. s. n. p. a.

Compensatio in judicia stricti juris.

Judex esto. Si paret dolo malo Nⁱ Nⁱ factum esse ut A^s A^s N^o N^o decem millia dare oportere amplius quàm A^s A^s N^o N^o debet, nisi N^s N^s compensationem faciat, quanti ea res erit, Judex, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Compensatio in judicia bonæ fidei.

Judex esto. Si paret N^m N^m A^o A^o dare oportere amplius quàm A^s A^s N^o N^o debet, Judex, quidquid ob eam rem arbitrato tuo N^m N^m A^o A^o dare oportet, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.¹⁸.

¹⁵ Voir Papinien, L. 48, 65, *de rei vindicatione* (6.4).

¹⁶ Justinien, L. 14, § 1, C. *de compensationibus* (4.31).

¹⁷ Paul, Sent., II, 5, § 3. Gaius, IV, 61.

¹⁸ Gaius, 14, 61.

§ 7. De Commodato.

298. Le Commodat est un contrat en vertu duquel une chose est livrée par une personne à une autre, sous la condition que celle qui a reçu la chose, la rendra *in specie*¹.

L. un. Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.

Ulpien (Lib. 28, ad Ed.) L. 1, pr. D. *Commodati vel contra* (13.6).

Si quelqu'un déclare avoir livré quelque chose à titre de commodat, je donnerai action de ce chef.

On voit par la définition donnée ci-dessus que ce qui distingue le *Commodatum*² du *Mutuum*, ce n'est pas la nature de l'objet, c'est l'intention des parties contractantes. La même chose peut être l'objet du *Mutuum* ou du *Commodatum*, suivant que, dans l'intention des parties, elle doit être restituée *in genere* ou *in specie*. Une somme d'argent, qui est d'ordinaire l'objet du *Mutuum*, sera l'objet d'un *Commodatum*, si celui qui l'a reçue doit rendre les mêmes écus après les avoir montrés, ou ne s'en est servi que pour faire un paiement fictif³; et réciproquement des choses, qui ne se consomment pas par un premier usage, peuvent être l'objet d'un *Mutuum*, si l'emprunteur doit les restituer *in genere*⁴. Le *Mutuum* suppose des choses fongibles, mais toutes choses sont fongibles, s'il plaît aux contractants de leur donner ce caractère. Pourquoi, dans ces conditions, un fonds de terre ne

¹ Ulpien, L. 1, § 1, D. h. t.

² Supra, n° 276.

³ Ulpien, L. 3, § 6. Gaius, L. 4, D. h. t.

⁴ M. Demangeat a signalé l'erreur commise par l'art. 1894 C. C. Car un boucher peut emprunter à un autre boucher des moutons pour son débit, à charge d'en rendre de pareils en poids, quantité et qualité.

serait-il pas aussi bien chose fongible que des livres empruntés par un libraire à un autre libraire ?

Nous avons vu que, dans le *Mutuum*, c'est la propriété de la chose prêtée qui est transmise à l'emprunteur, et que dès lors le prêteur doit en être propriétaire ou ait le pouvoir d'aliéner. Pour faire un *Commodat*, il suffit de détenir la chose : par exemple, si un voleur prêtait à titre de *commodat* la chose par lui volée, il aurait l'*actio commodati*⁵. Puisqu'il n'y a pas aliévation de la chose prêtée à titre de *Commodat*, l'emprunteur n'en devient pas propriétaire, il n'en a pas même la possession, *est in possessione*⁶. Mais, sous un autre rapport, le *Mutuum* et le *Commodatum* ont un point de ressemblance : la gratuité. Si, à l'occasion du *Mutuum*, le prêteur veut obtenir des intérêts, il faut qu'il ait recours à une stipulation en dehors du contrat ; toutefois cette stipulation d'intérêts n'en change pas la nature. Si le *Commodataire* doit payer quelque chose pour l'usage qu'on lui concède de la chose empruntée, ce n'est plus un *Commodat*, c'est un louage s'il a remis de l'argent, ou un contrat innomé s'il a donné autre chose ou fait une prestation⁷.

Le *Commodataire* doit se servir de la chose conformément à sa destination. S'il l'emploie à un autre usage, sans l'aveu du propriétaire, il est passible de l'action pénale de vol (*actio furti*⁸).

L'obligation, dans laquelle est le *Commodataire* de restituer la chose même qu'il a reçue, lui impose celle de la conserver avec soin⁹, parce que le contrat est conclu

⁵ Paul (Lib. 29, ad Ed.), L. 15. Marcellus, L. 16, D. h. t. : *Si fur commodaverit, habet commodati actionem.*

⁶ Pomponius. L. 8, D. h. t. : *rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus.*

⁷ Ulpian, L. 5, § 12. D. h. t. . . . *Si merces intervenerit. tunc vel in factum vel ex locato conducto agendum erit.*

⁸ Ulpian, L. 5, § 8. D. h. t.

⁹ Gaius (Lib. 9, ad Ed., prov.), L. 18, pr. D. h. t. : *In rebus commoda-*

presque toujours dans l'intérêt du Commodataire ¹⁰. Aussi il répond de toute faute et même du défaut de soins (*culpam et diligentiam* ¹¹); mais il ne répond pas du cas fortuit, à moins qu'il ne survienne pendant qu'il emploie la chose à un usage autre que celui pour lequel on la lui a prêtée; comme si ayant emprunté de l'argenterie pour donner un repas à ses amis et que, l'ayant emportée avec lui en voyage, il l'ait perdue dans un naufrage ou qu'elle lui ait été enlevée par des brigands ¹². Si elle lui est volée sans violence, il est responsable, parce qu'il doit faire bonne garde (*custodiam* ¹³). Toutefois si le contrat est conclu dans l'intérêt réciproque des parties, ou dans celui du Commo-
dant, la responsabilité n'est plus la même; par exemple, si nous invitons à un repas des amis communs et que je vous prête mon argenterie, vous ne serez plus, dit Gaius, responsable que de la faute lourde, assimilée au dol (*quasi dolum tantum præstare debeas* ¹⁴).

Pour obtenir la restitution de la chose prêtée, le Com-
modant a l'action directe du contrat, (*actio commodati directa*). Mais il peut être passible d'une action contraire de la part du Commodataire (*actio commodati contraria*), si celui-ci a dû faire des dépenses pour la conservation de la chose, par exemple, pour soigner un esclave malade ou le ramener s'il a fui ¹⁵. Gaius et Paul indiquent la nécessité de l'action contraire: pourquoi, dit Gaius ¹⁶, ne pas laisser l'emprunteur opposer la compensation ou la déduction *in*

tis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet.

¹⁰ Ulpien, L. 5, § 2. D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 5, § 5. D. h. t.

¹² Paul, Sentences, II, 4, §§ 2. 3. Gaius, L. 1, § 4, D. *de oblig. et act.* (44. 7).

¹³ Ulpien, L. 5, § 5, D. h. t. déjà cité.

¹⁴ Gaius, L. 18, pr. Ulpien, L. 5, § 10, D. h. t.

¹⁵ Gaius, L. 18, § 2, D. h. t.

¹⁶ Gaius, L. 18, § 4, D. h. t.

judicio ? parce qu'une partie peut avoir à réclamer une somme plus considérable que l'autre ; parce que le Juge peut ne pas vouloir admettre la compensation ; parce que le Commodant peut ne pas intenter l'action directe, si par exemple la chose a péri par cas fortuit ou a été rendue volontairement (*sine iudice*) ; parce qu'enfin, dit Paul¹⁷ si j'ai perdu la chose, et que j'en aie payé la valeur et qu'elle ait ensuite été retrouvée par le prêteur, il me faut bien l'action contraire pour me faire rendre ce que j'ai donné ou me faire livrer la chose que j'ai ainsi payée.

Une action contraire ne peut pas naître du *Mutuum*, parce que l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée, et que, devant la rendre *in genere*, il n'est pas possible de concevoir que le prêteur puisse avoir envers lui une responsabilité quelconque.

FORMULES

Formula in jus concepta.

Judex esto. Quod A^s A^s N^o N^o (contra : quod N^s N^s A^o A^o) illam rem, d. q. a., commodavit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o condemna, nisi restituat ; s. n. p. a.

Formula in factum concepta.

Judex esto. Si paret A^m A^m N^o N^o rem, d. q. a, commodasse, eam-que A^o A^o redditam non esse, quanti ea res est, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 8. De pignoratitiâ actione.

299. Il y a contrat de gage, lorsque le débiteur remet à son créancier une chose pour sûreté de sa créance ; de

¹⁷ Paul (Lib. 29, ad Ed.), L. 17, § 5. D. h. t.

telle sorte que, l'obligation étant éteinte par le paiement (*solutio*), le créancier doit restituer la chose au débiteur.

L. un. Si ob creditam pecuniam vel aliam causam pignus datum sit, idque soluta demum pecunia, aut cum eo nomine satisfactum sit, repetatur, adversus eum, à quo petetur, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 28, ad Ed.) L. 9, §§ 1, 3, 5, D. de pignoratitia actione (13.7).

Si un gage a été donné pour garantir une dette d'argent ou d'une autre nature, et qu'il ait été satisfait à l'obligation par le remboursement de la somme ou d'une autre manière, et que le gage soit redemandé, je donnerai action contre celui de qui on le réclame.

Le contrat de gage est donc, de sa nature, accessoire à un autre contrat; il suppose une obligation préexistante, dont il garantit l'exécution; et, dans le chef du débiteur, une action directe à l'effet de demander au créancier la restitution de la chose engagée, lorsqu'il a acquitté sa dette (*actio pignoratitia directa*). C'est cette action que donne l'Édit.

Il n'en était pas ainsi dans le principe. Le débiteur, qui voulait remettre une chose à son créancier à titre de gage, était obligé de lui en transférer la propriété par *mancipatio* ou *cessio in jure*, avec clause de fiducie, par laquelle le créancier s'obligeait à rémanciper ou rétrocéder la chose au débiteur, lorsque celui-ci aurait éteint la dette¹. Ce mode de garantie mettait le débiteur à la discrétion de son créancier, contre la mauvaise foi ou l'insolvabilité duquel il n'avait aucun moyen de se prémunir, et privait le débiteur de l'usage de sa chose. Pour remédier à ce double inconvénient, le contrat de *pignus* a été créé et l'institution complétée par l'Interdit Salvien et l'action Servienne, dont nous exposerons le but à la place où l'Édit s'en occupe².

¹ Gaius, II. 60. Paul, II. 13.

Voir infra. t. II, n° 1126 et sq.

L'*actio pigneratitia directa* est offerte par l'Édit au débiteur qui a donné la chose en gage, contre celui qui l'a reçue. Lors même que le débiteur a donné en gage la chose d'autrui, il a droit à l'action pour se la faire rendre³. De même si un esclave reçoit une chose en gage pour sûreté d'une créance faisant partie de son pécule, le débiteur à l'action contre son maître⁴; et réciproquement, si c'est l'esclave qui a donné le gage, l'action compète à son maître⁵.

Pour que le débiteur obtienne l'action, il faut que le créancier soit satisfait⁶, soit que le gage ait été donné pour garantir le remboursement du capital, soit qu'il ait eu pour but de garantir les intérêts⁷.

300. Le but de l'action est de contraindre le créancier à restituer le gage, lorsque le débiteur a payé la dette pour laquelle il avait été donné. Il en était ainsi à l'époque de l'Édit, et cela est conforme au principe que les conventions sont les lois des parties qui les ont faites. Mais une Constitution de l'empereur Gordien de l'année 240 a décidé que, si le débiteur a contracté vis-à-vis de son créancier une autre dette, devenue exigible, et à la sûreté de laquelle le gage n'avait pas été affecté, le créancier pourrait au moins le retenir jusqu'après paiement de cette dette⁸.

301. Les choses corporelles, susceptibles de tradition, sont en principe les seules qui puissent être l'objet du contrat de gage. Le mot gage s'applique plus spécialement

³ Ulpian, L. 9, § 4, D. h. t.

⁴ Julien, L. 28, § 1, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 11, § 6, D. h. t.

⁶ Ulpian, L. 9, § 3, D. h. t.

⁷ Ulpian, L. 11, § 3, D. h. t.

⁸ Gordien. L. un., C. J. *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* (8.27). C. C. 2082 n'autorise la rétention que pour les dettes nouvelles. contractées après la constitution du gage et devenues exigibles.

aux choses mobilières⁹, et le mot hypothèque aux choses immobilières. Mais on finit par admettre que les choses incorporelles elles-mêmes pourraient être données en gage, lorsqu'elles sont susceptibles de tradition ou de quasi-tradition : comme une créance, une servitude rurale¹⁰; et que toutes choses susceptibles d'être aliénées peuvent être l'objet du contrat de gage.

Si le créancier n'est pas payé, il a le droit de vendre le gage, à moins qu'une clause de la convention le lui ait interdit. S'il le vend nonobstant cette défense, le débiteur aura contre lui l'action de vol, à moins que le créancier lui ait fait, sans résultat, trois sommations de payer (*nisi ei ter fuerit denunciatum ut solvat et cessaverit*¹¹). Dans tous les cas, il doit restituer au débiteur le surplus du prix, avec les intérêts¹². Mais lorsque le créancier est payé à l'échéance, il doit restituer la chose elle-même avec les fruits, à moins que les fruits n'aient été engagés pour tenir lieu des intérêts¹³.

L'obligation de restituer n'est pas la seule qui incombe au créancier. Par cela même qu'il doit conserver la chose pour la rendre, il est obligé de veiller à sa conservation, comme le commodataire; et il est responsable, non seulement de son dol et de sa faute, mais de sa négligence, car on exige de lui la diligence (*diligentiam*) d'un bon père de famille pour les choses qui lui appartiennent¹⁴, parce que la remise du gage est faite dans son intérêt et pour lui garantir sa créance. Mais il n'est pas responsable du cas

⁹ Gaius, L. 238, § 2, D. de Verb. Sig. (50.16).

¹⁰ Marcien, L. 11, §§ 1, 2; L. 12. Scévola, L. 31, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 4, D. h. t. Gaius, II, 64.

¹² Pomponius, L. 6, § 1. Paul, L. 7. Ulpien (Lib. 30, ad Ed.). L. 24, § 2. L. 42, D. h. t.

¹³ Triphonius, L. 12, § 1, D. de distractione pignorum (20.5).

¹⁴ Ulpien, L. 13, § 1. Paul. L. 14, D. h. t. : *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur.*

fortuit, ni de la diminution de valeur que la chose aurait subie sans sa faute, puisqu'il n'en est pas propriétaire, puisqu'il doit la rendre *in specie*, et qu'il n'a sur elle qu'un droit de possession relative pouvant être maintenue par un interdit, et qui n'empêche pas le débiteur de conserver la possession *ad usucapiendum*.

Outre l'obligation qu'il a contractée d'éteindre la dette en satisfaisant le créancier ¹⁵, le débiteur peut être encore tenu par l'action contraire du contrat (*actio pignoratitia contraria*) : Si le créancier a fait des dépenses pour un esclave ou un fonds qu'il a reçu à titre de gage, il a le droit de les exiger ¹⁶. Si le débiteur a donné au créancier la chose d'autrui, celui-ci aura l'action contraire pour exiger un nouveau gage ou des dommages-intérêts, à moins qu'il n'ait su que la chose n'appartenait pas à son débiteur ¹⁷. Si le débiteur a donné en gage un esclave qu'il savait être un voleur, et qu'il ait volé le créancier, ce fait donne lieu à l'action contraire ¹⁸. En un mot, le débiteur est tenu d'indemniser le créancier de toutes les impenses qu'il a dû faire au sujet du gage, de tout dommage qu'il a pu éprouver à son occasion.

302. L'antichrèse, variété du gage, est un contrat par lequel le débiteur livre sa chose au créancier, pour que celui-ci en perçoive les fruits, jusqu'à ce qu'il soit payé de ce qui lui est dû ¹⁹.

FORMULE

Judex esto. Quod A^s A^s N^o N^o (contraria : quod N^s N^s A^o A^o) ob pecuniam, q. d. a., illam rem *pignori (fiduciæ) dedit eaque omnis pecu-*

¹⁵ Ulpian, L. 9. § 3, D. h. t.

¹⁶ Pomponius, L. 8. Ulpian, L. 25, D. h. t.

¹⁷ Ulpian, L. 9, pr. ; L. 36, § 1. Paul, L. 16, § 1, D. h. t.

¹⁸ Africanus, L. 34, D. h. t.

¹⁹ Modestin, L. 39. D. h. t. Marcien, L. 11, § 1. D. *de pignoribus et hypothecis* (20.1).

nia A° A° soluta, eove nomine satisfactum, aut per N^m N^m factum est quominus solveretur, quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere repromittere oportet ex fide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

N. B. 303. La *lex Commissoria* est un pacte ajouté à un contrat, et en vertu duquel la partie qui n'exécute pas son obligation est déchue des droits que le contrat lui donne. A l'époque de l'Édit, ce pacte pouvait être ajouté à un contrat garanti par un gage, aussi bien qu'à un contrat non garanti. Il en résultait que, si à l'échéance le débiteur ne satisfaisait pas le créancier, celui-ci devenait propriétaire de la chose engagée. Cette clause accessoire fut interdite par Constantin ²⁰.

On a contesté cette opinion que la Constitution de Constantin avait été une innovation. Il est cependant assez difficile d'admettre que cet Empereur eût pris la peine d'interdire la *lex Commissoria*, s'il était déjà alors défendu d'en user. Que, dans les Pandectes, il n'y ait pas trace du pacte commissoire appliqué au gage, il n'y a rien là qui doive surprendre : Tribonien et ses collaborateurs ont en général supprimé ce qui était contraire à la législation de leur temps. Et d'un autre côté, il n'y a pas non plus dans le *Corpus* trace d'une interdiction du pacte commissoire avant Constantin ²¹. Mais le pacte commissoire ne doit-il pas être considéré comme né du développement naturel de l'institution ?

Le droit romain procède toujours dans ses transformations avec une rigoureuse logique, et, quand une institution se substitue à une autre, elle se présente imprégnée de l'esprit de celle qu'elle remplace. Telles sont : la *sponsio* succédant à l'*actio sacramenti*, la *querela inofficiosi testa-*

²⁰ Constantin, L. 3, C. J. de *partis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindendâ* (8.33). L. un., C. Th. de *commissoriâ rescindendâ* (3.2).

²¹ Voir titre D. de *lege commissoriâ* (18.3).

menti détrônant la *successio contra tabulas*, et tant d'autres.

A l'époque où la constitution du gage se faisait par *mancipatio* ou *cessio in jure fiduciae causâ*, la *fiducia* avait trouvé son principe et sa légalité dans la loi des XII tables : *uti lingua noncupassit ita jus esto*. La simple *fiducia* était limitée à l'obligation pour le créancier de restituer le gage, lorsque la dette serait éteinte par le payement ; mais rien ne s'opposait à ce que les parties ajoutassent la clause que le créancier retiendrait le gage, en cas de non-payement : *uti lingua noncupassit, ita jus esto*. D'ailleurs le gage était mancipé au créancier, il en était donc propriétaire, mais avec obligation de le rémanciper au débiteur s'il payait ; le payement n'ayant pas lieu, le créancier n'avait pas à exécuter la clause de *fiducia* et restait propriétaire du gage. Seulement la jurisprudence décida que le créancier, en cas de non-payement, ne pourrait pas s'approprier le gage, qu'il serait obligé de le vendre, qu'il ne pourrait pas l'acheter lui-même, soit directement, soit par personne interposée, et que dans le cas où, dans le contrat de fiducie, il aurait été dit que le créancier n'aurait pas le droit de vendre le gage, il ne pourrait pas procéder à la vente, sans avertir le débiteur ²². Ce qui prouve que les parties pouvaient ajouter au contrat toutes les clauses qu'il leur convenait d'y inscrire.

Ce qui le prouve encore, c'est le fragment de Marcien qu'on invoque à l'appui de la thèse contraire. Le Jurisconsulte dit que, s'il a été convenu que le créancier non payé garderait la chose à titre d'acheteur, suivant l'estimation qui serait faite alors, il y a là comme une sorte de vente conditionnelle ²³. Soit ! Mais, loin d'être un argument contre la validité du pacte comissoire, ce fragment mon-

²² Paul, I, 5 ; II, 13. Ulpian, L. 4, D. *de pigneratitia actione* (13.7).

²³ Marcien, L. 16, § 9, D. *de pignoris* (20.1).

tre d'abord l'entière liberté dont jouissaient les parties, et laisse ensuite supposer que, si le débiteur a accepté la condition d'un prix à fixer ultérieurement, c'est que son créancier n'a pas pu obtenir de lui qu'il consentit à ce qu'il s'appropriât la chose purement et simplement, bien qu'éventuellement, au prix de la dette elle-même.

Lorsque le *pignus*, complété par l'action Servienne et l'Interdit Salvien, succéda à l'ancien mode de constitution du gage, fut-il apporté quelque modification à la liberté de la fiducie ? Non ! Et il eut été bien étrange que cette création fût entourée d'entraves, alors qu'elle avait pour but de rendre plus facile la conclusion du contrat. Mais c'est le contraire qui eut lieu, puisque l'action Servienne fit résulter une *in rem actio* d'une simple convention. Et la formule que nous a laissé Caton, qu'est-elle donc, sinon un pacte comissoire imposé, pour le cas où le fermier, déplaçant les *invecta*, déclare ainsi qu'il ne veut pas satisfaire le créancier ²⁴ ? Et comment, dans le silence des textes, ne pas admettre la validité du pacte comissoire au profit du créancier, quand Scévola nous dit que la caution du débiteur, qui payera pour lui, peut convenir qu'elle gardera pour elle la chose engagée ou hypothéquée ²⁵ ? La caution, qui paye, ne devient-elle pas créancière ?

On a vu dans le pacte comissoire une vente conditionnelle à un prix fixé d'avance. S'il s'agit du nouveau *pignus*, l'idée que le pacte comissoire puisse faire considérer le créancier comme un acheteur sous condition, cette idée est admissible : mais elle est incompatible avec le principe de la constitution du gage *per mancipationem fiducie causâ* ; car, puisque le créancier devient propriétaire de la chose engagée, le débiteur ne peut plus la lui vendre. C'est ainsi

²⁴ Caton, *de re rustici*, c. 146, . . . *que in fundo illata erunt PIGNORI SUNTO. . . Si quid deportaverit, DOMINI ESTO.*

²⁵ Scévola, L. 81, pr. *de contrahendâ emptione* (18.1).

qu'il faut entendre le langage de Paul, disant : *Debitor creditori fiduciam vendere non potest* ²⁶.

Que le pacte commissoire soit immoral ; que Constantin ait eu raison de l'interdire et qu'il ait été proscrit à juste titre par la législation moderne ²⁷, qu'est-ce cela prouve contre la validité de la *lex commissoria* dans l'ancien droit des Romains ? N'avaient-ils aucune institution juridique pouvant conduire à des résultats iniques ? Que sont donc les remèdes imaginés par le Préteur, les fictions, les exceptions, les actions *in factum* et surtout les *in integrum restitutiones*, sinon des moyens de corriger la rigueur du vieux droit et de paralyser ses conséquences funestes ?

Approuvons Constantin, mais ne faisons pas le droit des Romains ; prenons-le tel qu'il est, et l'œuvre du Préteur, qui l'a corrigé, qui a suppléé à ses lacunes, qui a aidé à sa marche progressive, n'en sera que plus digne de notre admiration ²⁸.

§ 9. De exercitoria actione.

304. Le *Pignus* est, avons-nous dit, un contrat accessoire qui suppose une obligation principale. Mais il est des obligations qui naissent d'autres obligations contractées par d'autres personnes, et dont elles sont comme les accessoires. C'est pour cela que l'Édit, après avoir tracé les règles relatives au *pignus*, s'occupe des actions à donner dans le cas de ces obligations, actions que les commentateurs modernes nomment *actiones adjectivæ qualitatis*,

²⁶ Paul, II, 13. *de lege commissoria*, § 3.

²⁷ C. C. 2078.

²⁸ Pour la *lex commissoria* appliquée à la vente. voir infra. § 21. L. 4, n° 382. Voir aussi. t. 2, n° 1130.

parce qu'elles supposent l'existence d'une autre action préexistante¹.

On a quelquefois rattaché cette matière à celle du mandat, non pas en se fondant sur ce principe des Romains : que la volonté de l'homme peut seule l'engager, et qu'il ne saurait l'être par la volonté d'autrui, principe qui pendant si longtemps a fait repousser le mandat de la législation romaine; mais on a pensé que, du moment où il a été admis que nous pouvons acquérir la possession *per liberarum personas*, contrairement aux anciennes règles², les *actiones adjectivae qualitatis* devaient être considérées comme des variétés du mandat. A l'époque de l'Édit c'est impossible, puisqu'on ne peut pas même acquérir l'obligation de gage par une personne libre³. Le développement historique de l'institution permettrait tout au plus d'admettre que la nécessité, où l'on s'est vu de créer ici des responsabilités, a servi d'exemple et conduit progressivement à celles qu'on a fait découler du mandat. Mais le principe qui a servi de base à ces actions est tout autre : c'est l'unité de personne de l'agent et de celui pour le compte duquel il agit⁴. C'est là le caractère des actions *exercitoria, institoria, tributoria, quod jussu, de in rem verso, de peculio*. Et c'est pour ce motif que l'Édit, considérant qu'il y a là une obligation, née d'une autre obligation, accession d'une autre obligation, s'en occupe après le gage, accessoire d'un contrat préexistant. Si le préposé est le fils ou l'esclave du préposant, il y a unité de personne d'après le droit civil, dès lors pas de difficultés. Mais si le préposé est un homme libre, on a recours à une fiction : ce préposé n'est pas con-

¹ Paul (Lib. 29. ad Ed.), L. 5, § 1, *in fine*, D. de *exercitoria actione* (14.4) : ... *hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur*.

² Ulpien (Lib. 28, ad Ed.), L. 11, § 6, D. de *pignoratitia actione* (13.7). Justinien, L. 2, C. *per quas personas nobis acquiritur* (4.27).

³ Ulpien, L. 11, § 6, D. de *pignoratitia actione* (13.7). *Infra*, n° 331.

⁴ Gaius, IV, 69-74.

sidéré comme ayant agi pour le compte du préposant, c'est le préposant lui-même qui a agi par le ministère de son préposé, et devient dès lors responsable, comme s'il eût agi lui-même⁵. Car, si l'on avait appliqué dans ces cas le principe du mandat, le préposant n'aurait pas été tenu par les actes du préposé vis-à-vis des tiers, qui n'auraient pu agir contre lui que par les actions *de in rem verso* ou *de pecunio*, et auraient risqué d'être gravement lésés.

L. 1. Quod cum magistro navis gestum esse dicetur, ejus rei cujus causâ ibi præpositus fuerit, adversus eum aut exercitorem, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 28, ad Ed.) L. 1, § 7, D. h. t.

Gaius, IV, 71.

Si quelqu'un a traité avec le capitaine d'un navire, je donnerai action contre lui ou contre celui pour les affaires duquel il a été préposé à la conduite de ce navire.

305. Celui qui a traité avec le capitaine (*Magister*) a donc le choix d'agir contre ce dernier ou contre l'armateur (*exercitor*)⁶. Mais s'il agit contre l'armateur, l'*intentio* de la formule sera conçue au nom du *Magister* et la *condamnatio* à la charge de l'*exercitor*⁷; et s'il y a plusieurs armateurs du même navire, l'action est donnée contre chacun d'eux *in solidum*⁸.

306. L'utilité de cette action est évidente. Dans un voyage lointain, le Capitaine, qui le plus souvent est un esclave de l'armateur, ou sur la solvabilité duquel il est impossible d'avoir de suite des renseignements, se trouverait dans l'impossibilité de se procurer des ressources souvent indispensables en vivres ou en argent, si ceux, à qui il demanderait de traiter avec lui, n'avaient que sa seule

⁵ Ulpien (Lib. 28, ad Ed.). L. 1, §§ 5, 7, 8. D. h. t.

⁶ Ulpien. L. 1, § 17, D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 1. § 24, D. h. t.

⁸ Ulpien. L. 1, § 25. Gaius (Lib. 9, ad Ed. prov.), L. 2, D. h. t.

responsabilité. La responsabilité de l'armateur lui donne le crédit nécessaire. Il en résulte que cette action, créée dans un esprit de justice en faveur des tiers, est tout aussi à l'avantage des armateurs qui, sans elle, auraient pu voir leurs Capitaines manquer une campagne ou laisser le navire sans réparations et sans ressources. Mais il résulte aussi de là que, pour que les tiers aient le droit d'intenter l'action contre l'armateur, il faut que le contrat avec le Capitaine ait eu pour objet l'opération à laquelle il a été préposé et dans les limites de sa mission. Que si le préposé détourne les choses empruntées ou les emploie à un autre usage, l'armateur n'en est pas moins responsable, car il ne peut s'en prendre qu'à lui-même d'avoir confié ses intérêts à un serviteur infidèle (*imputaturum sibi cur talem præposuerit*)⁹.

Mais l'Édit ne donne pas d'action à l'armateur contre ceux qui ont traité avec le Capitaine, parce que, dit Ulpien, il n'en a pas besoin¹⁰; car il peut user des actions des contrats passés par le Capitaine et qu'il se fait céder par lui. Toutefois les Gouverneurs des provinces autorisent les armateurs à agir directement (*extra ordinem*), pour mieux assurer les approvisionnements. Quant aux contestations qui peuvent s'élever entre l'armateur et le Capitaine, elles donnent lieu à l'action de loyer, si le Capitaine reçoit un salaire, et à l'action de mandat si ses fonctions sont gratuites (aut, si gratuitam operam, mandati agere potest)¹¹. D'où il résulte que c'est seulement dans les relations entre le Capitaine et l'armateur et pour le seul cas de gratuité des fonctions, que l'idée de mandat se fait jour en cette matière, ce qui justifie la thèse exposée ci-dessus.

⁹ Ulpien, L. 1, §§ 7-14. Africanus, L. 7, pr., D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 1, § 18, D. h. t.

¹¹ *Eod.*

307. Mais il se peut que l'armateur soit sous la puissance d'autrui :

L. 2. Si is qui navem exercuerit, in alienâ potestate erit, ejusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro ejus gestum erit, in eum, in cujus potestate erit qui navem exercuerit, in solidum iudicium dabo.

Ulpien (Lib. 28, ad Ed.) L. 1, § 49, D. h. t.

Si l'armateur d'un navire est sous la puissance d'autrui, et si c'est par la volonté de celui-ci qu'on l'exploite, je donnerai action pour tout ce qui aura été fait avec le capitaine, contre celui sous la puissance duquel est l'armateur.

Il est en effet conforme aux principes que la responsabilité retombe sur celui dont la personne absorbe celle de l'armateur¹².

FORMULE

Judex esto. Quod A° A° cum Titio magistro (in patrem exercitoris : ejus navis, quam sciens, cum in potestate N° N° esset, voluntate N° N° exercebat) ejus rei causâ, in quam Titius navi præpositus fuit, negotium quo de agitur gessit, si paret (quidquid) ob eam rem Titium magistrum A° A° tot dare oportere (dare facere oportet), ejus Judex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.

§ 10. De Institoriâ actione.

308. Cette action est l'application plus générale de l'*actio exercitoria*.

L. un. Quod cum Institore gestum esse dicitur, ejus rei causâ cui propositus fuerit, adversus eum qui proposuit, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 28, ad Ed.) L. 1, 3, 5, pr. D. h. t.
Gaius, IV, 71.

S'il est dit qu'une affaire a été traitée avec un préposé, je donnerai action contre le préposant pour la chose traitée.

¹² Ulpien, L. 1, § 49-23, D. h. t.

Le Prêteur annonce qu'il donnera action contre le négociant, industriel, qui aura préposé un commis, facteur, agent, pour la gestion d'un établissement industriel ou commercial lui appartenant, à ceux qui auront traité avec le commis pour les affaires relatives à la mission dont il est chargé¹. Mais le patron n'est responsable qu'autant qu'il s'agit des affaires dont il a chargé son commis. C'est à ceux qui traitent avec lui à lui demander communication de ses pouvoirs : s'il a été préposé pour vendre et qu'il ait acheté et réciproquement, le patron n'est pas tenu ; il en serait de même si le commis avait traité dans certaines conditions qui lui étaient interdites².

Peu importe le sexe du commis, car on est dans l'usage de faire tenir des magasins et boutiques par des jeunes gens de l'un et l'autre sexe³.

Lorsque le négociant ne veut pas s'exposer à répondre des actes d'un préposé, à qui il retire sa mission, il doit l'annoncer publiquement⁴.

Mais par contre, l'Édit ne donne pas d'action au préposé contre les tiers qui ont traité avec son préposé, à moins qu'il n'ait pas d'autre moyen de recouvrer ce qui lui est dû⁵.

Si le préposé est chargé d'affaires communes à deux ou plusieurs patrons, l'action est donnée contre chacun d'eux *in solidum* ; et celui qui a payé peut se faire rembourser par ses coassociés, soit au moyen de l'action *pro socio*, soit par l'*actio communi dividundo*⁶.

Si c'est un pupille qui a préposé le commis, il ne sera

¹ Ulpian, L. 5, §§ 1-10. Paul, L. 18, D. h. t.

² Ulpian, L. 5, §§ 11. 12: L. 11, § 5, D. h. t.

³ Ulpian, L. 7, § 1. Gaius (Lib. 9, ad Ed. prov.), L. 8, D. h. t.

⁴ Ulpian, L. 11, §§ 2-4. Paul, L. 17, § 4, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 1. Gaius, L. 2, D. h. t.

⁶ Paul, L. 14, D. h. t.

obligé qu'autant qu'il aurait été autorisé par son tuteur⁷; pourtant l'action pourra être dirigée contre lui, mais seulement jusqu'à concurrence de ce dont il sera devenu plus riche⁸. Et, s'il s'agit d'un pupille succédant à celui qui avait préposé le commis, il est obligé, tant que le commis reste en fonctions, parce que les tuteurs doivent le révoquer, s'ils ne veulent pas de ses services⁹; car l'action *institoria* comme l'action *exercitoria* se donne pour et contre les héritiers; et elles sont perpétuelles¹⁰. Quant au mineur de vingt-cinq ans qui aurait préposé un commis, il sera responsable; toutefois il pourra obtenir la restitution en entier, mais en connaissance de cause¹¹.

FORMULE

Judex esto : Quod A^s A^s cum Titio, cum is institor illi tabernæ a N^o N^o præpositus esset, ejus rei causâ cui præpositus fuit, negotium quo de agitur gessit, quidquid ob eam rem Titium A^o A^o dare facere oportet (ex fide bonâ) ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 11. **Quod cum eo qui in alienâ potestate est negotium gestum esse dicetur.**

309. Au nombre des actions données contre quelqu'un du chef d'autrui, figurent celles qui proviennent des actes accomplis par les personnes que nous avons sous notre puissance. Si le contrat a été fait par le fils ou l'esclave sur l'ordre du père ou maître, l'action (*quod jussu*) est donnée contre celui-ci *in solidum*, comme dans le cas des

⁷ Ulpien, L. 9, D. h. t.

⁸ Gaius, L. 10, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 11, pr. Paul. L. 17, §§ 2, 3, D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 15, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 11, § 1, D. h. t.

actions *exercitoria* et *institoria*. Si, sans être fait par son ordre, il en a eu connaissance, ou ⁴ que l'acte ait tourné à son profit (*in rem verso*), l'action est donnée jusqu'à concurrence de la valeur des opérations ou du bénéfice qui en est résulté. A défaut d'autres conditions, l'action est donnée jusqu'à concurrence de la valeur du pécule¹, le père ou le maître mis, dans certains cas, au rang de simple créancier pour ce qui lui est dû (*Tributoria actio*).

L. un. In eum qui emancipatus aut exheredatus erit, quive se abstinuerit de hereditate ejus cujus in potestate, cum is moritur, fuerit; ejus rei nomine, quæ cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive suâ voluntate, sive jussu ejus in cujus potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium ejus in cujus potestate fuerit, ea res redacta fuerit; actionem, causâ cognitâ, dabo in id quod facere potest.

Ulpien (Lib. 29, ad Ed.) L. 2, pr. D. h. t.

Je donnerai, en connaissance de cause, action au sujet du contrat passé avec celui qui était alors sous la puissance d'autrui, soit qu'il ait agi de son propre mouvement ou d'après l'ordre de celui sous la puissance duquel il était, soit qu'il ait augmenté le pécule du contractant ou le patrimoine de celui sous la puissance duquel il était; et soit que le contractant ait été émancipé, exhéredé, ou qu'il ait renoncé à la succession de celui sous la puissance duquel il était.

L'action est donnée en connaissance de cause, et dès lors on doit examiner si, le fils ayant été émancipé, donné en adoption, ou institué pour une part moindre que sa légitime, il n'y a lieu de l'actionner que jusqu'à concurrence de ses facultés². Mais s'il a commis un délit ou s'il s'est rendu coupable de mauvaise foi, il sera actionné pour le tout³.

FORMULE

Judex esto. Si N^s N^s capite minutus (a patre exheredatus) non esset

¹ Gaius (Lib. 9, ad Ed., prov.). L. 1, D. h. t. Ulpien (Lib. 29, ad Ed.), L. 1, pr. D. de peculio (15.1).

² Ulpien, L. 2, § 1; L. 4, pr. D. h. t.

³ Ulpien, L. 4, §§ 1, 2; L. 6, D. h. t.

(se hereditate patris non abstinisset) tum si paret eum A° A° sestertium decem millia dare oportere, Judex, N^m N^m A° A°, duntaxat in id quod facere potest, c. s. n. p. a.

Il y a lieu de distinguer si le père ou maître a donné l'ordre de contracter (*quod jussu*); s'il a simplement constitué le pécule, en en laissant la libre administration au fils ou esclave (*de peculio*); s'il a bénéficié de leurs actes (*de in rem verso*); s'il a seulement connu le contrat (*tributoria actio*).

§ 12. Quod jussu.

310. Quand le père ou maître a donné à son fils ou esclave l'ordre de faire un acte juridique, il est juste qu'il en soit responsable; car c'est comme si le créancier avait contracté avec lui ¹.

L. un. Quod jussu domini vel patris gestum esse dicetur, de ea re adversus eum in solidum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 29, ad Ed.) L. 1, D. h. t.

S'il est dit que quelque chose a été fait par ordre du père ou du maître, je donnerai contre lui action pour le tout.

L'ordre est censé donné, lorsque le père ou maître s'est exprimé devant témoins, par lettre, de vive voix ou par message, soit qu'il s'agisse d'un contrat spécial ou de toute espèce d'affaires; mais il lui est toujours possible de le révoquer, avant qu'aucun contrat soit conclu ². Toutefois, cette action n'est pas donnée, quand le père ou maître empruntant une somme d'argent, ordonne de la compter au fils ou

¹ Ulpien (Lib. 29, ad Ed.), L. 1, pr. D. h. t.

² Ulpien, L. 1, §§ 1. 2, D. h. t.

esclave : il n'y a pas là ordre de contracter ; l'emprunteur est simplement soumis à la *condictio*, conséquence du *mutuum* ³. Il en est de même si le maître se porte fidéjusseur de son esclave : répondre pour quelqu'un, ce n'est pas lui donner l'ordre de s'engager. Le maître ne sera donc pas passible de l'*actio quod jussu* ; et il ne le serait même pas dans le cas où l'obligation, contractée par lui comme fidéjusseur, serait nulle ⁴ ; mais la ratification du contrat le soumettrait à l'action ⁵. Enfin, si, par l'ordre d'un tuteur ou curateur, on a contracté avec l'esclave d'un pupille ou d'un interdit qui ait profité du contrat, ou si par l'ordre du père ou du maître d'une femme, on a traité avec celle-ci, le créancier aura l'action contre le pupille ou le curateur de l'interdit et contre le père ou le maître de la femme ⁶.

FORMULE

Judex esto. Quod A^s A^s jussu Nⁱ Nⁱ cum Titio (servo), cum is in potestate Nⁱ Nⁱ esset, negotium q. d. a. gessit, quidquid ob eam rem Titium (servum, si liber esset) A^o A^o dare facere oportet (oporteret), ejus Judex. N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 13. De peculio et de in rem verso.

311. Le pécule est ce que l'esclave ou le fils de famille possède personnellement avec la permission de son maître ou de son père, déduction faite de ce qu'il peut lui devoir ¹. D'où il résulte que, pour avoir un pécule, il faut être *alieni*

³ Paul. L. 5, D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 1, § 5, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 1, § 6, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 1, § 9. Paul (Lib. 30. ad Ed.), L. 2, pr., § 1, D. h. t. Ulpien. L. 3, § 4, D. de peculio (15.1).

¹ Ulpien (Lib. 29. ad Ed.). L. 5, § 4. Celse, L. 6, D. de peculio (15.1).

juris ²; et que le pupille ou le furieux ne peut pas constituer un pécule à son esclave, puisqu'il faut de la part du maître un consentement ³.

Pour constituer le pécule, le maître doit se dépouiller de ce qu'il veut donner et dès lors il doit en faire tradition : tradition réelle si le maître détient la chose, tradition feinte (*naturalem dationem*) si elle est déjà entre les mains de l'esclave ⁴.

Le pécule peut comprendre toutes sortes de choses mobilières et immobilières; l'esclave peut avoir des esclaves (*vicarii*) et le pécule de ces esclaves, comme aussi des débiteurs obligés envers lui et ce que son propre maître peut lui devoir ⁵.

L'esclave a la libre administration de son pécule, tant que son maître consent à le lui conserver, et tant qu'il est vivant et présent ⁶.

A. Quelles sont les obligations qui donnent naissance à l'action *de peculio*, et dans quel cas est-elle donnée ?

B. Contre qui et dans quels délais cette action est-elle donnée ?

C. A qui est-elle donnée ?

D. Quel est l'objet de l'action *de peculio*, et quel en est l'effet ?

E. De l'estimation du pécule.

F. De l'actio *de in rem verso*.

A. 312. Quelles sont les obligations qui donnent naissance à l'action *de peculio*, et dans quels cas est-elle donnée ?

² Ulpian, L. 182, D. *de Verb. Sign.* (50.16).

³ Ulpian, L. 7, § 1; L. 3, § 3, D. *de peculio* (15.1).

⁴ Paul, L. 8. Pomponius, L. 4, § 1; L. 49, § 2. Florentinus, L. 39, D. *de peculio* (15.1).

⁵ Ulpian, L. 7, § 4, 6, D. *de peculio* (15.1).

⁶ Pomponius, L. 4. Ulpian, L. 24. Paul, L. 46, 48, D. *de peculio* (15.1).

L. 1^{re}. Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit, ejus rei in eum, cujus in potestate esset, quod non jussu ejus contractum sit, duntaxat de eo quod in peculio est, quodve dolo malo factum est quominus in peculio esset, quodve in rem patris dominive versum sit, et si quid præterea dolo malo patris dominive captus fraudatusque actor est, ... quanti ea res sit; *judicium dabo* ⁷.

Ulpien (Lib. 29, ad Ed.) L. 1, § 2; L. 36, D. *de peculio* (15.1). Ulpien (Lib. 28, ad Ed.) L. 3, § 5, D. *commodati* (13.6). Dioclétien et Maximien, L. 12, C. J. *quod cum eo qui in alienâ potestate est* (4.26). Gaius, L. 1, D. *quod cum eo* ... (14.5).

Si on a contracté avec quelqu'un qui est sous la puissance d'autrui, je donnerai action contre celui sous la puissance duquel était le contractant, s'il n'a pas agi par son ordre, jusqu'à concurrence seulement de ce qu'il y a dans le pécule, ou de ce que par dol on a empêché d'y entrer, ou de ce qui a tourné au profit du père ou du maître; et, si depuis le créancier se trouve lésé par le dol du père ou du maître; ... je donnerai action pour tout l'intérêt qu'il peut avoir.

Bien que l'Édit ne parle que d'une personne du sexe masculin, il est cependant admis que l'action est donnée à celui qui a contracté avec une femme soumise à la puissance d'autrui ⁸. Et quoique l'Édit promette une action à celui qui a contracté avec une personne qui est sous la puissance d'autrui, l'action pourrait être cependant donnée quand même elle n'y aurait pas été, par exemple si l'on a contracté avec l'esclave d'une succession vacante, avant qu'elle ait été acceptée ⁹. Mais si l'on a traité avec un fils de famille impubère ou un esclave, l'action n'est donnée contre le père ou le maître qu'autant que le pécule en est

⁷ Ce texte est emprunté à Rindorf (*loc. cit.*, § 105, p. 114), mais on en a retranché le passage relatif à l'*actio quod jussu*. S'il paraît constant que le Prêteur avait fondu ensemble les actions *de peculio* et *de in rem verso* (Justinien, Inst., iv. 7, § 4), rien n'indique qu'il leur ait joint l'*actio quod jussu*, pas plus que l'*actio tributoria*. Ces deux actions ont chacune un caractère particulier qui devait au contraire les laisser en dehors des responsabilités encourues relativement au pécule.

⁸ Ulpien, L. 1, § 3. Gaius (Lib. 9, ad Ed., prov.), L. 27, pr. D. *de peculio* (15.1).

⁹ Ulpien, L. 3, pr., § 1, D. *de peculio* (15.1).

devenu plus riche ¹⁰. Pour qu'il y ait lieu à l'action, il suffit que le contrat ait été conclu pendant que le contractant était *alieni juris*, quoique son effet ne se soit produit qu'après la cessation de la puissance ¹¹; et réciproquement, si un homme libre s'est donné en adrogation après avoir contracté, l'action ne peut être donnée contre l'adrogant ¹².

B. 313. Contre qui et dans quel délai cette action est-elle donnée?

L'action de pécule a lieu contre le maître, quand même il aurait défendu de traiter avec son esclave, mais on ne pourrait pas dans ce cas intenter contre lui l'*actio Institoria* ¹³, parce que la mission, donnée à l'*Institor*, prend fin par la défense du maître, tandis que le pécule ne cesse pas d'appartenir à l'esclave par l'avis de ne pas traiter avec lui.

314. L'*actio de peculio* n'est pas donnée indifféremment pour les mêmes causes contre le père ou le maître.

L'esclave n'oblige son maître relativement au pécule que lorsque ses actes sont relatifs à la gestion de son pécule, tandis que le père est toujours obligé, par rapport au pécule de son fils, par les actes de celui-ci ¹⁴. Ainsi, si un esclave se porte fidéjusseur pour quelqu'un, non pour une affaire qui regarde son pécule, mais comme tout autre pourrait le faire, ou n'aura pas l'action contre son maître ¹⁵; à moins que l'affaire n'ait tourné à son profit ¹⁶. Il en est autrement des actes du fils : s'il a fait un compromis, qui, consenti par un esclave, n'engagerait pas le maître

¹⁰ Ulpien, L. 1, § 4, D. *de peculio* (15.1).

¹¹ Paul, L. 61, D. *mandati vel contra* (17.1).

¹² Ulpien, L. 42, D. *de peculio* (15.1).

¹³ Gaius, L. 29, § 1, Paul, L. 47, pr. D. *de peculio* (15.1).

¹⁴ Ulpien, L. 3, § 9, D. *de peculio* (15.1).

¹⁵ Ulpien, L. 3, §§ 5, 6, 8, D. *de peculio* (15.1).

¹⁶ Paul, L. 47, § 1, D. *de peculio* (15.1).

tre ¹⁷, ou s'il a été condamné dans une cause qui n'aurait pas donné lieu à l'action de pécule contre le maître, le père sera passible de l'action. La question ne peut pas se poser pour le fils coupable d'un délit, parce que l'action de vol peut être dirigée directement contre le fils, et qu'on ne donne pas contre le père l'action de pécule à l'occasion des délits de son fils; tandis que, pour les délits d'un esclave, on la donne contre son maître, qui autrement s'enrichirait de ses méfaits ¹⁸.

315. Mais, dans certains cas, l'Édit impartit un court délai pour intenter l'action :

L. 2. Post mortem ejus, qui in alterius potestate fuerit, posteaquam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, duntaxat de peculio; et, si quid dolo malo ejus, in cujus potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno quo primum de ea re experiundi potestas erit, judicium dabo.

Ulpien (Lib. 29, ad Ed.) L. 1, pr. D. *quando de peculio actio analis est* (15.2).

Après la mort, l'émancipation, l'affranchissement ou l'aliénation de celui qui était sous la puissance d'autrui quand il a contracté, son créancier n'aura que l'action de pécule; et si par le dol de celui sous la puissance duquel il était, il arrive que l'action de pécule soit sans effet, je donnerai action contre lui dans l'année, pendant laquelle on aura pu agir.

L'*actio de peculio* est perpétuelle, tant que le fils ou l'esclave reste en puissance; mais, après la mort, l'émancipation, l'affranchissement ou l'aliénation, comme alors le pécule cesse d'exister (*extinguitur*), l'Édit assigne une durée limitée à l'action : une année ¹⁹. Mais il s'agit ici d'une année utile; si donc l'obligation était conditionnelle, l'année ne serait comptée que du jour de l'avènement de la condition ²⁰. Du reste, les dispositions de l'Édit n'ont rien

¹⁷ Ulpien, L. 3. §§ 10, 11. D. *de peculio* (15.1).

¹⁸ Ulpien, L. 58, D. *de reg. jur.* (50.17). Ulpien, L. 3, § 12. D. *de peculio* (15.1).

¹⁹ Ulpien (Lib. 29, ad Ed.). L. 1, § 1, D. *de in rem verso* (15.3).

²⁰ Ulpien, L. 1, § 2, D. *quando de peculio* (15.2).

de limitatif, elles s'appliquent à tous les cas où le fils ou esclave est sorti de la puissance du père ou maître ²¹.

L'*actio de peculio* n'est donnée que contre celui qui a le pécule : ainsi le légataire, à qui on aurait légué l'esclave sans son pécule n'y est pas soumis; l'action devrait dans ce cas être dirigée contre l'héritier ²². Si l'héritier a été chargé de remettre la succession à un fidéicommissaire, en retenant pour lui l'esclave et son pécule, il ne pourra pas opposer au créancier l'exception du Sénatus-consulte Trébellien qui décide que le fidéicommissaire est assimilé à l'héritier et que c'est à lui dès lors que le créancier doit s'adresser ²³.

Après la mort du fils, l'action, qui était perpétuelle quand il vivait, se prescrit par une année; et si l'esclave est prisonnier de guerre, la prescription est interrompue, tant qu'on peut penser qu'il reviendra pour profiter du *jus postliminii* ²⁴. Tant que l'action n'est pas prescrite, le pécule continue d'exister, bénéficiant des augmentations et souffrant des diminutions qui peuvent survenir ²⁵.

C. 316. A qui l'action est-elle donnée ?

L'*actio de peculio* compète à tout créancier qui a contracté avec l'esclave ou le fils de famille, contre celui sous la puissance duquel il était au moment du contrat. Ainsi l'ancien maître de l'esclave lui a prêté de l'argent après l'avoir vendu ; il a contre l'acquéreur l'action, sans que celui-ci lui fasse déduire la valeur du pécule qui lui est resté ²⁶. Mais le maître, qui a vendu son esclave, ne peut pas intenter l'action contre l'acheteur, à raison de ce

²¹ Ulpien, L. 1, §§ 4, 5, 6, 7, D. *quando de peculio* (15.2).

²² Ulpien, L. 1, § 7, D. *quando de peculio* (15.2).

²³ Ulpien, L. 1, § 8, D. *quando de peculio* (15.2).

²⁴ Paul (Lib. 30, ad Ed.), L. 2, pr., § 1, D. *quando de peculio* (15.2).

²⁵ Pomponius, L. 3, D. *quando de peculio* (15.2).

²⁶ Africanus, L. 38, § 3, *de peculio* (15.1).

que cet esclave lui doit²⁷, car il est censé payé par le pécule qui est resté entre ses mains; et les héritiers du maître n'ont pas plus que lui le droit d'intenter l'action, après l'aliénation de l'esclave²⁸. Non seulement tout créancier peut intenter l'action contre le maître qui a vendu son esclave, pour l'obligation contractée par l'esclave avant la vente, mais elle compète à l'acheteur qui aurait eu l'esclave pour débiteur, avant d'en être propriétaire²⁹.

D. 317. Quel est l'objet de l'action *de peculio* et quel en est l'effet ?

Le père ou maître n'est pas ici obligé comme dans le cas de l'action noxale. Il ne peut pas refuser de répondre, il est obligé de se défendre comme s'il s'agissait vis-à-vis de lui d'une action personnelle³⁰.

Si l'esclave, avec lequel on a contracté, appartient à plusieurs maîtres, on peut diriger l'action contre l'un d'eux pour le tout; et elle portera sur l'ensemble des pécules qui se trouveront aux mains des différents maîtres; sauf à celui, qui est poursuivi, à se faire rembourser par les autres ce qu'il aurait payé au delà de sa part³¹. Mais si l'action est intentée contre celui qui est héritier pour partie du père ou maître, il ne doit être condamné que relativement à la portion du pécule dont il a hérité; et si l'esclave était lui-même institué héritier pour partie, il ne pourrait être actionné que pour sa part dans le pécule; mais, s'il s'agit d'un fils de famille, institué aussi pour partie, il sera actionné pour le tout, mais il pourra se faire céder les droits du créancier contre ses cohéritiers³².

²⁷ Gaius, L. 27, §§ 4, 7, *de peculio* (15.4).

²⁸ Scévola, L. 54, 58, D. *de peculio* (15.4).

²⁹ Paul, L. 47, § 4. Gaius, L. 27, § 6, D. *de peculio* (15.4).

³⁰ Ulpien, L. 21, § 4, D. *de peculio* (15.4).

³¹ Gaius, L. 27, § 8. Julien, L. 37, § 2, D. *de peculio* (15.4).

³² Ulpien, L. 30, §§ 1, 2, 3. Julien, L. 28, D. *de peculio* (15.4).

318. Le pécule est le gage des créanciers qui ont traité avec le fils ou l'esclave. Le père ou maître ne pourrait pas repousser l'action en se fondant sur ce qu'il n'y a rien dans le pécule, car jusqu'au jugement il peut acquérir quelque chose. On attendra donc l'époque du jugement pour estimer sa valeur³³; et si le fils ou l'esclave meurt avant la fin de l'instance, on regardera comme composant le pécule ce qu'il possèdera à ce moment³⁴.

Si un esclave a des débiteurs, son maître n'est pas condamné à payer à ses créanciers les sommes qui peuvent lui être dues; mais il doit leur offrir de leur transporter les actions contre ces débiteurs³⁵.

Un père n'a pas le droit de s'approprier les choses qui composent le pécule de son fils, ni de son vivant, ni après sa mort. S'il le faisait, il se constituerait débiteur, et s'il niait l'avoir fait, il courrait le risque d'être condamné pour dol vis-à-vis des créanciers de son fils³⁶. Car le Prêteur considère comme faisant partie du pécule, tout ce qui ne s'y trouve pas par suite du dol du père ou maître; et on présume la mauvaise foi, lorsque le maître a enlevé quelque chose du pécule de son esclave³⁷, ou s'il a vendu l'esclave après l'introduction de l'instance; dans ce cas le maître sera condamné à payer le créancier non seulement sur le pécule qui lui est resté, mais sur celui que l'esclave a pu acquérir chez son nouveau maître³⁸. Mais, si le maître avait payé un autre créancier que celui qui se présente, il ne serait pas responsable de la disette du pécule³⁹. Le

³³ Ulpian, L. 30. pr. D. *de peculio* (15.1).

³⁴ Tryphoninus, L. 57, pr. D. *de peculio* (15.1).

³⁵ Scévola, L. 51. D. *de peculio* (15.1).

³⁶ Paul, L. 49, D. *de in rem verso* (15.3).

³⁷ Ulpian, L. 21, pr. D. *de peculio* (15.1).

³⁸ Paul, L. 43, D. *de peculio* (15.1).

³⁹ Ulpian, L. 21, pr., *in fine*. D. *de peculio* (15.1). Paul, L. 52. *eod. quia occupantis melior solet esse conditio quam ceterorum*.

pupille lui-même et l'interdit ne sont pas à l'abri de cette responsabilité, lorsque les fonds du pécule ont été divertis par le dol du tuteur ou curateur, quand le tuteur ou curateur est solvable, et surtout si le pupille ou l'interdit a bénéficié de ce détournement ⁴⁰; mais l'acheteur n'est tenu du dol de son vendeur, et l'héritier du dol du *de cuius* que jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité (*nisi in id quod ad se pervenit* ⁴¹); à moins qu'il y ait dol de la part de l'héritier, auquel cas il est condamné pour le tout ⁴².

E. De l'estimation du pécule.

319. Le pécule ne s'estime que déduction faite de ce qui est dû au maître, parce que le maître est présumé avoir le premier traité avec son esclave ⁴³. Si le créancier d'un esclave devient héritier de son maître, il doit déduire sur le pécule ce qui lui est dû, s'il est actionné par d'autres créanciers. Il en sera de même si l'esclave a été légué purement et simplement, car le légataire sera présumé avoir pris les devants, s'être actionné et payé lui-même le premier, bien qu'il n'ait jamais eu le domaine de cet esclave ⁴⁴.

Nous avons vu ⁴⁵ que, lorsque l'esclave a plusieurs maîtres, l'action peut être dirigée contre l'un d'eux *in solidum* et qu'elle portera sur l'ensemble des pécules. Par contre on déduira du pécule de l'esclave ce qu'il peut devoir aux autres maîtres ⁴⁶.

Il va de soi que le maître doit déduire ce que son esclave lui devra soit en vertu d'un contrat, soit par suite

⁴⁰ Ulpian, L. 21, § 1, D. *de peculio* (15.1).

⁴¹ Ulpian, L. 21, § 2; L. 30, § 7, D. *de peculio* (15.1).

⁴² Paul, L. 31, D. *de peculio* (15.1).

⁴³ Ulpian, L. 9, § 2, D. *de peculio* (15.1).

⁴⁴ Ulpian, L. 9, § 5, D. *de peculio* (15.1).

⁴⁵ *Supra*, N° 317, note 31.

⁴⁶ Ulpian, L. 11, § 9; L. 13, 15. Julien, L. 12, 14, 16, D. *de peculio* (15.1).

d'un reliquat de compte, ou à cause d'un délit, d'un vol par exemple, ou parce qu'il a géré ses affaires, ou parce qu'il a promis de payer à son maître ce que lui devait un de ses débiteurs, ou parce que le maître s'est obligé à payer une somme pour l'esclave, ou parce que le maître a été obligé de donner à un voisin la caution *damni infecti* pour une maison comprise dans le pécule de l'esclave ⁴⁷. Mais le maître peut-il déduire sur le pécule de son esclave en chef, ce qui lui est dû par les esclaves placés sous ses ordres (*vicarii*)? Oui, mais jusqu'à concurrence seulement de la valeur du pécule du *vicarius* débiteur ⁴⁸.

320. Le droit du maître ou père de déduire sur le pécule ce qui lui est dû, cède devant les créances privilégiées. Si un fils de famille ou un esclave, qu'on croyait libre, a géré une tutelle, le pupille qui intentera l'action *de peculio* contre le père ou le maître, sera préféré à celui-ci. Si un fils est débiteur d'une dot, le créancier de la dot sera préféré à son père. Dans ces divers cas, on fera donner caution aux créanciers qui se présenteraient les premiers de rendre ce qu'ils recevraient, afin de sauvegarder les droits des créanciers privilégiés ⁴⁹.

321. Dans les contrats de bonne foi, ce n'est pas seulement sur le pécule que le maître ou le père peut être actionné, mais *in solidum* : par exemple si une dot a été donnée au fils qu'il a sous sa puissance ; si une somme d'argent a été déposée entre les mains de ce fils ou d'un esclave. Dans ce cas on a contre le père ou le maître non seulement l'action *de peculio* et l'action *de in rem verso*,

⁴⁷ Ulpien, L. 9, §§ 6. 8. Pomponius, L. 49, § 1. Paul. L. 56. Ulpien, L. 11, § 1. Pomponius, L. 22, D. *de peculio* (15.1).

⁴⁸ Voir Ulpien. L. 17. Paul, L. 18. Africanus, L. 38, § 2, D. *de peculio* (15.1).

⁴⁹ Paul. L. 52, pr. § 1. D. *de peculio* (15.1).

mais on y ajoute la formule : *et si quid dolo malo domini (patris) captus fraudatusque actor est* ⁵⁰.

F. De l'action *de in rem verso*.

322. Il peut arriver qu'il n'y ait rien dans le pécule ou qu'il soit insuffisant; ou bien le maître a, sans mauvaise foi, retiré le pécule à son esclave; ou bien encore la mort de l'esclave a anéanti le pécule; les créanciers sont alors forclos. Mais si le contrat consenti par l'esclave a tourné au profit du maître ou du père, il est tenu jusqu'à concurrence de ce profit, comme s'il avait lui-même contracté ⁵¹.

322 (bis). Quand la dette, contractée par le fils ou l'esclave sera-t-elle censée avoir tourné au profit du père ou maître? Dans tous les cas où un mandataire aurait l'action *mandati*, dans tous les cas où celui qui aurait géré les affaires du maître à son insu aurait l'action *negotiorum gestorum*. Il faut donc que l'argent emprunté ait été employé à des dépenses utiles. Si, à moins d'en avoir reçu l'ordre de son maître, l'esclave a fait faire des réparations voluptuaires ou que le maître n'aurait pas faites, s'il a acheté des choses de luxe, tels que des parfums, l'action ne sera pas donnée; car on n'examine pas alors si ces dépenses ont tourné au profit du maître; mais si l'argent a été employé à ses affaires, comme s'il a été acheté du blé pour nourrir les esclaves ou des vêtements pour les habiller ⁵².

Ainsi il faut que le fils ou l'esclave ait géré utilement les affaires du père ou du maître. Le fils qui paye un créancier de son père ou qui se charge de défendre à une action intentée contre lui et est condamné, est censé employer utilement les sommes qu'il paye de ces chefs ⁵³. Il en serait de même, si le fils avait emprunté de l'argent

⁵⁰ Ulpien, L. 36. Africanus, L. 38, pr. D. *de peculio* (15.4).

⁵¹ Ulpien (Lib. 29, ad Ed.), L. 1, pr. § 1. D. *de in rem verso* (15.3).

⁵² Ulpien, L. 3, §§ 2-9, D. *de in rem verso* (15.3).

⁵³ Ulpien, L. 40, §§ 1-3, D. *de in rem verso* (15.3).

pour le donner en dot à sa sœur ; car le père aurait le droit de demander la restitution de la dot, en cas de dissolution du mariage ; ou bien s'il avait constitué une dot à sa propre fille avec la somme empruntée, car il a fait ce que son père aurait dû faire, à moins que le père ne fût pas dans l'obligation de donner une dot à sa petite fille⁵⁴.

Il faut de plus que le fils ou l'esclave ait eu l'intention d'obliger son père ou son maître ; s'il a agi soit *dandi animo*, soit pour se libérer, il n'y a pas lieu à l'action⁵⁵.

323. L'action *in rem verso* compète à tout créancier du fils ou de l'esclave, dont les fonds, empruntés par l'un ou l'autre, ont tourné au profit du père ou du maître⁵⁶. Mais, entre les créanciers il n'y a pas de concours ; la préférence est accordée au plus diligent⁵⁷ ; et le créancier n'a droit qu'à ce qui a réellement tourné au profit du maître ou du père⁵⁸.

FORMULES

(Durante potestate.)

Judex esto. Quod A^s A^s cum Titio (cum servo illo) cum is in potestate Nⁱ Nⁱ esset, negotium q. d. a. gessit, quidquid ob eam rem Titium (servum si liber esset) A^o A^o dare facere oportet (oporteret) ex fide bonâ ejus Judex, N^m N^m duntaxat quantum in peculio est, dolo malo Nⁱ Nⁱ in hoc anno factum est quominus in peculio esset, quodque in rem Nⁱ Nⁱ versum est, et si quid præterea dolo malo Nⁱ Nⁱ captus fraudatusve A^s A^s sit, A^o A^o c. s. n. p. a.

(Solutâ potestate.)

De peculio et in rem verso actio cum exceptione annali extra quàm si plus quàm annus est quo primum A^o A^o de eâ re experiundi potestas fuit.

⁵⁴ Paul. L. 17, D. de Sen. cons. Macedoniano (14.6). Ulpian, L. 7, § 5. Paul, L. 8. Javolenus, L. 9, D. de in rem verso (15.3).

⁵⁵ Ulpian, L. 7, pr. D. de in rem verso (15.3).

⁵⁶ Neratius, L. 48. Ulpian, L. 3, § 10. D. de in rem verso (15.3).

⁵⁷ Gaius (Lib. 9, ad Ed., prov.). L. 4, D. de in rem verso (15.3).

⁵⁸ Ulpian, L. 40, § 4. Africanus, L. 17, § 1. Ulpian, L. 40, § 5. D. de in rem verso (15.3).

N. B. 324. Une exception a été apportée à ces règles, relativement au fils de famille, par le Sénatus-consulte Macédonien, rendu sous Claude et renouvelé sous Vespasien⁵⁹.

Ce Sénatus-consulte, dont Ulpien nous a conservé le texte⁶⁰, décide que celui, qui a prêté de l'argent à un fils de famille n'en peut exiger de lui le remboursement, même après la mort de son père, sous la puissance duquel il était au moment du prêt. Il donne ainsi une exception qui pourra toujours être opposée au créancier.

C'est donc une exception, créée à propos d'un *mutuum*, et dès lors, les exceptions étant de droit étroit, le fils de famille ne peut pas invoquer le Sénatus-consulte, s'il s'agit d'une vente, d'un loyer ou de tout autre contrat; ou si, pour faire fraude au Sénatus-consulte, on lui prête des denrées afin qu'il les vende et se procure ainsi de l'argent⁶¹. Du reste ces dispositions s'appliquent également au petit-fils qui est avec son père sous la puissance de son aïeul⁶².

Bien que le Sénatus-consulte ne parle que du fils de famille autorisé à opposer l'exception, peuvent néanmoins y recourir le père et les héritiers du père ou du fils⁶³, ainsi que le fidéjusseur qui a garanti la dette⁶⁴.

L'exception peut être opposée en tout état de cause, même après condamnation, à l'effet de s'opposer à l'exécution de la sentence⁶⁵. Mais, si un tel contrat n'entraîne pas d'obligation civile, il en résulte une obligation natu-

⁵⁹ Pothier, *Pandectes*, 14, 6. Tacite, *Annales*, XI. 13. Suétone, *Vespasien*, II.

⁶⁰ Ulpien (Lib. 29, ad Ed.), L. 1. pr. D. de Sen. cons. *Macedoniano* (14. 6).

⁶¹ Ulpien, L. 3. § 3; L. 7, §§ 1. 3, D. de Sen. cons. *Macedoniano* (14. 6).

⁶² Julien, L. 14, D. de Sen. cons. *Macedoniano* (14. 6).

⁶³ Ulpien, L. 7, § 10, D. de Sen. cons. *Macedoniano* (14. 6).

⁶⁴ Ulpien, L. 9, § 3, D. *eodem*.

⁶⁵ Ulpien, L. 11, D. *eodem*.

§ 13. D. DE SENATUSCONSULTO MACEDONIANO (14.6). 313
relle; et dès lors ce qui a pu être remboursé n'est pas sujet à répétition ⁶⁶.

Ces dispositions protectrices sont considérées comme étant d'ordre public, et dès lors le fils de famille ne peut pas y renoncer d'avance. Seulement il est des cas où le bénéficiaire lui en est refusé: Si, devenu *Sui juris* (*paterfamilias factus*) il a reconnu la dette, s'il en a payé une partie, ou donné un gage ⁶⁷; ou bien s'il a un pécule castrens, il pourra être actionné jusqu'à concurrence de ce pécule; et, environ 60 ans après l'Édit perpétuel, en l'année 194 l'empereur Célius Pertinax (L. 1. C. J. ad. Sen. cons. *Macedonianum*, 4.28) décida que l'exception serait refusée au fils qui se serait frauduleusement fait passer pour être *Sui juris*.

Le père ne peut pas invoquer le Sénatus-consulte, s'il a ordonné de prêter à son fils, s'il a ratifié le prêt ⁶⁸. Son exception ne sera pas admise non plus, si la somme empruntée a tourné à son profit ⁶⁹.

Pour que l'exception puisse être opposée au créancier, il faut qu'il ait agi sciemment. S'il avait eu toutes raisons de croire que l'emprunteur était *sui juris*, on ne pourrait pas repousser sa demande en invoquant les dispositions du Sénatus-consulte ⁷⁰. D'un autre côté, lorsqu'un fils de famille emprunte une somme pour payer une dette à l'occasion de laquelle il peut être légitimement poursuivi, le prêteur n'a pas à craindre qu'on lui oppose l'exception ⁷¹.

Enfin que décider si le prêteur est mineur et s'il a

⁶⁶ Ulpien, L. 9, §§ 4, 5. Paul (Lib. 30. ad Ed.). L. 10. D. *eodem*.

⁶⁷ Ulpien, L. 7, § 16; L. 9. pr. D. *eodem*.

⁶⁸ Paul, L. 12. Ulpien, L. 7, § 15, *eodem*.

⁶⁹ Ulpien, L. 7, § 5, D. *de in rem verso* (15.3). Ulpien, L. 7, § 12, D. *de Sen. cons. Macedoniano* (14.6).

⁷⁰ Ulpien, L. 3, pr. Pomponius, L. 19, D. *de Sen. cons. Macedoniano* (14.6).

⁷¹ Ulpien, L. 7, § 14. D. *eodem*.

prêté soit à un mineur, soit à un fils de famille majeur ? S'il a prêté à un majeur, l'intérêt du mineur, toujours si respectable, le fera préférer. S'il a prêté à un mineur, Paul, qui prévoit le cas, donne une solution qui semble indiquer qu'on doit préférer celui qui cherche à éviter une perte à celui qui s'enrichirait, si on refusait à son adversaire le bénéfice du Sénatus-consulte ⁷².

§ 14. De Tributória actione.

325. En principe, le père ou le maître n'est responsable des contrats faits par le fils ou l'esclave, que jusqu'à concurrence du pécule, déduction faite de ce qui peut lui être dû ; mais lorsqu'il sait que le fils ou l'esclave a fait du commerce avec tout ou partie de son pécule, il pourra être attaqué jusqu'à concurrence de la valeur du fond de commerce (*quidquid in his mercibus erit*) et du bénéfice qui en sera provenu (*quodque inde receptum erit*), valeur et bénéfice qui seront partagés, proportionnellement aux créances, entre le père ou le maître, à qui il serait dû quelque chose, et les autres créanciers ; et, comme il est permis au père ou maître de faire la distribution de ce fonds de commerce et des bénéfices, l'action est donnée à celui des créanciers qui prétend avoir reçu moins qu'il ne lui est dû ¹. Tel est le but de l'Édit.

L. 1. Si in peculiari merce quis negotiatus fuerit, sciente eo in cuius est potestate, pro eâ merce is, qui eum habet in potestate cui ali-

Si quelqu'un a fait du commerce avec tout ou partie de son pécule, au vu et su de celui sous la puissance duquel il est, celui, qui l'a

⁷² Ulpien. L. 11. § 7. Paul, L. 34. D. de minoribus (4.4).

¹ Gaius, IV, 72. Ulpien (Lib. 29, ad Ed.), L. 5, § 11, 14. Julien, L. 12, D. h. t.

quid debetur, cum aliis creditoribus in tributum vocabitur.

Ulpien (Lib. 29, ad Ed.) L. 1, pr. D. de *tributoria actione* (14.4).

en sa puissance et à qui il est dû quelque chose, sera appelé à venir par contribution (au marc le franc) avec les autres créanciers.

Ainsi le père ou maître est passible de l'action, quand il a eu connaissance des opérations commerciales, alors même qu'il n'en resterait rien dans le pécule¹. Si le fils ou l'esclave a plusieurs commerces, ou plusieurs boutiques pour le même commerce, et des créanciers pour chaque branche de commerce, ou qui aient contracté pour la vente dans les boutiques, la contribution doit se faire séparément entre le père ou maître et ces divers créanciers².

Le demandeur doit choisir entre l'action *tributoria* et l'action de *peculio*; en agissant avec l'une, il renonce par cela même à l'autre; à moins qu'il n'intente l'action *tributoria* pour une cause et l'action du *peculio* pour une autre³. Quant au père ou maître, il peut se soustraire aux conséquences de l'action, en abandonnant le pécule; souvent, dans ce cas, le Préteur nomme un arbitre pour procéder à la liquidation⁴.

326. Mais l'un de ceux qui doivent contribuer peut faire que la contribution soit inégale :

L. 2. Si cujus dolo malo factum sit quominus ita tribueretur; quanto minus tributum erit quam debuerit, eum præstare cogam.

Ulpien (Lib. 29, ad Ed.) L. 7, § 2, D. h. t.

S'il arrive que par son dol quelqu'un contribue moins qu'il n'aurait dû le faire, je le forcerai à faire la prestation qui aurait dû lui être imposée.

326 bis. Cette action est perpétuelle. Elle se donne contre l'héritier, au moins jusqu'à concurrence de ce qu'il

¹ Ulpien, L. 1, § 2, D. h. t.

² Ulpien, L. 5, §§ 15, 16, D. h. t.

³ Ulpien, L. 9, § 1, D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 7, § 1, D. h. t.

a touché ⁶; mais elle serait donnée contre lui sans restrictions, s'il s'était personnellement rendu coupable de dol, comme s'il avait cherché les moyens de n'être pas forcé à subir la contribution ⁷.

326 (ter). *L'actio tributoria* est tout à la fois plus avantageuse et moins favorable aux créanciers que l'*actio de peculio*. Celle-ci peut faire obtenir aux créanciers le pécule tout entier; mais celle-là prive le père ou maître du privilège de prélever ses créances, en le forçant de contribuer proportionnellement avec les autres créanciers.

FORMULE

Judex esto. Si paret A^m A^m cum Lucio Titio, sciente N^o N^o cujus in potestate Lucius Titius tum fuit, peculiaris mercis nomine negotiatum esse, quando ex ea merce quodquod eo nomine receptum est dolo malo Nⁱ Nⁱ minus tributum est quàm ex Edicto Prætoris tribui oportet, tantam pecuniam, Judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

327. Le principe que le père ou maître est responsable, jusqu'à concurrence du bénéfice qu'il a fait, de tout acte accompli par le fils ou esclave et qui a tourné à son profit, ce principe a été généralisé. Déjà, du temps des Jurisconsultes classiques, on l'appliquait à toute espèce de *in rem verso*, alors même que les personnes n'étaient pas unies par les liens de la puissance paternelle ou dominicale ⁸. Puis cette doctrine a été définitivement consacrée par les empereurs Dioclétien et Maximien qui exigèrent pour la responsabilité du commettant que la chose eût tourné à son profit (*nisi in rem ejus pecunia processit*), ou qu'il eût ratifié le contrat ⁹.

⁶ Ulpien, L. 7, § 5. Julien. L. 8. D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 9, § 2, D. h. t.

⁸ Papinien, L. 31, pr. D. *de negotiis gestis* (3. 5).

⁹ Dioclétien et Maximien, L. 7, § 1, C. J. *quod cum eo...* (4. 26).

N.B. Ces actions, ainsi que nous l'avons dit, ont reçu des commentateurs le nom d'*actiones adjectiviæ qualitatis*, parce qu'elles supposent une autre action résultant du contrat passé par l'*Institor*, le fils ou l'esclave; et que, s'il s'agit d'une vente, par exemple, le négociant, le père ou le maître sera poursuivi par l'*actio venditi*, qui prendra le nom d'*Institoria*, *Exercitoria*, de *peculio*, de *in rem verso*,... selon que l'intermédiaire aura contracté dans des conditions qui donnent lieu à ces actions ¹⁰.

§ 15. De deposito.

328. Le dépôt est un contrat par lequel une personne remet une chose à une autre qui s'oblige à la garder gratuitement et à la rendre ¹.

On distingue deux espèces de dépôt : le dépôt volontaire, résultat d'une convention (*depositum voluntarium*), et le dépôt nécessaire, c'est-à-dire forcé par un événement imprévu (*depositum necessarium* ou *miserabile*).

L. un. Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causâ depositum sit, in simplum; ex earum autem rerum, quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum, in duplum; in heredem ejus, quod dolo malo ejus factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum; quod ipsius, in duplum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 30, ad Ed.) L. 1, § 1, D. *depositi vel contra* (16.3).

Lorsqu'un dépôt sera fait hors des cas de tumulte, d'incendie, de ruine, de naufrage, je donnerai contre le dépositaire action au simple; je donnerai action au double, quand il sera fait dans les cas ci-dessus exprimés; je la donnerai au simple contre l'héritier de celui par le dol duquel le déposant souffre un préjudice; je la donnerai au double, si c'est par le dol de l'héritier lui-même.

¹⁰ Paul, L. 5, § 1, D. *de exercitoria actione* (14.1)... *hoc edicto non transfertur actio sed adjicitur*.

¹ Ulpien (Lib. 30, ad Ed.). L. 1, pr. D. *depositi vel contra* (16.3). — Le dépôt était aussi nommé *Commendatum* : *Commendare nihil aliud est quam deponere*. Ulpien (Lib. 30, ad Ed.), L. 186, D. *de Verb. Sign.* (50.16).

Les conditions essentielles à la validité du contrat sont : 1° le dépôt par l'une des parties d'une chose chez l'autre partie, c'est-à-dire *re contrahitur obligatio* ; 2° une convention par laquelle le dépositaire s'engage à garder la chose gratuitement et à la rendre au déposant.

Le dépositaire doit garder gratuitement. La gratuité est de l'essence de ce contrat. Si le dépositaire recevait un salaire, stipulé pour la garde de la chose, ce serait un louage, ou un contrat innomé³. Toutefois le contrat ne cesserait pas d'être un dépôt, si le dépositaire avait reçu une gratification, non à titre de salaire (*non quasi mercedem*), mais à titre de remerciement pour le service rendu⁴.

Le dépositaire doit garder la chose, mais sans que cette obligation implique l'idée de *custodia*. Sans doute, puisqu'il doit garder la chose, son devoir est de veiller sur elle ; mais non avec la sollicitude d'un bon père de famille⁵ ; car le dépôt n'étant pas fait dans son intérêt, il ne répond que de son dol (*in eo solo tenetur, si quid dolo perierit*) ; il n'est même pas responsable de sa négligence, parce que celui qui confie la garde de sa chose à un ami négligent, ne doit s'en prendre qu'à lui-même de son insuccès, à moins que la négligence ne soit de telle nature qu'elle puisse être considérée comme un véritable dol⁶, ou tellement grossière que le dépositaire semblerait n'avoir pas su ce que tout le monde sait⁶, et n'avoir pas même apporté les soins dont il est capable⁷. Du reste le dépositaire répond de toute faute, lorsqu'il s'est offert lui-même

³ Ulpian, L. 1, §§ 8, 10, D. h. t.

⁴ Ulpian, L. 2, § 24, D. *vi bonorum raptorum* (47.8).

⁵ Gaius, III, 207.

⁶ Gaius, IV, 182. Julien, L. 1. Ulpian, L. 6. § 6. D. *de his qui notantur infamia* (3.2). Modestin, *Collatio legum Mos.*, X, 2. 4. Gaius, L. 1, § 5. D. *de oblig. et act.* (44.7).

⁶ Ulpian, L. 213. § 2. Paul, L. 223, pr. D. *de Verb. Sign.* (50.16).

⁷ Celse, L. 32, D. *depositi vel contra* (16.3).

à garder la chose; il ne répond cependant pas des cas fortuits, à moins de convention à cet égard⁸. Mais les parties ne pourraient pas convenir que le dépositaire ne répondrait pas de son dol⁹.

Le dépositaire ne peut pas se servir de la chose qui lui est confiée; en le faisant, il se rend coupable d'un *furtum usus*¹⁰. De plus; cet usage de la chose déposée changerait les conditions et la nature du contrat : le dépositaire serait alors tenu du cas fortuit¹¹; et le dépôt se transformerait, suivant les circonstances, en *mutuum*, en *commodat*, en louage¹².

La principale obligation du dépositaire est la restitution *in specie* de la chose déposée, alors même que ce serait une certaine quantité d'argent monnayé, parce que le déposant conserve non seulement la propriété, mais la possession¹³. Que si le dépositaire avait déposé la chose entre les mains d'un tiers qui en eût abusé par dol, il devrait transporter au déposant ses actions contre ce tiers¹⁴.

Alors même qu'un terme aurait été convenu, la chose doit être restituée dès que le déposant la demande, parce que le terme est présumé stipulé dans l'intérêt du déposant¹⁵; et la restitution doit se faire au lieu où elle se trouve, pourvu qu'il n'y ait pas dol, quel qu'ait été le lieu où elle a été déposée¹⁶; mais les accessoires de la chose (on ne sait trop pourquoi) ne sont pas compris dans le dépôt :

⁸ Ulpien, L. 1, § 35, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 1, § 7, D. h. t.

¹⁰ Paul, L. 29, pr. D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 1, § 25, D. h. t. Paul, *Collatio legum Mos.*, X, 7, 10.

¹² Ulpien, L. 1, § 9. Paul, L. 26, § 1, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 1, § 41. Papinien, L. 24. Ulpien, L. 1, § 36. Florentinus, L. 17, § 1, D. h. t. Suprà, n° 298.

¹⁴ Africanus, L. 16, D. h. t. Paul, II, 12, 8.

¹⁵ Ulpien, L. 1, § 45, D. h. t.

¹⁶ Pomponius, L. 12, § 1, D. h. t.

par exemple les vêtements d'un esclave, le licou d'un cheval et probablement le harnais qui est son vêtement ¹⁷.

Le dépôt doit être restitué au déposant lui-même, alors même que la chose ne lui appartiendrait pas. Cette règle, fondée sur le principe : *res inter alios acta aliis nec prodest, nec nocet*, est-elle applicable au voleur? Oui, d'après la rigueur du droit civil, et Ulpien en donne cette pauvre raison : *nam interest eorum eo quod teneantur* ¹⁸, comme si le propriétaire ne pouvait pas toujours revendiquer; non, suivant les principes du droit des gens, parce que la bonne foi est la règle supérieure de tous les contrats, à moins que le propriétaire ne se présente pas pour faire sa revendication ¹⁹.

Le dépositaire ne peut, sous aucun prétexte, se refuser à restituer la chose déposée, alors même qu'il serait créancier du déposant, parce que celui-ci en a conservé la propriété et la possession, et que, dit Justinien ²⁰, le dépositaire n'a pas reçu la chose sous la condition qu'il aurait le droit de la retenir comme paiement de ce qui lui est dû. Quelques auteurs ont pensé que c'était une réforme accomplie par Justinien et que dans l'ancien droit le dépositaire avait dans ce cas le droit de rétention. Il est difficile d'accueillir cette opinion, en présence du texte où Modestin accorde au déposant l'*actio furti* contre le dépositaire, qui se trouve dans l'impossibilité de restituer la chose, quoiqu'il eût intérêt à la retirer en raison des dépenses qu'il a faites à son occasion (*quamvis..... intersit ob impensas in*

¹⁷ Ulpien, L. § 5, D. h. t.

¹⁸ Ulpien, L. 1, § 39, D. h. t.

¹⁹ Tryphoninus, L. 31, § 1, D. h. t. — Ulpien et Tryphoninus s'appuient tous deux sur l'opinion de Marcellus qui, tronquée dans le fragment d'Ulpien, serait incompréhensible sans les développements qu'heureusement on trouve dans le fragment de Tryphoninus.

²⁰ Justinien, L. 11, C. *depositi vel contra* (4. 34) et voir Justinien, L. 14, pr. C. *de compensationibus* (4. 31).

rem factas rem retinere)²¹. Le mot *intersit* exprime l'idée d'intérêt, d'importance, mais nullement l'idée d'un droit. Sans doute, à l'époque des Jurisconsultes classiques, le droit cherchait encore sa voie, mais les Jurisconsultes de cette grande époque l'éclairaient en posant rigoureusement les principes. Si Justinien a cru devoir formuler aussi énergiquement sa défense, c'est que pendant la période de confusion et de décadence qui l'a précédé, le principe contraire avait été probablement appliqué.

Si dans le cas du dépôt nécessaire, le dépositaire n'opère pas la restitution, le Préteur donne contre lui l'action au double, et de plus, condamné pour dol, il est noté d'infamie²². Il en est de même de l'héritier, quand c'est par son dol que la chose ne peut pas être restituée; dans ce cas l'action est donnée contre lui *in solidum*²³. Autrement elle n'est donnée contre lui que pour une valeur proportionnelle à sa part héréditaire²⁴.

L'action est donnée *directa* au déposant, et *contraria* au dépositaire si le dépôt lui a causé du dommage, ou pour les dépenses qu'aurait pu lui occasionner la conservation de la chose²⁵. Dans le cas où la chose aurait été perdue ou volée, si le dépositaire en avait payé la valeur, et qu'elle fut retrouvée plus tard par le déposant, l'*actio contraria* devrait certainement lui être donnée, par analogie du *Commodatum*, pour se faire restituer l'indemnité qu'il aurait payée²⁶.

329. Le dépôt nécessaire (*necessarium, miserabile*) a

²¹ Modestin, *Collatio legum Mos.*, X, 2, 6 : *res deposita, si subripiatur, dominus eo nomine habet furti actionem, quamvis ejus, apud quem res deposita est intersit, ob impensas in rem factas rem retinere.*

²² Julien, L. 1, D. *de his qui notantur infamia* (3.2) déjà citée.

²³ Paul, L. 9, D. h. t.

²⁴ Paul, *eod.* Ulpien. L. 7, § 1, D. h. t.

²⁵ Ulpien, L. 5, pr. D. h. t.

²⁶ Paul, L. 17, § 5, *Commodati vel contra* (13.6).

pour cause, non plus la volonté du déposant, mais une nécessité, un cas de force majeure, de danger imminent ; aussi on considère qu'il y a un intérêt d'ordre public à protéger un semblable dépôt, et que l'infidélité du dépositaire est plus coupable que dans le dépôt volontaire (*cum extante necessitate deponat, crescit perfidiæ crimen*)²⁷. C'est pourquoi l'Édit donne l'action au double contre le dépositaire infidèle²⁸.

FORMULES

In jus concepta : Judex esto. Quod A^a A^a apud N^m N^m (contraria : quod N^a N^a apud A^m A^m) (tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ) mensam argenteam deposuit, q. d. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet, ex fide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o (dupli) c. nisi restituat, s. n. p. a.

In factum concepta : Judex esto. Si paret A^m A^m apud N^m N^m (contraria : N^m N^m apud A^m A^m) (tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ) mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Nⁱ Nⁱ A^o A^o redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam Judex N^m N^m A^o A^o (in duplum) c. s. n. p. a.

330. N.B. Les Romains reconnaissent une autre espèce de dépôt : le Séquestre.

Le séquestre, dit Paul²⁹, est le dépôt d'une chose fait par deux ou plusieurs personnes entre les mains d'un tiers, chargé de la garder et de la rendre sous certaines conditions.

Selon Modestin³⁰, le séquestre a pour objet le dépôt d'une chose litigieuse (rem de quâ controversiâ est). Si le plus souvent le séquestre a lieu pour une chose contestée,

²⁷ Ulpian, L. 1. §§ 2 à 4, D. h. t.

²⁸ Ulpian, *eod.*

²⁹ Paul, L. 6, D. h. t.

³⁰ Modestin, L. 110, D. de Verb. Sign. (50.16).

ce n'est pas là une condition essentielle. Il y a en effet séquestre judiciaire, et dans ce cas il est nécessaire, quand le dépôt dans des mains tierces de la chose objet d'un procès est ordonné par le Juge; mais le séquestre peut fort bien être volontaire, la définition plus large de Paul en est la preuve ⁵¹.

Le dépositaire se nomme *sequester* ⁵². Le dépôt se nomme *sequestrum*, *sequestratio* ⁵³. Dans la terminologie française, séquestre désigne tout à la fois le dépositaire et l'acte de dépôt.

Le séquestre, qu'il soit le résultat d'une convention entre les intéressés, qu'il soit ordonné par justice, est un véritable dépôt, qui donne lieu à l'actio sequestraria pour poursuivre la restitution de la chose déposée ⁵⁴. Mais il y a entre lui et le dépôt ordinaire des différences qui tiennent au caractère de l'acte et au but qu'on se propose :

C'est une mesure conservatoire, destinée à sauvegarder des intérêts opposés; aussi est-il fait par plusieurs personnes ⁵⁵, et les déposants n'ont pas tous le droit de poursuivre la restitution, qui ne doit se faire qu'à celui d'entre eux qui obtiendra ou l'assentiment des autres ou un ordre du Juge.

Ce qui distingue surtout le séquestre du dépôt ordinaire, c'est que dans le dépôt le déposant conserve la propriété et la possession de la chose déposée, tandis que dans le séquestre c'est le dépositaire qui possède pour celui à qui il devra restituer ⁵⁶, afin que celui qui aurait commencé à

⁵¹ Voir Aulu-Gelle, XX, 41.

⁵² Paul, L. 6. Florentinus, L. 17, pr. Labeon, L. 33. D. h. t. Aulu-Gelle, XX, II. Festus, *Verbo Sequester*.

⁵³ Rubrique du titre C. Th. (2.28). Constantin, L. 3. *in fine*, C. J. *quibus ad libertatem...* (7.18).

⁵⁴ Pomponius, L. 12, § 2, D. h. t.

⁵⁵ Florentinus, L. 17, pr. D. h. t.

⁵⁶ Florentinus, L. 17, § 1, D. h. t.

usucaper la chose, ne puisse pas continuer et compléter l'usucapion pendant le procès.

Celui qui est chargé du séquestre ne peut pas, sans de graves motifs, renoncer à garder la chose qui lui est confiée (OFFICIUM DEPONERE). Il ne peut le faire que de l'autorité du Préteur ⁸⁷ ou du consentement unanime des déposants.

FORMULA SEQUESTRARIA ⁸⁸.

Judex esto. Quod A^s A^s et Titius illam rem, de qua tum inter eos controversia erat, apud N^m N^m (contraria : N^s N^s et Titius apud A^m A^m) in sequestre deposuerunt, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 16. De Mandato.

331. Dans l'ancien droit des Romains, il était impossible qu'une personne libre put être obligée par le fait d'une autre personne libre ¹. Les formes, rigoureusement exigées pour l'accomplissement des actes juridiques l'interdisaient absolument ². Un père, un maître pouvait être obligé par l'acte de son fils ou de son esclave, parce qu'il y avait entre eux identité de personne; mais, le lien juridique ne pouvant être formé que par des actes solennels,

⁸⁷ Ulpien, L. 5. § 2, D. h. t.

⁸⁸ Rien dans les sources n'indique que l'Édit perpétuel ait contenu un texte relatif au séquestre. Je reproduis toutefois cette formule de Rudorf, ainsi que les deux précédentes, bien qu'il soit difficile de comprendre comment l'action contraire pouvait avoir le même objet que l'action directe, et comment N^s N^s le *Sequester* pouvait avoir avec Titius un des déposants l'action contraire contre A^s A^s l'autre déposant.

¹ Paul, L. 11, de oblig. et act. (44.7).

² Ulpien, L. 123, D. de Reg. Jur. (50.17) : *nemo alieno nomine lege agere potest.*

celui-là seul était engagé qui avait prononcé les paroles et fait les gestes exigés.

Toutefois les nécessités de la vie sociale forcèrent les Romains à se relâcher de cette rigueur. Les règles primitives furent nécessairement maintenues pour les actes de droit civil qui devaient s'accomplir devant le Peuple : l'adrogation, le testament; pour ceux qui avaient besoin de la *Mancipatio*, de la *cessio in jure*, de la *stipulatio*; et pour ceux qui devaient se passer devant le Magistrat : la *manumissio*, l'*adoptio*. Mais, pour les actes du droit des gens, on finit par admettre qu'ils pourraient être faits par une personne pour le compte d'une autre; avec cette restriction cependant que le tiers ne représente pas la personne pour le compte de laquelle il agit : c'est en son nom qu'il contracte; c'est lui qui s'oblige; c'est envers lui que sont obligés ceux avec qui il traite. Seulement, il doit rendre compte à celui pour qui il a agi. Il en résulte que, dans cet état du droit, le mandat est un contrat par lequel le mandataire (*procurator*) s'engage à agir en son propre nom, gratuitement, pour le compte de celui qui l'a chargé de cette mission.

Cette rigueur elle-même ne tarda pas à être abandonnée. L'idée qu'on peut être représenté dans les actes de la vie juridique s'imposa à la société romaine. Le *Vindex* de la loi des XII tables présentait un exemple qui trouva son application dans le *Cognitor*, puis dans le *Procurator ad litem*³, puis dans le *Magister navis* et dans l'*Instititor*⁴; puis la Jurisprudence finit par admettre que, sinon la propriété, du moins la possession d'une chose peut nous être acquise par une tierce personne⁵, parce que la possession est surtout un fait, parce que la personne, qui l'acquiert pour nous,

³ Voir *suprà*, n° 80.

⁴ Voir *suprà*, n° 304 à 308.

⁵ Modestin, L. 53, D. *de acquirendo rerum dominio* (41.1).

tient à notre disposition la chose possédée et que dès lors nous la possédons par elle, quand nous l'avons chargée de l'acquérir⁶; et la propriété elle-même finit par être considérée comme nous étant acquise par l'intermédiaire de ce possesseur, possédant pour nous, si celui qui lui a fait la tradition était propriétaire, à défaut de quoi l'usucapion y suppléera⁷. Ce n'est qu'après avoir passé par ces évolutions successives que la représentation finit par être admise sous le système formulaire⁸ et devint d'une application générale à l'époque des grands Jurisconsultes. Aussi le Préteur a formulé un Édit ainsi conçu :

L. un. Si quis mandatum alterius suscepisse dicetur, de eâ re judicium dabo.

Gaius, III, 155, 156. — Cicéron, *pro Sexto Roscio Amerino* XXXVIII: *in privatis rebus...*

Si quelqu'un est dit avoir accepté un mandat d'une autre personne, je donnerai action à ce titre.

- A. Conditions requises pour la validité du mandat.
- B. Actions qui naissent du mandat.
- C. Comment le mandat prend fin.

A. 332. Le mandat est un contrat par lequel une personne s'oblige envers une autre, qui l'en charge, à faire quelque chose gratuitement. S'il est donné pour une ou plusieurs affaires déterminées, il est dit : mandat spécial; s'il est donné pour un ensemble d'affaires, il est dit : mandat général⁹.

Plusieurs conditions sont nécessaires à sa validité :

1° Le consentement des parties. Aucune forme n'est

⁶ Paul, V, 2, §§ 1, 2. Inst. J., II, 9, § 5.

⁷ Ulpien, L. 20, § 2. Neratius, L. 43, pr. D. *de acquirendo rerum dominio* (41. 1). Sévère et Antonin, L. 1, C. J. *de acquirendâ et retinendâ possessione* (7. 32).

⁸ Cicéron, *loc. cit.*

⁹ Ulpien, L. 1, § 1. Paul, L. 60, D. *de procuratoribus* (3. 3).

exigée. Le mandat se contracte par paroles, par lettre, par messenger, *in diem*, et sous condition ¹⁰.

2° Il faut une obligation réciproque : de la part du mandant de rendre le mandataire indemne des engagements qu'il a pu prendre; de la part du mandataire de transporter au mandant les droits qu'il a pu acquérir vis-à-vis des tiers. Dès lors, pour donner ou accepter un mandat, il faut être capable de s'obliger.

3° La loi suppose toujours que ceux qui contractent ont entendu faire quelque chose de sérieux et d'utile. Le mandant doit donc avoir, en conférant le mandat, un but sérieux et un intérêt; car si le mandat n'est donné que dans l'intérêt du mandataire, il est inutile et ne produit ni obligation, ni action ¹¹. Un conseil donné à quelqu'un n'est pas un mandat, parce qu'il n'y a pas obligation contractée ¹². Mais il n'est pas nécessaire que le mandant ait seul intérêt à l'exécution du mandat; il peut être donné utilement dans l'intérêt du mandant et du mandataire, dans l'intérêt du mandant et dans celui d'un tiers, dans l'intérêt d'un tiers et dans celui du mandataire ¹³. Si le mandat est donné dans l'intérêt d'un tiers, en peut-il résulter une obligation à la charge de quelqu'un? Non. Ni le mandant, qui n'a pas d'intérêt, ni le tiers, qui n'a pas été partie au contrat, ne peuvent s'en prévaloir ^{13bis}. L'obligation ne commencerait à naître que si le mandataire faisait des dépenses pour l'exécution, ou si le mandant a eu l'intention de cautionner les

¹⁰ Paul, L. 1, pr., §§ 1 à 3. Ulpian (Lib. 31, ad Ed.), L. 6, § 2, D. *Mandati vel contra* (17.1).

¹¹ Gaius, III, 155, 156. Théophile, pr. *de mandato* (3.26).

¹² Gaius, *eodem*. Ulpian. L. 1, § 14, D. *depositi vel contra* (16.3).

¹³ Gaius, L. 2, pr. D. h. t. Théophile, *eodem*.

^{13bis} Les L. 2, § 2, 5; L. 6, § 4; L. 8, § 3, D. h. t. de Gaius et Ulpian. qui semblent contraires à cette solution, renferment : le premier des opinions purement spéculatives, et les deux autres l'exposé de cas particuliers, où le mandat doit s'exécuter dans l'intérêt du mandant ou du tiers, ou de tous deux.

obligations du tiers vis-à-vis du mandataire ; auxquels cas le mandataire aurait contre le mandant l'*actio mandati contraria* ¹⁴.

4° La cause du mandat doit être honnête. Un mandat donné *contra legem vel bonos mores* ne produit pas d'action ¹⁵.

5° Le mandat doit être gratuit. Il puise son origine dans l'idée de devoir, dans cette pensée que le mandant a une confiance illimitée dans le mandataire qui lui rend un service d'ami. Cette idée est incompatible avec celle d'un salaire. Si un salaire est promis, le contrat devient plutôt un loyer ¹⁶.

Cependant, si le mandataire reçoit un honoraire (*honor*) à titre de rémunération (*remunerandi gratiâ*), l'*actio mandati* n'en aura pas moins lieu ¹⁷, sauf pour les honoraires donnés aux avocats (*advocati*) qui assistaient les parties, les conseillaient et plaidaient pour elles, et qu'il ne faut pas confondre avec les *cognitores* et les *procuratores* ¹⁸. Dans l'origine les avocats devaient leur ministère gratuitement. Mais on doit croire qu'ils en vinrent peu à peu à se faire payer, et même fort cher, puisque la Loi *Cincia de donis et muneribus* de l'an 550 leur défendit de recevoir aucun présent ¹⁹. Toutefois on ne tarda pas à se relâcher de cette rigueur. On finit par admettre que les avocats pourraient recevoir des honoraires, mais non les demander ²⁰, et qu'ils leur seraient alloués par le Magistrat ²¹. A

¹⁴ Ulpian, 6, § 4 ; L. 28. Julien, L. 32. D. h. t.

¹⁵ Gaius, III, 157. Théophile, *loc. cit.*, § 7. Ulpian, L. 6, § 3 ; L. 12, § 11. Paul, L. 22, § 6. D. h. t.

¹⁶ Paul (Lib. 32, ad Ed.), L. 1, § 4, D. h. t.

¹⁷ Ulpian, L. 6, pr. D. h. t.

¹⁸ Voir supra, Livre 1. Titre, 4, §§ 1, 2. N° 75 et sq.

¹⁹ Tacite, *Annales*. XI, 5 ; XIII, 42.

²⁰ Ulpian, L. 1, § 5, D. *de extraordinariis cognitionibus* (50.13) : *quædam enim tametsi honeste accipiuntur, inhoneste tamen petuntur*. C'est la jurisprudence constamment suivie par le Barreau français.

²¹ Ulpian, L. 1, §§ 10 et s.. D. *eodem*.

vrai dire, les avocats n'ont jamais été considérés comme des mandataires, c'est-à-dire comme ayant contracté une obligation les rendant passibles de l'actio mandati. Ils sont des assistants, des conseillers, dont les clients sont encore les obligés, après qu'ils se sont acquittés envers eux pécuniairement.

333. L'acceptation du mandat a des conséquences extrêmement graves pour le mandataire : D'abord il doit, dans l'exécution de l'obligation qu'il contracte, apporter plus de soins que dans la gestion de ses propres affaires. Ensuite il est noté d'infamie, s'il est condamné sur l'action dirigée contre lui par le mandant ²³.

Toutefois, quant à la responsabilité vis-à-vis du mandant, les Jurisconsultes romains paraissent ne pas avoir été d'accord sur son étendue. Cependant l'opinion qui semble avoir été généralement admise, c'est que le mandataire répond de toute faute, malgré cet avis de Modestin : in mandati judicio dolus non etiam culpa deducitur ²³. D'après les principes généraux en effet, le mandataire ne devrait être tenu que de son dol ou de sa faute lourde (*lata culpa*), puisque le contrat est, comme le dépôt, tout dans l'intérêt du mandant; mais son origine l'avait fait envisager par les Romains d'une façon plus sévère. Cicéron, dans son discours pour Sextus Roscius d'Amérie, après avoir au § 38 flétri la simple négligence d'un mandataire, dit au § 39 : *in minimis privatisque rebus, etiam NEGLIGENTIA mandati in crimen judiciumque infamiae vocatur*. Quant à Ulpien, il hésite : tantôt il n'impose au mandataire que la responsabilité de son dol ²⁴; tantôt il est d'avis qu'il doit être tenu de toute faute ²⁵.

²² Julien, L. 1, D. de his qui notantur infamia (3.2).

²³ Modestin, *Collatio legum Mosaie*, X. 2, 3.

²⁴ Ulpien, L. 8. § 10; L. 10, pr., § 1, D. h. t.

²⁵ Ulpien, L. 23, D. de regulis juris (50.17). Voir pour la prestation des fautes infra, N. B., n° 407 bis.

B. Actions qui naissent du mandat.

334. Le mandat est un contrat unilatéral qui, dans le principe, ne produit d'obligation que de la part du mandataire, obligation qui donne au mandant contre lui l'*actio directa*. Mais il peut arriver que, dans l'exécution, le mandataire prenne des engagements ou fasse des frais qui obligent le mandant ; il en résulte pour le mandataire le droit d'intenter contre le mandant l'*actio mandati contraria*.

335. L'*actio mandati directa* est donnée dans les cas suivants :

Le mandataire doit exécuter ce à quoi il s'est engagé conformément à la convention. S'il se tient en dehors de ses instructions, et qu'il constitue le mandant en perte, il ne l'engage pas, et il est passible de l'action; il l'est également s'il fait autre chose que ce qui est convenu ²⁶.

Le mandataire doit rendre compte de ce qu'il a fait, et remettre au mandant tout ce qu'il a reçu pour lui ²⁷. Que s'il a fait valoir l'argent, il doit les bénéfices qu'il a pu faire ; s'il a employé les fonds à son usage, il en doit les intérêts au taux fixé par l'usage des lieux ²⁸; que s'il a fait des fonds un usage frauduleux, cet usage peut le rendre passible de l'action de vol ²⁹. S'il y a plusieurs mandataires, ils sont tenus, non pas solidairement, mais chacun *in solidum*, sans toutefois que le mandant puisse exiger plus que ce qui lui est dû ³⁰. Il n'y a pas corréalité, mais indivisibilité de l'obligation.

336. Il y a lieu à l'*actio mandati contraria* dans les cas suivants :

Le mandant est tenu de rembourser au mandataire les

²⁶ Paul, L. 5, pr., §§ 1 à 5, D. h. t.

²⁷ Paul, L. 20, pr. Papinien, L. 56. § 2, D. h. t.

²⁸ Ulpien, L. 10, § 3, D. h. t.

²⁹ Paul, L. 22. § 7. D. h. t.

³⁰ Scévola, L. 60, § 2, D. h. t.

frais et dépenses utiles qu'il a pu faire dans l'exécution du mandat, alors même qu'il n'aurait pas pu mener à bonne fin l'affaire, pourvu qu'il ait agi de bonne foi ³¹; et le mandant n'en peut refuser le remboursement, ainsi que les intérêts des sommes dépensées, sous prétexte que les frais eussent été moindres, s'il eût fait ses affaires lui-même ³². Il doit de plus indemniser le mandataire de toutes les pertes qu'il a pu faire ³³. Enfin il doit le rendre indemne de toutes les obligations qu'il a contractées ³⁴.

Si j'ai engagé quelqu'un à faire un acte en prenant la responsabilité des conséquences que cet acte peut avoir, comme si j'ai demandé à un créancier d'accorder un délai à son débiteur en me portant fort pour lui, ou si un héritier ne s'est décidé à accepter une succession que sur la garantie que je lui ai donnée de l'indemniser du préjudice que son acceptation pourrait lui causer, dans ces cas et autres semblables, je serai passible de l'*actio mandati contraria*, parce que je me suis constitué mandant, et qu'il y a là une espèce particulière d'intercession ³⁵. Mais, par cela même que c'est une intercession, elle sera soumise aux règles qui gouvernent ce genre de contrat : aux exceptions du Sénatus-consulte Velléien ³⁶, comme aux avantages du bénéfice de division, s'il y a plusieurs mandants, et de la cession d'actions ³⁷. Toutefois il y a entre le fidéjusseur et le mandant cette différence capitale : que la fidéjussion est un contrat accessoire, une dépendance de l'obligation principale, tandis que l'engagement du mandant résulte d'un contrat distinct, indépendant de l'autre. Aussi l'action

³¹ Ulpien, L. 40, §§ 9, 40; L. 12, § 9. Papinien, L. 56, § 4, D. h. t.

³² Gaius, L. 27, § 4. Ulpien, L. 12, § 9, D. h. t. Paul, II, 15, 2.

³³ Paul, L. 13, 20, pr. D. h. t.

³⁴ Paul, L. 45, §§ 1-5; L. 26, § 8, D. h. t.

³⁵ Ulpien, L. 12, § 14. Julien, L. 32, D. h. t.

³⁶ Voir supra, Livre 2, Titre 5, § 2, n° 272.

³⁷ Papinien, L. 7, D. de fidejussoribus et ... heredibus tutorum... (27.7).

intentée par le mandataire contre le mandant ou le paiement fait par celui-ci ne libère pas le débiteur, parce que le mandataire poursuit en son nom et que le mandant paye comme principal obligé³⁸. De plus, si le fidéjusseur paye le créancier au lieu de se faire céder ses actions, la dette est éteinte; tandis que le payement, fait par le mandant, laissant subsister la dette, il pourra se faire céder les actions qu'a le mandataire contre le débiteur³⁹.

De même que plusieurs mandataires sont tenus *in solidum*, de même l'*actio mandati contraria* pourra être dirigée *in solidum* contre chacun des mandants, s'ils sont plusieurs; mais la condamnation une fois obtenue ne pourra être exécutée contre chacun d'eux que pour sa part⁴⁰.

337. Le mandataire ne pouvant agir que pour lui-même, il en résulte qu'en principe le mandant n'a pas d'action contre les tiers qui n'en ont pas contre lui. Le mandant, qui veut réaliser les avantages qu'il attend du mandat, doit poursuivre par l'*actio mandati directa* le mandataire, qui de son côté poursuivra les tiers au moyen des actions résultant des contrats passés avec eux. Les tiers, pour obtenir le bénéfice des affaires faites avec le mandataire le poursuivront, et il dirigera contre le mandant l'*actio mandati contraria*, pour obtenir de lui l'exécution des engagements qu'il a pris par suite du mandat. Pour éviter ce circuit d'actions, les tiers se font céder les actions que le mandataire a contre le mandant, et celui-ci à son tour se fait céder les actions que le mandataire a contre les tiers; et devenus ainsi directement demandeurs, ils agissent comme *procuratores quisque in rem suam*⁴¹. Le Prêteur est allé

³⁸ Julien. L. 13. Paul, L. 71, D. de *fidejussoribus et mandatoribus* (46.1). Ulpien. L. 28, D. h. t.

³⁹ Modestin, L. 76, D. de *solutionibus* (46.3).

⁴⁰ Paul, L. 59, § 3, D. h. t.

⁴¹ Ulpien. L. 8, § 10; L. 40, § 6; L. 43. Paul. L. 59, pr. D. h. t.

plus loin : il autorise ceux qui peuvent agir au moyen de la cession d'action, à intenter directement (*utiliter*) les tiers contre le mandant ou le mandant contre les tiers, les actions qu'ils ont contre le mandataire ⁴³, avec faculté de s'opposer réciproquement toutes les exceptions qu'ils auraient à lui opposer à lui-même ⁴⁴.

C. Comment le mandat prend fin.

Le mandat finit quand le mandant et le mandataire sont d'accord pour résilier le contrat.

Le mandant peut, quand il le veut, signifier au mandataire sa révocation; et tous les actes que celui-ci ferait après cette signification, seraient nuls en ce qui concerne le mandant, pourvu que les tiers, les débiteurs du mandant par exemple, soient prévenus ⁴⁵.

Le mandataire de son côté peut notifier au mandant qu'il entend ne plus lui prêter son ministère, pourvu qu'il ne le fasse pas à contre-temps, c'est-à-dire dans des conditions telles que le mandant en éprouverait du préjudice; à moins que le mandataire n'ait de graves motifs pour renoncer ⁴⁶.

La mort du mandant et toute *capitis diminutio* qui lui fait perdre la capacité de s'obliger, met fin au mandat; sans toutefois que le mandataire ou les tiers puissent en souffrir, s'ils ont ignoré ce changement d'état ⁴⁷; et à moins qu'il n'ait été convenu que le mandat continuerait ou que l'affaire ne dut être traitée qu'après le décès du mandant, comme si le mandataire devait lui élever un monument ⁴⁷.

⁴³ Papinien, L. 31, pr. D. *de negotiis gestis* (3.5). Ulpien, L. 10, § 5, D. h. t. — Contre les tiers : Ulpien, L. 27, § 1, L. 28, D. *de procuratoribus* (3.3). Ulpien, L. 13, § 25, D. *de actione empti* (19.1).

⁴⁴ Ulpien, L. 5, pr. D. *de tributoria actione* (14.4). Africanus, L. 51, § 1, D. *de Edictio Edicto* (21.1).

⁴⁵ Ulpien, L. 12, § 2. Julien, L. 34, § 3, D. *de solutionibus* (46.3).

⁴⁶ Paul, L. 22, § 11; L. 24. Hermogène, L. 23, 25, D. h. t.

⁴⁷ Paul, L. 26, pr. D. h. t.

⁴⁷ Ulpien, L. 12, § 17. Gaius, L. 13, 27, § 1, D. h. t.

La mort du mandataire met aussi fin au mandat, sans que ses héritiers puissent le continuer ⁴⁸.

FORMULES

In jus concepta (vulgaris).

Judex esto. Quod A^s A^s N^o N^o (contraria : N^s N^s A^o A^o) mandavit ut... quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o condemna, nisi restituat, s. n. p. a.

In factum concepta.

Judex esto. Si paret A^m A^m, cum in potestate Gai Sei (utilis) esset, N^o N^o mandavisse ut Luci Titi hereditatem adiret et A^o A^o, cum is sui juris factus esset, restitueret, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oporteret ex fide bonâ, si A^s A^s sui juris fuisset, ejus Judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 17. De Societate.

338 (bis). La Société succède au mandat dans la rédaction de l'Édit. Il est vrai que les Pandectes nous présentent les deux contrats traités dans les mêmes livres : par Ulpien au livre 31 de son commentaire, et par Paul et Gaius, au livre 32 du commentaire de Paul et au livre 10 de celui de Gaius sur l'Édit provincial. Mais ce qui prouverait que le mandat devait précéder la société dans l'œuvre de Salvius Julianus, c'est cette circonstance que, pour l'administration de la société, il y a mandat tacite entre les associés, et que dès lors ce qui concerne le mandat devait précéder ce qui a trait à la société.

L. un. Si societas inter aliquos Si une société est dite avoir été

⁴⁸ Gaius, III, 160, L. 27, § 3, D. h. t.

coita esse dicetur, de ea re « causâ cognitâ, » judicium dabo.

Pomponius, L. 22, § 1, D. de re judicata (42.1).

formée entre plusieurs personnes, je donnerai à ce titre une action après avoir pris connaissance de l'affaire.

339. La Société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre en commun des biens ou leur industrie, dans le but de faire un gain honnête et licite à partager entre elles.

A. Quelles sont les conditions essentielles à la validité du contrat de Société?

B. Des différentes espèces de Sociétés.

C. De l'action qui naît du contrat de Société.

D. Comment la Société prend fin.

A. 340. Quelles sont les conditions essentielles à la validité du contrat de Société?

La Société est un contrat de bonne foi. Dès lors elle est nulle si elle est entachée de dol ou de fraude, soit dans son organisation, soit dans son but ¹.

Chaque associé doit faire l'apport de ce qu'il a promis, sans qu'il soit nécessaire que les apports soient les mêmes, les associés étant libres d'apporter les uns des biens, les autres de l'argent, d'autres leur industrie ².

Chaque contractant s'engage avec l'intention de faire un gain. Si l'un d'eux a pour but de faire une donation aux autres, il n'y a pas société ³; d'où il suit que la Société serait nulle, si elle était formée sous la condition léonine que l'un des associés supporterait seul la perte et que l'autre aurait seul le profit ⁴. Mais une société serait valable, bien que les associés dussent avoir des parts diffé-

¹ Paul (Lib. 32, ad Ed.), L. 3, § 3, D. pro socio (17.2).

² Ulpian, L. 32, § 7, D. h. t.

³ Ulpian (Lib. 31, ad Ed.), L. 5, § 2, D. h. t. : *Donationis causâ societas recte non contrahitur*.

⁴ Ulpian, L. 29, § 2, D. h. t.

rentes dans le gain, déduction faite des pertes, et même sous la condition que l'un deux ne participera pas aux pertes, pourvu qu'il prenne sa part dans le gain. Il n'y a de gain que déduction faite des pertes ⁵.

Enfin le bénéfice à réaliser, le but à atteindre doivent être licites et honnêtes ⁶.

341. Pour se former, la Société n'a besoin que du consentement des associés; elle n'est soumise à aucune forme. Le consentement peut être donné verbalement (*verbis*), par messenger (*per nuntium*) ou par la tradition de la chose mise en commun (*re*) ⁷.

Si les parts des associés n'ont pas été fixées dans le contrat, elles sont égales (*æquas partes*) et non proportionnelles aux mises; mais rien ne s'oppose à ce que la proportionnalité soit insérée comme condition dans le contrat ⁸.

Quid si les associés sont convenus que les pertes seraient fixées par un tiers? Si ce tiers meurt avant de les avoir réglées, la Société est nulle, parce que l'intention des associés était qu'il n'y eut de Société que sous cette condition ⁹. La même solution doit être admise si le tiers refuse cette mission. Mais s'il l'accepte, sa décision ne sera obligatoire que s'il a statué *ad boni viri arbitrium*, parce que, dit Proculus, il n'en est pas de la Société comme du compromis qui oblige les parties à se soumettre à la décision de l'arbitre ¹⁰. Si donc la décision du tiers est ma-

⁵ Paul, L. 30. Ulpien, L. 29, pr., § 1, D. h. t. Gaius, III, 149.

⁶ Ulpien (Lib. 36, ad Ed.), L. 1, § 14, D. *de tutela et rationibus distrahendis* (27.3). Gaius (Lib. 10, ad Ed. prov.), L. 35, § 2. D. *de contrahenda emptione* (18.1).

⁷ Modestin, L. 4, pr. D. h. t. L'expression *re coita societas*, signifie aussi que la société peut être formée tacitement, lorsqu'une chose se trouve commune entre plusieurs personnes.

⁸ Ulpien, L. 29, pr. D. h. t. C. C. 1853.

⁹ Celse, L. 75, D. h. t. C. C. 1854.

¹⁰ Proculus, L. 76, 78, D. h. t.

nifestement inique, elle pourra être corrigée par le Juge ¹¹.

Il n'en est pas de même pour la Vente et le Louage. A l'époque des Jurisconsultes classiques, il y avait controverse sur la question de savoir si la Vente et le Louage étaient valables, quand le prix avait été laissé à l'arbitrage d'un tiers ¹². Lorsque le tiers n'était pas désigné d'avance, ces contrats étaient nuls ; l'opinion, qui ne les reconnaissait valables que lorsqu'on s'en était rapporté à telle personne déterminée, cette opinion avait prévalu ¹³. Sous prétexte de mettre un terme à toute controverse sur cette grave question, Justinien décida, pour la Vente et le Louage, que les parties devaient se soumettre à la décision du tiers quelle qu'elle fut ¹⁴. Quant au contrat de Société, non seulement Justinien est muet sur ce point, mais il entend que les associés soient absolument libres d'en régler les conditions à leur guise (*voluntates legitime contrahentium omnimodo conservandæ sunt* ¹⁵). Faut-il en conclure que, s'il s'agit d'une Société et que la décision soit inique, le Juge pourra la réformer, et qu'elle sera définitive dans le cas d'une Vente ou d'un Louage ? S'il y avait lésion dans la décision du tiers, le vendeur pourrait peut-être l'invoquer ; mais pour le louage, l'iniquité de la décision deviendrait loi, parce qu'ici la lésion n'est pas admise.

Pour expliquer cette contradiction, on a dit que le tiers, désigné quand il s'agit de la Société, n'a pas la même mission que celui qui est chargé de fixer le prix d'une vente ou d'un loyer. Dans ce dernier cas, il décide souverai-

¹¹ Paul, L. 79. Proculus, L. 80, D. h. t.

¹² Gaius, III, 140. Inst. J., § 1, de *emptione et venditione* (3. 23).

¹³ Gaius, L. 25, pr. D. *Locati conducti* (19. 2).

¹⁴ Justinien, L. 15, C. de *contrahendâ emptione* (4. 38).

¹⁵ Justinien, L. 6, C. *pro socio* (4. 37).

nement et sa décision devient la loi des parties, alors même qu'elle serait inique, parce qu'elles l'ont voulu ainsi; tandis que le tiers, chargé de fixer les parts des associés, doit décider comme le ferait un homme de bien, apprécier la valeur et l'apport des mises et régler les parts d'après cette donnée, et que dès lors, si le règlement est inique, on doit pouvoir le faire réformer. Mais ces raisons pourraient être invoquées aussi bien pour la Vente et le Louage que pour la Société. La Société, Proculus le dit L. 78 h. t. est un contrat de bonne foi tout autant que la Vente. On reconnaît qu'en cas de mort du tiers, la Société est nulle comme la Vente (Celse, L. 75 D. h. t.), pourquoi traiter différemment ces deux contrats, quand, au lieu de la mort de l'arbitre, c'est de son arbitrage qu'il s'agit? Il y a pourtant une raison à cette différence: c'est que la Vente n'existe qu'à condition qu'il y ait un prix fixé; si le prix n'est pas fixé, il n'y a pas de Vente, et les parties, en s'en rapportant à un tiers, ont accepté d'avance le prix qu'il indiquerait. Autrement elles savaient qu'il n'y aurait pas de Vente. Tandis que, dans la Société, si les parts ne sont pas déterminées, la société n'en existe pas moins; les parts sont égales.

342. La loi impose aux contractants des conditions relatives à la durée de la Société: Il ne peut pas être convenu que la Société sera éternelle *in æternum coïta*¹⁶, c'est-à-dire que les associés ne peuvent pas convenir qu'elle leur survivra; mais ils peuvent décider qu'elle durera autant qu'eux (*in perpetuum, id est dum vivunt*), ou qu'elle ne commencera qu'à partir d'une certaine époque, ou sous certaines conditions¹⁷. Cette dernière proposition n'était pas généralement admise, probablement parce qu'il y a des Sociétés qui, comme le mariage, répugnent à l'idée de

¹⁶ Paul (Lib. 33, ad Ed.), L. 70. D. h. t.

¹⁷ Paul (Lib. 32, ad Ed.), L. 4, pr. D. h. t.

condition, et que dans d'autres, comme par exemple la Société *universorum bonorum*, le domaine des choses mises successivement en commun semble transféré comme s'il l'était par une mancipation continue (*omnes res, quæ coëuntium sunt, continuo communicantur*¹⁹); or la mancipation n'admet ni terme ni condition.

B. 343. Des différentes espèces de Sociétés.

Les Romains distinguaient quatre espèces de Sociétés : 1° Société de tous biens (*universorum bonorum*); 2° Société ayant pour objet une catégorie d'opérations déterminées (*negotiationis alicujus*) ou une seule opération déterminée (*rei unius*); 3° Société ayant pour objet la ferme des impôts (*Societas vectigalis*)¹⁹; 4° Société de tous gains et acquets (*omnia quæ ex questu veniunt*)²⁰.

1° La Société de tous biens (*universorum bonorum*) comprend tous les biens présents et à venir des associés, y compris ceux qu'ils peuvent recueillir par héritité, par legs, par donation, ou à titre de dot; en un mot toutes les acquisitions, de quelque nature qu'elles soient, que peuvent faire les associés, sont immédiatement acquises à la Société²¹, quoiqu'il n'y ait pas tradition²².

344. A cette règle générale il y a deux exceptions : l'une de forme concernant les créances, l'autre de fonds concernant les délits :

La fiction, qui considère les biens des associés comme réciproquement livrés au moment même de leur acquisition, ne s'applique pas aux créances qui restent dans le même état, c'est-à-dire personnelles aux associés, mais ils sont tenus de se céder mutuellement leurs actions²³.

¹⁹ Paul, L. 1. § 1. Gaius (Lib. 40, ad Ed., prov.). L. 2. D. h. t.

¹⁹ Ulpien. L. 5, pr. D. h. t.

²⁰ Ulpien. L. 7. D. h. t.

²¹ Paul, L. 3, § 1, D. h. t.

²² Gaius, L. 2, D. h. t.

²³ Paul, L. 3, pr. D. h. t.

Quant aux gains provenant de délits, nous trouvons dans nos sources des solutions et des théories bien étranges : En principe, l'associé n'est pas tenu d'apporter à la Société le gain que lui a procuré un délit (*quæ ex prohibitis causis adquiserit*) ²⁴, parce qu'une Société de délits est honteuse et que l'associé qui la demanderait commettrait une turpitude ²⁵. Si cependant ce gain illicite est entré dans la Société, il sera commun ²⁶; car, dit Pomponius ²⁷, celui qui l'a apporté ne peut le reprendre, sous prétexte que c'est un gain délictueux, que s'il est condamné à le rendre. De sorte qu'on peut dire : *In pari causâ turpitudinis potior est causa possidentis*. Singulière morale!

L'associé, condamné pour un délit, n'a pas l'action de société pour payer avec les fonds sociaux ce qu'il doit en conséquence de sa condamnation ²⁸. Avec quoi donc payerait-il, puisqu'il n'a rien et ne peut rien acquérir pour lui-même? Il sera poursuivi dans ses biens, dont la vente dissoudra la Société ²⁹, ce qui est contraire au but qu'on s'est proposé. Pourtant, s'il est injustement condamné, il pourra payer des deniers de la Société ³⁰. La Société est donc constituée juge des décisions judiciaires. Ainsi, dans la rigueur des principes, le gain, quoique illicite, appartient à la Société si l'associé en fait l'apport, comment admettre que l'associé actionné et condamné puisse le reprendre? Il faut distinguer : si le co-associé a ignoré l'apport, le condamné l'emportera seul, c'est-à-dire avec perte du bénéfice qu'il aurait fait lui-même; si le coassocié l'a connu, il

²⁴ Ulpian. L. 52. § 17, D. h. t.

²⁵ Ulpian. L. 53, D. h. t.

²⁶ Ulpian, L. 53. *in fine*. D. h. t.

²⁷ Pomponius, L. 54, D. h. t.

²⁸ Ulpian. L. 52, § 18. D. h. t.

²⁹ Gaius. III, 154.

³⁰ Ulpian, L. 52. § 18, D. h. t.

l'emportera avec perte pour son coassocié (*aut solum aut cum penâ*), ce qui signifie que si le coassocié a ignoré le délit, un vol par exemple, le voleur payera sa condamnation avec l'objet volé, sans que son coassocié en souffre, puisqu'il a ignoré l'apport ; et que s'il l'a connu, le paiement avec l'objet volé le constitue en perte de sa part dans le produit du vol ; et Ulpien avec raison trouve juste que, puisqu'il a participé au gain, il participe à la perte ³¹. Il en résulterait donc que, si le co-associé a ignoré le délit, le voleur qui aurait pris le gain devrait lui tenir compte de sa part à la dissolution de la Société, ce serait sa peine (*culpa*), puisque le coassocié ne doit pas souffrir de perte ; et que, s'il a connu le délit, il en sera puni par la perte de sa part (*damnum*). De plus, ces belles décisions sont soumises à la condition que le coupable sera condamné. S'il ne l'est pas, le coassocié profitera très bien du délit !

Enfin, si l'associé ne peut pas payer avec l'argent commun la condamnation encourue par lui, il doit compte à la Société du produit d'une condamnation obtenue par lui contre un tiers ³².

345. L'associé marié ou celui qui se marie après la formation de la Société, doit lui apporter les biens qui lui ont été ou qui lui sont constitués en dot. Si la Société est dissoute *manente matrimonio*, il peut reprendre la dot, lorsqu'il est tenu de la rendre, mais pas avant le moment où il doit faire cette restitution ³³. Mais si la dot ne doit pas être rendue ou ne doit l'être qu'en partie, le tout ou ce qui restera sera partagé entre les associés ³⁴.

346. Puisque les associés apportent à la Société tous

³¹ Ulpien. L. 35. D. h. t.

³² Ulpien, L. 52. § 16. D. h. t.

³³ Paul, L. 65. § 16. D. h. t.

³⁴ Gaius. L. 66. D. h. t.

leurs biens présents et à venir, ces biens lui arrivent avec leurs charges, et elle doit supporter les dépenses que les associés ont à faire pour eux, pour leurs familles, pour les dots de leurs filles²⁵, et elle devrait aussi payer leurs dettes. Cependant la question est controversée, ou du moins on prétend distinguer entre les dettes antérieures à la formation de la Société et celles contractées pendant sa durée. Mais si le texte de Paul, sur lequel on s'appuie, était favorable à l'opinion qui veut que la Société ne soit tenue que des dettes contractées pendant la durée de la Société, il serait en contradiction avec la condition du dépouillement absolu de l'associé dans la société de tous biens. En effet que dit Paul²⁶ : *Omne æs alienum quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet, posteaquàm societas distracta est, solutum sit*. Il n'y a rien là qui indique que la distinction qu'on invoque soit dans la pensée du Jurisconsulte. Il oppose simplement les mots *manente societate* à la périphrase *licet posteaquàm societas distracta est, solutum sit*, et il veut dire que toute dette d'un associé est à la charge de la Société, quoiqu'elle soit seulement payée après sa dissolution.

2° 347. *Societas negotiationis alicujus vel unius rei*.

Une Société peut être formée pour un ensemble ou une série d'opérations de même nature, comme l'exploitation d'un genre de commerce, l'achat et la vente des esclaves; ou pour une seule opération comme l'achat de la cargaison d'un navire pour la revendre, comme si des héritiers laissent en commun leurs parts indivises dans une succession, afin de partager le gain ou la perte²⁷.

Les règles générales, précédemment exposées, sont applicables ici, de même que celles qui gouvernent l'action *pro socio* et les modes d'extinction de la Société.

²⁵ Ulpien, L. 73. § 4. Papinien. L. 81. D. h. t.

²⁶ Paul. L. 27, D. h. t.

²⁷ Ulpien, L. 52. § 6. D. h. t.

3° 348. Societas vectigalis.

Cette espèce de Société est soumise aux mêmes règles que la précédente, si ce n'est qu'elle n'est pas dissoute par la mort d'un des associés ; elle continue d'exister entre les survivants ; bien plus : les héritiers du défunt lui succèdent, s'il a été ainsi convenu lors de la formation de la Société 38.

4° 349. Societas universorum quæ ex questu veniunt.

C'est la Société formée, lorsque les parties ont déclaré qu'elles contractaient une Société de tous gains et acquets, ou lorsque les contractants ont déclaré simplement qu'ils contractaient une Société, sans avoir spécialement désigné les opérations qui doivent en faire l'objet 39.

Dans une telle Société, les associés sont tenus de mettre en commun les produits de leurs biens et de leur travail ; mais non les biens qu'ils possèdent, ni ceux qui leur adviennent par succession, donation ou legs 40. Mais ce qui est dû à un associé ne devra pas être versé par lui dans la caisse sociale, à moins que ce ne soit un produit de son activité 41 ; et la Société n'est pas tenue des dettes des associés, à moins que l'argent emprunté n'ait été versé dans la caisse sociale 42.

C. 350. De l'actio pro socio.

Du contrat de Société naissent des obligations multiples, soit entre les associés, soit à l'égard des tiers :

Les associés étant tenus d'apporter à la Société ce qu'ils ont promis, ils lui doivent la garantie de leur apport. La nature de cette garantie varie nécessairement, suivant que c'est la propriété ou la jouissance de la chose promise

38 Pomponius, L. 39. Ulpian, L. 63, § 8, D. h. t. Infra. n° 779.

39 Ulpian, L. 7, 52, § 8. Paul, L. 8, 12, D. h. t.

40 Ulpian, L. 9, 11. Paul. L. 10. 13. Ulpian. L. 52, § 8. cité. Paul. L. 71, § 1, D. h. t.

41 Paul, L. 12, D. h. t.

42 Papinien, L. 82. D. h. t.

qui a été communiquée ⁴². Dans le premier cas, l'apport a tous les caractères d'une vente, surtout en ce qui concerne les choses fongibles. Dans le second, il a ceux du louage. Dès lors les règles de ces contrats devront être appliquées, sous réserve des modifications que peut imposer la nature du contrat de Société ⁴³.

Dans l'exécution de ses obligations, l'associé est tenu de toute faute (*culpa nomine tenetur, id est desidia atque negligentia*); non cependant qu'il doive la diligence la plus scrupuleuse (*culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est*), il suffit qu'il ait pour les affaires sociales l'exactitude qu'il a pour les siennes (*sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet*); parce celui qui accepte un associé peu diligent, ne peut s'en prendre qu'à lui-même des fautes commises ⁴⁴. Si l'associé a promis une somme d'argent et qu'il ne l'ait pas versée; s'il est en retard de procurer les gains qu'il a faits, ou s'il a employé pour son compte particulier l'argent de la Société, il doit les intérêts, non pas comme intérêts moratoires, mais comme indemnité du tort causé à ses associés ⁴⁵. Le cas fortuit libère l'associé mis ainsi dans l'impossibilité de faire son apport, s'il s'agit d'une chose déterminée (*in specie*) ⁴⁶; et la Société est elle-même libérée de toute obligation vis-à-vis de l'associé, si à la dissolution elle devait lui restituer également *in specie* la chose qui a péri. Mais, en dehors de ce cas particulier, la libération de l'associé laisse la société obligée vis-à-vis de lui, à moins qu'il n'ait apporté que la jouissance de la chose qui a péri ⁴⁷.

⁴² Ulpien, L. 52. §§ 1. 2. 3, D. h. t.

⁴³ Ulpien, L. 58, § 1, D. h. t.

⁴⁴ Gaius, L. 72, D. h. t.

⁴⁵ Pomponius, L. 60, pr. Paul, L. 67, § 1, D. h. t.

⁴⁶ Ulpien, L. 58, pr. D. h. t.

⁴⁷ Ulpien, L. 58, pr. D. h. t. Ulpien, L. 9, §§ 1. 4; L. 30, pr. D.

Locati conducti (19. 2).

351. Des obligations naissent aussi pour les associés de la gestion des affaires sociales. Il résulte en effet de la contradiction que chaque associé peut apporter aux actes de son coassocié relativement aux choses de la Société, que chacun d'eux a le droit de gestion, conformément au but de la Société, comme s'ils s'étaient donné mandat réciproque⁴⁹. Aussi l'associé qui a géré doit rendre compte et fournir tout le gain qu'il a pu faire⁵⁰; de son côté, la Société doit lui rembourser ses avances, l'indemniser des pertes qu'il a pu faire et le rendre indemne des obligations qu'il a pu contracter dans un intérêt social⁵¹.

352. Pour l'exécution des obligations qu'il a contractées, chaque associé est passible de l'action *pro socio*. Mais celui qui est condamné sur cette action est noté d'infamie⁵²; et l'associé est de ceux qui ont droit au bénéfice de compétence (*quæ damnantur in id quod facere possunt*); car, dit Ulpien⁵³, les affaires sociales doivent être réglées fraternellement (*cum societas jus quodammodò fraternitatis in se habeat*). L'action *pro socio* compète à chacun des associés, soit pendant la durée de la société, soit après sa dissolution. Elle peut avoir lieu pendant la durée de la Société, pour contraindre les associés à remplir leurs obligations⁵⁴ et pour demander la dissolution de la Société et sa liquidation⁵⁵.

Mais il n'y a lieu à l'action *pro socio* que lorsqu'il s'agit

⁴⁹ Papinien, L. 28, D. *Communi dividundo* (10.3). Ulpien, L. 60, D. *de regulis juris* (50.17).

⁵⁰ Ulpien, L. 52, pr. Paul, L. 38, § 1; L. 67, pr. § 1, D. h. t.

⁵¹ Paul, L. 38, § 1. Ulpien, L. 52, §§ 4, 10, 12, 15. Pomponius, L. 60, § 1, D. h. t.

⁵² Julien, L. 1, D. *de his qui notantur infamia* (3.2).

⁵³ Ulpien, L. 63, pr. D. h. t. Paul, L. 173, D. *de regulis juris* (50.17).

⁵⁴ Paul, L. 65, § 15; L. 38, § 1; L. 71, pr.; L. 74. Ulpien, L. 52, § 12, D. h. t.

⁵⁵ Paul, L. 65, pr. D. h. t.

d'une Société contractuelle. Dans le cas d'une communauté sans convention préalable, on agit par l'action qui naît de la gestion d'une chose commune ⁵⁶.

L'action *pro socio* est intentée contre les héritiers de l'associé, qui sont tenus d'achever ce qu'a commencé leur auteur et qui répondent de leur négligence, si elle est telle qu'elle eût engagé la responsabilité du défunt, bien que l'héritier ne soit pas lui-même associé. ⁵⁷.

Soit que le fait qui donne lieu à l'action *pro socio* ait pour origine un acte juridique de nature à être poursuivi par une autre action, soit qu'un pacte ait été ajouté au contrat de Société, l'associé a le choix entre les deux actions. Il pourra donc agir suivant les cas par l'action de Société ou par l'action *empti* ou *venditi*, *communi dividundo*, *furti*, *legis Aquiliae*... mais l'action *pro socio* ne peut plus être employée, quand on a agi par l'action particulière ⁵⁸.

Le contrat de Société ne paralyse pas dans l'associé ses facultés juridiques. Il peut disposer, soit entre-vifs, soit à cause de mort, des droits qu'il peut avoir à la charge de la Société; mais ces dispositions ne changent rien à la situation des associés; le tiers favorisé par l'un d'eux n'est qu'un simple cessionnaire ⁵⁹, en faveur de qui l'associé n'a pas pu aliéner plus de droits qu'il n'en avait lui-même ⁶⁰; qu'il aurait pu même s'associer, sans que cette association rendit le tiers membre de la Société (*socii mei socius meus socius non est*) ⁶¹.

353. C'est que la Société n'existe qu'entre ceux qui l'ont-

⁵⁶ Ulpian, L. 31. 32, 33. Gaius, L. 34, D. h. t.

⁵⁷ Ulpian, L. 63, § 8; L. 35. Paul, L. 36, D. h. t.

⁵⁸ Ulpian, L. 45, 47, 49, 51. Paul, 46, 48, 50. Ulpian, L. 69, D. h. t.

⁵⁹ Ulpian, L. 52, § 9, D. h. t.

⁶⁰ Gaius, L. 68, D. h. t.

⁶¹ Ulpian, L. 49, 20, D. h. t.

formée. Elle reste étrangère aux tiers que les associés ont pu s'associer ou avec lesquels ils ont traité, et cela en vertu du principe que les obligations n'existent activement et passivement qu'entre les personnes qui ont été parties au contrat. Ce principe ne reçoit exception que dans le cas d'association de banquiers⁶² et dans celui où l'affaire a tourné au profit des associés, car alors le Prêteur donne au tiers ou contre lui des actions utiles⁶³.

D. 354. Comment la Société prend fin.

La Société finit par les personnes qui la composent (*ex personis*), par les choses qui en font l'objet (*ex rebus*), par la volonté des associés (*ex voluntate*), par l'action de Société (*ex actione*)⁶⁴, ou par l'expiration du temps pour lequel elle a été formée⁶⁵.

355. La Société est dissoute par la mort ou par le grand ou moyen changement d'état d'un associé⁶⁶.

Mais il n'en est pas ainsi dans les *societates vectigales*, qui ne sont pas dissoutes par la mort d'un associé ; bien plus, ses héritiers succèdent à la part qu'il avait dans la Société, s'il a été ainsi convenu⁶⁷.

La Société est dissoute par le grand ou moyen changement d'état d'un associé, soit que ses biens soient vendus⁶⁸, soit qu'il se soit donné en adrogation⁶⁹.

356. La Société est dissoute par la perte des choses qui en font l'objet⁷⁰, ou lorsqu'elles cessent d'être dans le

⁶² Paul. L. 25, pr. D. *de partis* (2.44). Paul. L. 34, pr. D. *de receptis* (4.8).

⁶³ Ulpien, L. 1. § 25 ; L. 4. Gaius, L. 2. Paul, L. 3. D. *de exercitorii actione* (14.1). Gaius, L. 27, § 8, D. *de peculio* (15.1).

⁶⁴ Ulpien, L. 63, § 10, D. h. t.

⁶⁵ Paul, L. 65, § 6. D. h. t.

⁶⁶ Ulpien, L. 63, § 10 ; L. 52, § 9. Paul, L. 69, § 9, D. h. t.

⁶⁷ Pomponius, L. 59. D. h. t.

⁶⁸ Paul. L. 65, § 12, D. h. t.

⁶⁹ *Eodem*, § 11. Gaius, III. 153, 154.

⁷⁰ Ulpien, L. 63. § 10, D. h. t.

commerce ; ou, lorsqu'elle a été contractée pour une affaire particulière qui est terminée ⁷¹.

357. La Société est dissoute par le changement de volonté des associés, ou même par la volonté d'un associé ⁷². Toutefois, si l'associé renonce frauduleusement pour s'attribuer un gain dont il devrait tenir compte à la Société, ou dans un moment où ses associés avaient intérêt à ce que la Société continuât, il reste obligé envers eux, et ils sont libérés envers lui ⁷³. La Société peut aussi être dissoute tacitement, par exemple, si les associés agissent tous chacun pour son compte ⁷⁴.

358. La Société est dissoute aussi par l'action, lorsque, soit en vertu d'une stipulation intervenue entre les associés, soit par suite d'un jugement, la cause de la Société a changé, un autre contrat a été conclu d'où est née une autre action. Il y a là encore une renonciation tacite ⁷⁵.

359. Enfin la Société finit avec le temps pour lequel elle a été formée ⁷⁶.

360. La dissolution de la Société anéantit le contrat, et dès lors les actes faits par les associés ne sont plus que personnels vis-à-vis de leurs coassociés. Il s'agit dès lors de liquider la Société, c'est-à-dire de fixer les droits, les obligations et les parts de chacun des associés dans l'actif social. Cette liquidation se fait au moyen de l'actio pro socio, en ce qui concerne les droits et les obligations des associés les uns à l'égard des autres, et de l'action communis dividundo pour le partage de la masse commune.

Le secours de cette dernière action est nécessaire, parce

⁷¹ Paul, L. 65. § 10, D. h. t.

⁷² Gaius, III, 151.

⁷³ Ulpien, L. 63. § 10, *in fine*. Paul, L. 65, § 3. Ulpien. L. 14, 16. Pomponius, L. 15. D. h. t.

⁷⁴ Callistrate, L. 64, D. h. t.

⁷⁵ Paul, L. 65. pr. D. h. t.

⁷⁶ Ulpien, L. 14, D. h. t.

que le but de la Société est de faire avoir aux associés un résultat commun, et non de faire un partage. L'action *pro socio* sert à mettre en mouvement les droits des associés et à fixer ainsi leurs obligations; c'est pour cela que sa formule n'a pas d'*adjudicatio*, de même qu'il n'y en a pas dans les actions qui ont pour but de faire avoir une chose, d'attribuer au demandeur la propriété d'une chose. Aussi l'action *pro socio* peut être employée pendant la durée de la Société, alors qu'il ne saurait être question de partage, à moins qu'il ne s'agisse de dépenses faites sur une chose commune ou pour partager certains bénéfices prévus ⁷⁷. Il est donc nécessaire d'avoir recours à l'action de partage, pour attribuer à chaque associé la part qui lui revient dans la masse ⁷⁸.

FORMULE

Judex esto. Quod inter A^m A^m et N^m N^m societas contracta est illius rei (omnium bonorum), quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) pro socio dare facere promittere oportet ex fide bonâ, ejus Judex. N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) duntaxat in quantum facere potest, dolove malo fecit quominus possit c. s. n. p. a.

§ 18. De præscriptis verbis et in factum actionibus.

361. Si une personne a donné à une autre ou fait pour une autre une chose dans l'intention de recevoir de celle-ci en échange une chose ou un travail équivalent, celle qui a reçu est obligée envers celle qui a donné à exécuter son obligation.

⁷⁷ Paul, L. 14, § 1. D. *Communi dividundo* (10.3).

⁷⁸ Paul, L. 65, § 13. D. h. t.

C'est là une règle de justice que les Romains n'ont pas méconnue, mais ils ne l'ont comprise d'abord qu'appliquée à la dation d'une chose, c'est-à-dire aux contrats qui se forment re : mutuum, commodatum, depositum, pignus. S'il se formait une convention qu'il n'était pas possible de faire rentrer dans le cadre d'un de ces contrats (*qui non transibat in proprium nomen contractus*), il n'en résultait qu'une obligation naturelle, et celui qui avait exécuté son obligation n'avait aucune action pour exiger ce que son cocontractant lui avait promis ¹.

Cependant on finit par admettre que celui, qui s'était constitué créancier en exécutant son obligation, pourrait répéter ce qu'il avait donné par une *condictio sine causâ* : *condictio causâ datâ causâ non secutâ* ². Puis quand la résistance du débiteur était évidemment dolosive, le Préteur n'hésita pas à donner l'*actio de dolo* au créancier, pour poursuivre le payement de dommages-intérêts ³. Et enfin on posa en principe qu'il y a convention obligatoire toutes les fois qu'un des contractants a reçu une chose pour qu'il donne ou fasse à son tour une chose en faveur de celui qui a donné ⁴.

L. un. Si propria actio prodita non erit, quæ negotio, quo de agitur, accomodari possit, uti quæque res gesta esse dicetur præscriptis verbis in factum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 32, ad Ed.) L. 20.
Gaius (Lib. 10, ad Ed., prov.)
L. 22, D. de præscriptis verbis et in factum actionibus (19.5).

S'il n'y a point d'action qui puisse être appliquée à l'affaire dont il s'agit, je donnerai une action expositive des faits, pour chaque chose qui sera déclarée avoir été faite.

¹ Celse, L. 2. Julien, L. 3. Ulpien, L. 4, D. h. t.

² Tit., D. de *condictione causâ datâ causâ non secutâ* (12.4). Voir supra, Livre 2, Titre 6. § 4, n° 189.

³ Paul, L. 5, § 2. D. in *fine*. Ulpien, L. 15, in *fine*. Pomponius, L. 16. § 1. D. h. t. Voir supra, t. I, n° 113 et sq.

⁴ Ulpien, L. 7, § 2, D. de *actis* (2.14).

362. Cette règle de l'Édit est l'œuvre des Jurisconsultes. Papinien nous apprend⁵ que les scrupules de Labéon avaient été éveillés par cette espèce : *Un marchand a chargé sur un navire des marchandises qui doivent être transportées au loin. Est-ce le maître du navire qui en a loué l'usage au marchand, ou est-ce le marchand qui a loué les services du maître du navire pour le transport des marchandises?* Et Labéon est d'avis qu'il y a lieu de donner une action civile expositive des faits *civilem actionem in factum dandam*⁶.

La tentative de Labéon trouva des imitateurs : PROCLUS, CELSE, NERATIUS. ARISTON, PAUL⁷. Ariston pose la règle ci-dessus transcrite, mais en la bornant à la dation d'une chose; et Paul la complète en prévoyant toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, au moyen de la formule *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*⁸.

363. Lorsqu'une convention ne portait pas le nom d'un rapport obligatoire vulgaire, on créa donc des formules sans nom, que les commentateurs appelèrent innomées. Il fallait pour cela exposer dans chaque cas particulier les faits qui avaient donné naissance à l'obligation; d'où in factum actio, c'est-à-dire action qui n'est pas désignée par le nom du rapport juridique né de la convention.

364. *L'actio in factum* fut une extension de l'ancienne *condictio* introduite en 510 dans le système des actions de la loi par la Loi *Silia* pour les demandes d'une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*), et étendue en 520 par la loi *Calpurnia* à toute action personnelle *de omni certâ re*⁹.

⁵ Papinien, L. 1, § 1. D. h. t.

⁶ Conf. Ulpien. L. 19. pr. : L. 20, § 2. D. h. t.

⁷ Proculus. L. 12. Celse. L. 2. Neratius, L. 6. Paul. L. 5. D. h. t. Ulpien, l. 7, § 2. D. de pactis (2.14).

⁸ Paul, L. 5, pr., §§ 1 à 5. D. h. t.

⁹ Gaius. IV, 19.

Le nom de *condictio* avait été donné à cette action, parce que le demandeur sommait *in jure* son adversaire de comparaître devant le magistrat après un délai de trente jours, pour recevoir un juge¹⁰. Du temps de Gaius, on se demandait encore quelle était l'utilité de la *condictio*, quand on pouvait agir par l'*actio sacramenti* et la *judicis postulatio*¹¹. On ne trouve dans Gaius aucune explication à ce sujet; mais il paraît constant que l'*actio sacramenti* servait à faire valoir les droits réels, que par la *judicis postulatio* on poursuivait l'exécution des obligations autres que celles ayant pour objet des choses certaines, et qu'à celles-ci s'appliquait la *condictio*. Les formes de la *condictio* disparurent avec les actions de la loi, mais l'idée qui lui avait donné naissance la sauva du trépas; il ne fut même pas nécessaire d'avoir recours à une fiction pour demander l'argent dû ou toute autre chose certaine¹², car la *condictio* contenait en germe les éléments essentiels à toute procédure. Son champ d'activité dut nécessairement s'élargir : on l'appliqua à la demande d'une chose incertaine (*condictio incerti*), à toute espèce d'obligation unilatérale, à tout droit patrimonial quelconque, en considérant l'exécution d'une obligation comme la prestation d'une chose incorporelle¹³; la possession d'une chose put même être demandée par elle¹⁴; on l'appliqua même à une demande tendant à obtenir de l'adversaire l'exécution d'une obligation par stipulation ou la libération d'un engagement indûment consenti¹⁵; enfin c'est de cette tendance générale qu'est

¹⁰ Gaius, IV. 18.

¹¹ Gaius, IV. 20.

¹² Gaius, IV, 33.

¹³ Pomponius. L. 22, § 1, D. de cond. indebiti (12.6). Paul. L. 8, pr. de act. empti et venditi (19.4).

¹⁴ Ulpien, L. 2, D. de cond. triticiarii (13.3). Ulpien, L. 25, § 1, D. de furtis (47.2).

¹⁵ Ulpien. L. 1, pr. de cond. sine causâ (12.7). Ulpien, L. 7, pr. Ususfructus quemadmodum petatur (7.9).

née l'idée que, lorsque la loi crée un rapport obligatoire sans lui joindre en même temps une action, on doit en poursuivre l'exécution par une *condictio ex lege*¹⁶; aussi avait-on fini par considérer comme synonymes les expressions *condictio* et *in personam actio*¹⁷. La rédaction de la formule : *quidquid ob eam rem dare facere oportet* devait nécessairement conduire à ce résultat une institution rendue aussi élastique¹⁸.

365. Mais la *condictio certi* était nécessairement une action de droit strict, conduisant à un *strictum iudicium*, car le *certum* est *id quod ex ipsâ pronuntiatione apparet quid, quale quantumque sit*¹⁹, et le Juge n'a qu'à rechercher si la somme est due. La *condictio incerti* au contraire, avec la formule *quidquid dari fieri oportet ex fide bonâ*, laissant au Juge le soin d'apprécier l'intérêt du demandeur et de fixer le chiffre de la condamnation, était par cela même une action de bonne foi conduisant à un *iudicium bonæ fidei* ou à un *arbitrium* qui permettait au défendeur d'éviter une condamnation par une exécution volontaire²⁰. Il est vrai que, quand il s'agissait d'une action personnelle *de omni certâ re*, le Juge avait aussi une appréciation à faire; mais c'était bien moins pour fixer le chiffre de la condamnation, que pour estimer les dommages-intérêts dus au demandeur, puisqu'il pouvait dans certains cas accorder à celui-ci le bénéfice de *in litem jurare*²¹.

Ce qui constituait la condition essentielle des *condictiones stricti juris*, c'était donc le *certum*; de même que l'*incertum* caractérisait les *condictiones bonæ fidei*. Ainsi la *condictio*,

¹⁶ Paul, L. 1, D. de cond. ex lege (13.2).

¹⁷ Gaius, IV, 5, 18. Ulpien, L. 25, pr. de oblig. et act. (44.7).

¹⁸ Lex Galliæ Cesalpinae, 20. Gaius, IV, 136.

¹⁹ Gaius, L. 74, § 1. Ulpien, L. 75, pr. D. de verb. oblig. (45.1).

²⁰ Cicéron, pro Roscio Comædo, 4. Topica, XVII, 16. De officiis III, 16. Lex Galliæ Cesalpinae, 21, 22.

²¹ Cicéron, pro Roscio Comædo, 1. — T. D. de in litem jurando (12.3).

qui avait pour objet la délivrance d'un legs, c'est-à-dire un *incertum*, était jugée *ex bonâ fide*, puisqu'elle faisait obtenir les intérêts et les fruits de la chose due²²; et quand il s'agissait de toute autre chose que d'une somme d'argent fixée d'avance, la demande était jugée d'après les règles gouvernant les *condictiones certæ* ou *incertæ*, suivant que leur objet était un *certum* ou un *incertum*²³. Il en résulte que les *condictiones* et toutes les actions, nées des stipulations, étaient *stricti juris* ou *bonæ fidei*, suivant que leur objet était un *certum* ou un *incertum*, c'est-à-dire suivant que l'objet de la stipulation ou la cause de l'obligation, tel que l'un ou l'autre était consigné dans l'*intentio* de la formule, se trouvait être un *certum* ou un *incertum*²⁴; et par conséquent il dépendait du demandeur d'imprimer à l'action le caractère d'un *strictum iudicium*, en estimant l'objet de sa demande, alors même qu'il eût été un *incertum*²⁵.

366. Nous avons dit (supra n° 63) que pour créer ces formules innomées, il fallait, dans chaque cas particulier, exposer les faits qui avaient donné naissance à l'obligation. Cela était indispensable, parce que d'une part, dans tous ces cas prévus par Paul: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, la *condictio* était *incerti*, puisque la nature et la valeur de son objet se trouvaient déterminées par l'exécution que le demandeur avait faite; et parce que d'autre part, l'*intentio* de la formule de la *condictio incerti* étant conçu dans les termes généraux: *quidquid ob eam rem dare facere oportet*, l'action aurait embrassé tous les

²² Gaius, II. 280.

²³ Ulpien, L. 1, 2, 3. Gaius, L. 4, D. de cond. triticiariâ (13.3).

²⁴ C'est ainsi qu'il faut entendre les textes: Ins. J., pr. de verb. oblig. (3.15). Ulpien, L. 24, D. de rebus creditis (12.1).

²⁵ Ulpien, L. 9, pr., § 3, D. de rebus creditis (12.1). Paul, L. 28, § 4, D. de iurejurando (12.2). Nous reviendrons sur ce sujet, lorsque l'Édit s'occupe des stipulations.

rapports juridiques existant entre les parties. Or pour cela, la demonstratio était insuffisante, car, inutile dans les condictiones certi parce que l'objet poursuivi était déterminé par le certum, pour lequel l'intentio suffirait, elle devait, dans les actions vulgaires, contenir la désignation du rapport créé par l'obligation : *Quod A^s A^s N^o N^o hominem VENDIDIT*; et le rapport obligatoire qu'il s'agissait de protéger n'avait pas de nom. On remplaça la demonstratio par une præscriptio, dans laquelle on put à l'aise exposer les faits²⁶; et quoique, ainsi que nous venons de le faire remarquer, l'intentio de la formule fût, comme dans toutes les condictiones, in jus concepta, l'action était fondée sur les faits exposés dans la præscriptio; et dès lors tous les rapports de droit civil purent être protégés au moyen de formules sans noms, comme l'exécution des contrats vulgaires pouvait être poursuivie par les actions particulières auxquelles ils avaient donné naissance.

367. Ce qui caractérise les contrats donnant lieu à l'action præscriptis verbis, c'est qu'ils se forment re; mais le lien de droit n'existe entre les parties que lorsqu'une d'elles a exécuté son obligation²⁷. Alors elle devient créancière de l'autre et a dès lors contre elle, en cas d'exécution de sa part, le jus pœnitendi, c'est-à-dire le choix : ou de demander la restitution de ce qu'elle a donné, par une condictio causâ datâ causâ non secutâ, ou d'exiger la prestation promise au moyen de l'action præscriptis verbis²⁸, ou bien des dommages-intérêts²⁹.

Toutefois les sources révèlent une certaine hésitation de la jurisprudence à ce sujet. Le vinculum juris était bien

²⁶ Gaius, IV. 136.

²⁷ Ulpien, L. 7, § 2, D. de pactis (2.14). Paul, L. 5, pr., §§ 2, 4, D. h. t.

²⁸ Julien, L. 19, pr. D. de rebus creditis (12.1). Ulpien, L. 3, pr. §§ 1, 2, 3, D. de cond. c. d. c. n. s. (12.4).

²⁹ Paul, L. 5, §§ 1. 2. 4, 5. Papinien, L. 7, 9, D. h. t.

formé par l'exécution de la part d'une des parties, puisque cette exécution lui donnait le *ius pœnitendi* et que dès lors l'autre partie était engagée envers elle. Mais était-elle elle-même définitivement liée, ou pouvait-elle se dédire du contrat, tant qu'il n'avait pas été exécuté par l'autre partie ? C'est ce qui semble résulter des nombreux fragments du titre *de Cond. c. d. c. n. s.* (12. 4) et de la L. 5, § 2, D. h. t. Sous ce rapport, bien que se formant *re*, le contrat n'avait pas le caractère rigoureux des contrats vulgaires de même nature. Et ce qui prouverait qu'il en est ainsi, c'est que dans l'origine l'action n'était donnée qu'à celui qui avait formé le contrat par l'exécution de son obligation, et qu'on avait fini par la donner *utiliter* à l'autre partie, lorsque cette exécution n'avait pas été conforme à l'intention commune³⁰.

En résumé, le progrès consista en ce que l'exécution par une partie donna force obligatoire, à charge de l'autre partie, à toute convention (*contractus incertus*³¹), qui, ne rentrant pas dans une des catégories des contrats vulgaires, fût restée, sans cette exécution, un *nudum pactum*. C'est le triomphe de l'idée que la substance des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir une chose ou un droit, mais à obliger quelqu'un envers nous à donner ou à faire³².

368. Toutefois, si des difficultés se présentent, soit pour apprécier la nature du contrat, soit au sujet de ses conséquences accessoires, il y a lieu de recourir par analogie aux règles des contrats vulgaires qui ont le plus de rapport avec celui qui a été formé³³. Il en est de même

³⁰ Ulpien, L. 7, § 2, D. *de pactis* (2.14). Paul, L. 1, § 1, D. *de rerum permutatione* (19.4).

³¹ Ulpien, L. 9, pr. D. *de rebus creditis* (12.1).

³² Paul, L. 3, pr. D. *de oblig. et act.* (44.7).

³³ Ulpien, L. 1, § 9, D. *de depositi* (16.3). Paul, L. 2, D. *de rerum permutatione* (19.4). Paul, L. 5, § 4, D. h. t.

de la responsabilité. Sans doute le débiteur est à l'abri de toute poursuite, quand un cas de force majeure l'a mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation; cela est conforme aux principes généraux en matière de cas fortuit³⁴, mais il est responsable de sa faute, à moins qu'il ne prouve qu'il a été dans l'impossibilité de faire ce à quoi il s'était engagé³⁵, et qu'avant le cas fortuit il a fait tout ce qui a dépendu de lui pour remplir ses engagements³⁶. C'est ainsi que, s'il avait un terme pour s'exécuter, il serait à l'abri de toute responsabilité, si l'impossibilité d'exécution était survenue avant le jour fixé³⁷.

FORMULE

Judex esto. Quod A^s A^s N^o N^o illud dedit, ut N^s N^s illud daret faceret, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

369. N. B. Les fragments des commentaires de l'Édit, parvenus jusqu'à nous, nous apprennent qu'il avait spécialement reconnu trois contrats qui devaient être plus tard qualifiés d'innomés : *Contractus æstimatorius*, *Permutatio* et *Precarium*. Les deux premiers venaient de suite après l'*actio præscriptis verbis* qui leur sert de base. Quant au *Precarium*, il a sa place parmi les Interdits³⁸.

³⁴ Paul, L. 5, § 1, D. h. t.

³⁵ Ulpien, L. 3, § 3, D. de cond. c. d. c. n. s. (12.4).

³⁶ Ulpien, L. 5, D. de cond. c. d. c. n. s. (12.4).

³⁷ Ulpien, L. 3, § 3, D. de cond. c. d. c. n. s. (12.4).

³⁸ *Infra*, t. II, N^{os} 1096 et sq.

§ 19. De *Æstimato* ¹.

370. Ulpien expose ainsi les motifs qui ont fait introduire cette action :

Lorsqu'une personne donnait à une autre, pour la vendre, une chose dont elle avait fixé la valeur, on ne savait quelle action employer : était-ce l'action de vente en raison de l'estimation de la chose; était-ce l'action directe de loyer, comme si la chose avait été louée pour être vendue; ou l'action contraire de loyer, comme si celui qui l'avait reçue avait loué ses services (*operas*) pour la vendre; ou l'action directe de mandat? Cette incertitude a conduit la Jurisprudence à introduire une action spéciale, expositive de la convention, fondée sur l'estimation de la chose donnée pour être vendue, et qui est dès lors aux risques de celui qui s'en charge ².

C'est dans cette pensée que le Préteur a publié l'Édit suivant :

L. un. Si res *æstimata* vendenda data fuerit, nec ipsa res incorrupta reddita sit, de *æstimato* actionem dabo.

Ulpien (Lib. 32, ad Ed.) l. 1, D. de *æstimatoriâ* (19.3).

Si une chose estimée a été remise à quelqu'un pour être vendue, et qu'elle ne soit pas restituée en bon état, je donnerai action au sujet de l'estimation.

Le contrat, dont il est ici question, ne saurait en effet être considéré comme une vente, un louage ou un mandat. Ce n'est pas une vente, parce que celui qui reçoit pour la vendre une chose estimée, n'a pas à payer un prix et peut

¹ Ne pas confondre cette action avec l'*actio quanti minoris* de l'Édit des Édiles (21.1). *Infra*, t. II, n° 1251.

² Ulpien, l. 1, § 1. D. de *æstimatoriâ* (19.3).

la rendre, s'il ne la vend pas. Ce n'est pas un mandat, parce que le mandat est gratuit et que, si la chose est vendue plus qu'elle n'a été estimée, le bénéfice est pour celui qui s'était chargé de la vendre. Ce n'est pas une société, parce que le bénéfice est tout entier pour l'une des parties⁵. Ce n'est pas un louage, parce qu'il n'y a pas de salaire déterminé (*merces constituta*). C'est sans doute ce que veut dire Paul : *hac actio utilis est etsi merces intervenit*⁴. Le mot *utilis* ne signifie pas que cette action est donnée *utiliter*, quoique l'un des contractants reçoive un salaire, mais qu'on peut y avoir recours, au lieu d'employer l'action de louage, malgré le salaire convenu, parce que cette convention diffère du louage, en ce que celui qui est chargé de vendre la chose a la faculté de la rendre ou sa valeur estimée.

C'est une action de bonne foi³, comme l'est, du reste, l'*actio præscriptis verbis*, qui est à l'*actio æstimatoria* ce que le genre est à l'espèce.

FORMULE

Judex esto. Quod A^s A^s N^o N^o illam rem illo pretio æstimatam vendendam dedit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex lide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 20. De rerum permutatione.

371. L'échange est un contrat par lequel une personne, en recevant une chose d'une autre personne, s'oblige à lui donner une autre chose. C'est ce que sanctionne l'Édit en ces termes :

³ Ulpian, L. 43, pr. D. de *præscriptis verbis* (19.5).

⁴ Paul (Lib. 30, ad Ed.), L. 2, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 1, pr. D. h. t.

L. un. Si permutatio facta esse dicetur, de eâ re in factum actionem dabo.

Paul (Lib. 32, ad Ed.) L. 1, 2, D. h. t.

S'il est dit qu'un échange a été conclu, je donnerai à ce titre une action expositive des faits.

La vente et l'échange ont de nombreux points de ressemblance; néanmoins ces deux contrats diffèrent l'un de l'autre sous bien des rapports :

Le caractère de la vente est tel qu'on puisse toujours distinguer quel est le vendeur, quel est l'acheteur; l'objet vendu et le prix ¹. Dans l'échange il serait, en général, difficile de distinguer le vendeur de l'acheteur, le prix de l'objet vendu ², si on voulait l'assimiler à la vente. A vrai dire l'assimilation n'est pas possible; ni les caractères des deux contrats, ni les obligations des parties ne sont les mêmes: La vente est parfaite par le seul consentement des contractants; l'échange implique l'idée d'une mutation de propriété effective et n'est, dès lors, conclu que par la dation d'une chose pour en obtenir une autre (do ut des); s'il en était autrement, une obligation civile pourrait résulter de la seule volonté des parties, ce qui n'est vrai que des contrats nommés (obligationes quæ nomen suum habent) ³.

Dans l'échange, chaque partie transfère à l'autre la propriété de ce qu'elle lui donne; dans la vente, le vendeur n'est obligé de transférer que la *vacuam possessionem*, l'acheteur seul doit transférer au vendeur la propriété du prix ⁴. Dès lors, si l'un des échangistes donne la chose d'autrui, il n'y a pas d'échange; et celui qui a ainsi reçu la chose d'autrui, après avoir exécuté de son chef la convention, peut exercer le *jus penitendi* en demandant soit

¹ Paul, L. 1, pr. D. h. t.

² Nous reviendrons sur ce point en traitant de la vente. Voir infra, n° 376.

³ Paul. L. 1, § 2. D. h. t.

⁴ Paul. L. 1, pr. D. h. t.

l'exécution de la part de son coéchangiste ou des dommages-intérêts par l'action *præscriptis verbis*, ou la restitution de ce qu'il a donné par la *condictio causâ datâ causâ non secutâ*⁵. Dans la vente, au contraire, l'inexécution de la part d'une des parties ne donne pas lieu à l'action en résolution en faveur de l'autre, qui ne peut que demander des dommages-intérêts.

Enfin la vente est rescindable pour cause de lésion; il n'en saurait être ainsi dans l'échange, parce que l'action en lésion n'est admise qu'en faveur du vendeur et pour des motifs qui ne se rencontrent pas ici; et que dans l'échange on ne peut pas dire qui est vendeur, qui est acheteur.

FORMULE

Judex esto. Quod A^s A^s cum N^o N^o illos res (mensam argenteam et hominem) permutavit (et homo quem A^s A^s accepit evictus (fugitivus) est)⁶ quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 21. De Emptione et venditione.

372. La vente tire son origine de l'échange, ainsi que le dit Paul dans le préambule du frag. 1^{er} où il expose, aussi bien que pourrait le faire un économiste moderne, le phénomène des échanges et le rôle social de la monnaie.

373. La vente est un contrat par lequel une personne s'engage à livrer à une autre une chose et à lui en assurer la libre possession, moyennant un prix en argent, fixé au moment de la convention ou à fixer par un tiers¹.

⁵ Paul, L. 1, § 4. D. h. t. Supra, n^o 367.

⁶ Paul, L. 2, D. h. t. Ulpian, L. 49, § 5, D. de *Ædilitio Edicto* (21.1).

¹ Gaius, III. 139. 140, 141.

L. 1. Si emptio-venditio contracta esse dicatur, de eâ re iudicium dabo.

Fragments du Titre, D. *Contra-hendâ emptione* (18.1).

Si on déclare qu'une vente a été conclue, je donnerai action à ce titre.

374. Il faut distinguer les conditions essentielles à la vente et sans lesquelles elle n'existe pas, et les conditions qui sont seulement de la nature de la vente et à laquelle les parties peuvent renoncer :

Trois conditions sont essentielles à la vente : *res, pretium, consensus*². Les conditions de garantie sont de la nature du contrat.

375. RES³. Ce mot doit être pris ici dans son acception la plus large, car la vente peut avoir pour objet non seulement les choses corporelles susceptibles du droit de propriété, mais encore les droits qui font partie de notre patrimoine; quant aux choses hors du commerce, elles ne peuvent pas être vendues⁴.

Ainsi on peut vendre, sinon un usufruit, du moins le droit de jouir d'un usufruit⁵; un droit de superficie⁶; un droit de gage ou d'hypothèque, mais avec la créance dont il est la garantie⁷; une servitude réelle, en ce sens qu'elle peut être constituée moyennant un prix en argent, mais non une servitude personnelle qui toutefois peut toujours être rachetée par le propriétaire du fonds servant, comme la jouissance d'un usufruit⁸.

² Pomponius, L. 8, pr. Ulpian, L. 2, § 1; L. 9, pr. D. h. t.

³ Le mot *Merx* sert à désigner spécialement les choses mobilières. Paul, L. 1, pr. D. h. t. Ulpian, L. 66, D. *de verb. sign.* (50.16).

⁴ Paul, L. 34, § 1, D. h. t.

⁵ Paul, L. 8, § 2, D. *de periculo et commodo rei venditæ* (18.6).

⁶ Paul, L. 16, § 2, D. *de pignoratitiâ actione* (13.7).

⁷ Paul, L. 6, Hermogénien, L. 23, pr. D. *de hereditate vel actione venditâ* (18.4).

⁸ Labéon, L. 80, § 1, D. h. t. Paul, L. 8, § 2, D. *de peric. et comm.* (18.6).

La vente ne peut pas avoir pour objet un droit d'obligation; mais le droit de poursuivre l'exécution de l'obligation peut être cédé, en constituant le cessionnaire *cognitor* ou en le laissant agir en qualité de *procurator in rem suam*. La cession faite dans ces conditions moyennant un prix, équivaut à une vente ⁹.

Une hérédité acquise peut être l'objet de la vente, ainsi que nous le verrons bientôt.

On peut vendre et acheter les choses futures, à la condition toutefois que leur existence soit probable : les fruits d'une prochaine récolte, des esclaves non encore nés, les poissons ou le gibier qu'on prendra à la pêche ou à la chasse ¹⁰. On peut promettre ou vendre la chose d'autrui ¹¹. Mais on ne peut pas acheter ce dont on est déjà propriétaire; toutefois si j'ai acheté ce que j'ignorais être à moi, je pourrai répéter comme indû ce que j'ai payé ¹².

On ne peut ni acheter ni vendre un homme que l'on sait être libre ¹³; ni les *res sacras et religiosas*, à moins qu'elles ne soient des accessoires peu importants du fonds aliéné ¹⁴. Il en est de même des choses publiques : quand un banquier vend sa boutique, il ne vend pas le sol sur lequel elle est construite, parce qu'il n'en a que l'usage ¹⁵.

Si une chose volée a été vendue, la vente est nulle, à moins que l'acheteur ait ignoré que la chose provenait d'un vol ¹⁶. Un tuteur ne peut pas acheter ce qui appartient

⁹ Voir supra. Livre 1. Titre 4. §§ 1, 2, n° 75 et sq. *Infra*, n° 331 et sq.

¹⁰ Pomponius, L. 8, pr., § 1, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 28. D. h. t. Paul, L. 25, § 40. *Familia erciscunda* (40.2). Ulpien, L. 48, § 2, D. *de donationibus* (39.5). Marcellus, L. 98. pr. *de verborum obligationibus* (45.1).

¹² Pomponius, L. 16, pr. D. h. t. Ulpien, L. 45. D. *de regulis juris* (50.17). Paul, L. 34, § 4, D. h. t.

¹³ Paul, L. 34, § 2. Pomponius, L. 6, pr. D. h. t. *Infra*, t. II. n° 774 et sq.

¹⁴ Ulpien, L. 22, 24. Paul, L. 23, D. h. t.

¹⁵ Ulpien, L. 32, D. h. t.

¹⁶ Paul, L. 34, § 3. Gaius, L. 35, § 3. D. h. t.

à son pupille; et cette décision s'applique aux curateurs, procureurs, et à ceux qui gèrent les affaires d'autrui ¹⁷.

376. **PRETIUM.** Le prix doit être sérieux, certain et consister en une somme d'argent.

1° Le prix doit être sérieux : Une vente, fixant un prix que le vendeur ne doit pas exiger, n'est pas une vente; c'est une donation simulée ¹⁸. Mais une vente à vil prix dans l'intention de faire une donation, serait valable, excepté entre époux ¹⁹.

2° Le prix doit être certain, c'est-à-dire déterminé ou à déterminer; et dès lors la vente serait nulle si l'acheteur devait le fixer à son gré ²⁰; mais elle serait valable si le prix, bien que non fixé au moment de la convention, pouvait être ultérieurement déterminé ²¹.

3° Le prix doit consister en une somme d'argent (*in numeratâ pecuniâ*).

Gaius nous apprend qu'une controverse s'était élevée entre les Proculéiens et les Sabiniens sur la question de savoir si le prix peut consister en une autre chose qu'une somme d'argent ²². Suivant les Proculéiens, un des caractères principaux de la vente consiste en ce que le vendeur et l'acheteur jouent là des rôles différents, sont soumis à des obligations différentes, et qu'il est impossible de les distinguer si le prix n'est pas une somme d'argent; car alors on ne pourra même pas distinguer la chose vendue et le prix d'achat. C'est précisément là ce qui différencie la vente de l'échange. Les Sabiniens, citant des vers d'Homère, montraient les Grecs payant avec du fer le vin qu'ils

¹⁷ Paul, L. 34, § 7. Marcien, L. 46, D. h. t.

¹⁸ Paul (Lib. 2, *ad Edictum Aedilium Curulium*), L. 55. Ulpien (Lib. 43, *ad Ed.*), L. 36, D. h. t.

¹⁹ Ulpien, L. 38, D. h. t.

²⁰ Gaius (Lib. 10, *ad Ed.*, *prov.*), L. 35, § 1. Ulpien, L. 37, D. h. t.

²¹ Ulpien, L. 7, §§ 1, 2, D. h. t.

²² Gaius, IV, 141.

achetaient²³, soutenaient que le prix pouvait consister en tout autre chose, et l'un d'eux, Cœlius Sabinus, disait que, pour distinguer l'acheteur du vendeur, la chose vendue du prix d'achat, il suffisait de rechercher quelle était celle des parties contractantes qui avait mis sa chose en vente, parce qu'en provoquant le contrat, elle se constituait par cela même venderesse. Mais ce n'était qu'un cas particulier qui dès lors ne pouvait pas servir de base générale; aussi l'opinion des Proculéiens l'emporta²⁴.

Mais si le prix doit être déterminé ou déterminable, il n'est pas nécessaire que le chiffre soit fixé au moment du contrat; et peut-il être abandonné à l'arbitrage d'un tiers? Les Jurisconsultes n'étaient pas d'accord à ce sujet²⁵; mais si l'on admet qu'il y a vente, ce ne peut être qu'une vente soumise à la condition que le tiers voudra ou pourra fixer le prix²⁶.

377. DE CONSENSU. Le consentement des parties doit porter non seulement sur la vente elle-même, mais sur toutes les conditions du contrat. Si par exemple la vente est faite sans l'intention de transférer le pouvoir sur la chose (*ut rem emptori habere liceat*), ce peut être un louage, ce n'est pas une vente²⁷.

L'erreur vicie le consentement, mais sur quelles parties le contrat doit-elle porter? Si l'erreur porte sur la chose même (*cum in corpore dissentiatur*), la vente est nulle; mais elle est valable, si, d'accord sur la chose, les parties lui donnent des noms différents²⁸. Mais *quid* si l'erreur porte sur la substance, par exemple si on vend du vinaigre pour du vin, du cuivre pour de l'or, de l'étain pour de

²³ Paul (Lib. 33, ad Ed.), L. 1, § 1, D. h. t.

²⁴ Voir supra, § 20, de *rerum permutatione*, n° 371.

²⁵ Gaius, III, 140. Voir supra, n° 341.

²⁶ Justinien, L. 15, C. de *contrahendâ emptione* (4.38).

²⁷ Ulpien, L. 9, pr. Labéon, L. 80, § 3, D. h. t.

²⁸ Ulpien, L. 9, pr., § 1, D. h. t.

l'argent... ? Dans ces cas, la vente est nulle ²⁰. Toutefois, si la chose vendue pour être entièrement en or n'en renfermait qu'une petite quantité unie à une grande quantité de cuivre; ou si le titre de l'or était plus bas que celui sur lequel l'acheteur avait compté, la vente n'en serait pas moins valable, parce qu'on est d'accord sur le corps du contrat (*quia in corpus consensum est*) ²⁰.

378. De ce que le consentement suffit pour faire naître entre les contractants les obligations qui naissent du contrat de vente, il s'ensuit deux conséquences : d'abord, le consentement n'est soumis à aucune forme; il peut être donné entre absents *per nuntium, per litteras*, ou tacitement ²¹. Ensuite, nul ne peut être contraint d'acheter ou de vendre. Pourtant il y a à cette règle plusieurs exceptions dont les principales sont celles-ci : Nous pouvons être forcés de céder notre propriété, lorsqu'un intérêt public l'exige; ainsi, dans le cas où un fleuve débordé a emporté un chemin public, le plus proche voisin doit en fournir un autre ²². Un créancier hypothécaire peut user du *jus offerendæ pecuniæ*, pour forcer un autre créancier, qui a une hypothèque antérieure sur le même objet, à lui céder son droit ²³.

EX EMPTO FORMULA

Judex esto (ea res agatur de fundo mancipando) ²⁴. Quod A° A° de N° N° fundum quo de aigtur emit, quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet ex fide bonâ, ejus Judex, c. s. n. p. a.

²⁰ Ulpian, L. 9, § 2, D. h. t.

²⁰ Paul, L. 10. Ulpian, L. 9, § 2; L. 14, D. h. t.

²¹ Paul, L. 1, § 2, D. h. t. Scévola, L. 12, D. *de evictionibus* (21.2).

²² Javolenus, L. 14, § 1, D. *quemadmodum servitutes amittuntur* (8.6). Ulpian, L. 2, § 25, D. *ne quid in loco publico* (43.8).

²³ Gaius, L. 11, § 4. Marcien, L. 12, § 6, D. *qui potiores in pignore* (20.4). Papinien, L. 2. Marcien, L. 5, § 1, D. *de distractione pignorum* (20.5).

EX VENDITO FORMULA

Judex esto. Quod A° A° N° N° hominem, quo de agitur, vendidit, quidquid paret N^m N^m ob eam rem A° A° dare facere oportere ex fide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

379. DES ARRHES. Les arrhes sont une somme d'argent ou un objet quelconque que l'une des parties donne à l'autre comme preuve de la conclusion du contrat ^{34bis}.

L. 2. Si quis aliquid arrhæ nomine pro pacto dedisse dicetur, pacto non secuto, ei, causâ cognitâ, conditionem dabo.

Gaius (Lib. 10, ad Ed., prov.) L. 35, pr. D. h. t.

Ulpien (Lib. 32, ad Ed.) L. 11, § 6. de actionibus empti et venditi (19.1).

Si quelqu'un est dit avoir donné quelque chose à titre d'arrhes, à l'occasion d'un pacte non exécuté, je lui donnerai une action personnelle, après avoir pris connaissance de la cause.

La dation d'arrhes est un contrat réel, accessoire à une autre convention, en usage surtout dans les ventes ³⁵, mais susceptible d'être jointe à toute espèce de contrat, de garantir même l'exécution d'une obligation naturelle. C'est une clause pénale qui, par la dation de la chose, prend le caractère d'un contrat innomé. Les arrhes, données par l'acheteur, sont un acompte sur le prix de vente, de telle sorte qu'il n'a plus que le reliquat à payer ³⁶. Mais le contrat peut ne pas être exécuté. Si c'est la partie qui a donné les arrhes qui n'exécute pas son obligation, elle les perd,

³⁴ Gaius, IV, 131.

^{34bis} Gaius, III, 139.

³⁵ L'Arrha sponsalitia n'est pas une stipulatio pœnæ, interdite dans les sponsalia (Papinien, L. 71. § 1, de cond. et demons (35.1), — Paul. L. 134, pr. D. de verb. oblig. (45.1)); elle n'est qu'un moyen de donner quelque efficacité à la promesse. Voir infra, n° 409.

³⁶ Varron, de linguâ latinâ, IV, 4, 36. Scævola, L. 6. pr. de lege commissoriâ (18.3).

l'autre partie les garde et repousserait la répétition par l'exception de dol. Si le contrat n'est pas exécuté par la faute de celui qui a reçu les arrhes, son adversaire a le droit de les répéter par la *condictio sine causâ* ²⁷. Le tout sans préjudice du droit qu'a chaque partie d'exiger l'exécution de l'obligation principale, si elle ne veut pas renoncer au contrat en se contentant des arrhes ²⁸.

Dans la législation de Justinien, les arrhes, tout en restant un moyen de preuve, ont pris le caractère d'un dédit ²⁹.

FORMULES

Judex esto : Quod A^o A^o N^o N^o (Luciæ Titiaë) arrhæ nomine annulum ³⁰ aureum pro emptione (sponsalibus) dedit, et emptio non secuta fuit (nuptiæ non secutæ fuerunt), quanti ea res est. Judex, N^o N^o (Luciam Titiam) A^o A^o, nisi restituat, c. s. n. p. a.

380. Si les Romains étaient dans l'usage de donner des arrhes dans la vente ; nos sources nous disent que souvent aussi ils ajoutaient au contrat des pactes qui en modifiaient les obligations. Tels sont la *in diem addictio* et la *lex Commissoria*, dont se sont occupés, dans leurs commentaires de l'Édit, Ulpien, au livre 32, et Paul, au livre 33.

381. DE IN DIEM ADDITIONE :

L. 3. Si emptio venditio cum in diem additione facta fuisse dicetur, venditori, causâ cognitâ, judicium dabo.

Paul (Lib. 33, ad Ed.) L. 8.
Ulpien (Lib. 32, ad Ed.) L. 16,
D. de *in diem additione* (18.2).

Si une vente est dite avoir été faite sous la condition que, dans un certain délai, le vendeur aura le droit de livrer l'objet vendu à celui qui lui offrira un meilleur prix, je lui donnerai action, en connaissance de cause.

²⁷ Scévola, L. 8, D. de *lege commissoriâ* (18.3).

²⁸ Scévola, L. 6, pr. *eod.* (18.3).

²⁹ Justinien, L. 17, C. de *fide instrumentorum* (4.21).

³⁰ Ulpien (Lib. 32, ad Ed.), L. 11, § 6, de *actionibus empti et venditi* (19.1).

L'in diem additio est un pacte, ajouté à la vente, par lequel le vendeur se réserve le droit de céder, dans un délai déterminé, la chose vendue, à une autre personne qui lui offrira un meilleur prix que son acheteur actuel.

Il faut distinguer ici le cas où la vente est conditionnelle, ne devant être définitive que si une autre personne n'offre pas des conditions meilleures, et le cas où la vente est pure et simple, mais pourra être résolue si des conditions meilleures sont offertes au vendeur. Cela dépend de l'intention des parties, manifestée par les termes dont elles se sont servies en contractant ⁴¹. Si la vente est pure et simple, l'acheteur peut commencer à prescrire, il gagne les fruits et les accessoires de la chose qui est à ses risques ⁴². Si la vente est conditionnelle, la possession n'est pas utile pour prescrire, et l'acheteur ne fait pas les fruits siens ⁴³.

Pour que le pacte produise ses effets, plusieurs conditions sont nécessaires : 1° Il faut un second et sérieux acquéreur ⁴⁴. 2° Il faut que ce nouvel acquéreur offre des conditions meilleures, soit qu'il offre un prix plus élevé, soit qu'il propose un mode de paiement plus facile ou plus prompt ⁴⁵. 3° Le nouvel acquéreur doit se présenter et faire ses offres avant l'expiration du délai (*intra diem*) ⁴⁶.

Le pacte étant fait dans l'intérêt du vendeur, celui-ci peut refuser les offres du second acquéreur, et rendre ainsi la vente définitive, à moins que le premier acquéreur ne se soit réservé le droit de retirer sa parole, dans le cas où un autre acquéreur se présenterait ⁴⁷. Mais le vendeur,

⁴¹ Ulpien, L. 2, pr. D. h. t.

⁴² Ulpien, L. 2, § 1, D. h. t.

⁴³ Ulpien, L. 3, pr. D. h. t.

⁴⁴ Ulpien, L. 4, § 5. Paul, L. 14, §§ 1, 2, 3. Africanus, L. 18, D. h. t.

⁴⁵ Ulpien, L. 4, § 6. Pomponius, L. 15, § 1. Julien, L. 17, D. h. t.

⁴⁶ Pomponius, L. 15, pr. D. h. t.

⁴⁷ Ulpien, L. 9, D. h. t.

qui veut accepter les offres qui lui sont faites, doit avertir son acquéreur qui a droit de surenchérir ⁴⁸.

FORMULE

Judex esto. Quod A° A° hominem, d. q. a., centum N° N° emptum fecit, nisi quis intra Kalendas Januarias meliorem conditionem fecerit, et ante diem Lucius Titius centum et decem obtulit, Judex, quanti ea res est, N^m N^m A° A° condemna, nisi restituat, s. n. p. a.

382. DE LEGE COMMISSORIA.

L. 1. Si emptio venditio cum lege commissoriâ facta fuisse dicitur, venditori, causâ cognitâ, judicium dabo.

Ulpien (Lib. 30, ad Ed.) L. 3.
Paul (Lib. 32, ad Ed.) L. 4, pr.
D. de lege commissoriâ (18.3).

Si une vente est dite avoir été faite avec pacte résolutoire, je donnerai action au demandeur après avoir pris connaissance de l'affaire.

Le pacte commissoire est une convention par laquelle il est convenu entre les parties contractantes que celle qui n'exécuterait pas ses obligations, serait déchue de tous les droits qui pourraient résulter pour elle du contrat.

Ce pacte peut être ajouté à tous contrats, à l'exception du gage qui est lui-même un contrat accessoire à un contrat principal ⁴⁹. Mais il est surtout fréquent dans le contrat de vente, et usité généralement en faveur du vendeur pour le cas de non-paiement du prix ⁵⁰.

Le pacte commissoire sera, suivant les termes de la convention, ou une condition suspensive de la vente, ou une condition à laquelle sa résolution sera soumise. Dans le premier cas, la vente n'est parfaite et ne produit ses effets que lorsque le lien de droit résultant du pacte aura reçu

⁴⁸ Paul (Lib. 33, ad Ed.), L. 7. 8. Ulpien, L. 6, § 1, D. h. t.

⁴⁹ Voir supra, § 8, N. B., n° 303.

⁵⁰ Pomponius, L. 2, D. h. t.

son exécution; dans le second cas, la vente est pure et simple et sa résolution n'aura lieu que si l'événement prévu dans le pacte s'est réalisé. En cas d'incertitude, la vente doit être considérée comme pure et simple et sa résolution conditionnelle ⁵¹. A vrai dire, la première hypothèse ne constitue pas un pacte résolutoire : puisque la vente est conditionnelle, elle n'existe pas encore, et il ne peut y avoir lieu à résoudre qu'un contrat parfait. Ce que l'Édit a en vue, c'est le pacte résolutoire.

Il y a lieu à l'exécution du pacte résolutoire, lorsque l'acheteur, sommé de payer, est en demeure de le faire ⁵², à moins que le paiement ne puisse pas se faire par la faute du vendeur ⁵³.

Le vendeur, en faveur de qui le pacte a été conclu, est libre d'user de l'action promise par l'Édit : par exemple, si une maison a été détruite par un incendie après avoir été vendue, l'acheteur, si pareille liberté lui était donnée, pourrait en ne payant pas résoudre le contrat, ce qui serait contraire au principe qui met la chose vendue à ses risques ⁵⁴. Par contre, si le vendeur reçoit le restant du prix ou demande le paiement du prix après l'échéance du terme fixé par le pacte, il est censé avoir renoncé au droit de poursuivre la résolution ⁵⁵.

Si la vente est résolue par l'effet du pacte, l'acheteur doit rendre non seulement la chose, mais encore les fruits ⁵⁶, à moins qu'il n'ait payé une partie du prix ⁵⁷. Quant au vendeur, il doit restituer ce qu'il a reçu du prix, mais non les arrhes que l'acheteur lui a données ⁵⁸.

⁵¹ Ulpian, L. 4, D. h. t.

⁵² Paul, L. 4, § 4, D. h. t.

⁵³ Scévola, L. 8, D. h. t.

⁵⁴ Pomponius, L. 2, D. h. t.

⁵⁵ Scévola, L. 6, § 2. Hermogène, L. 7, D. h. t. Frag. vatic., III, 4.

⁵⁶ Neratius, L. 5. Scévola, L. 6, pr. D. h. t.

⁵⁷ Paul, L. 4, § 4, D. h. t.

⁵⁸ Scévola, L. 8, D. h. t.

Lorsque, par suite de l'exécution du pacte résolutoire, le vendeur vend sa chose à un nouvel acquéreur pour un prix inférieur à celui de la première vente, le premier acheteur doit l'indemniser⁵⁹. Le vendeur a à cet égard l'*actio venditi*⁶⁰.

FORMULE

Judex esto. Quod A° A° fundum, d. q. a., N° N° emptum fecit cum lege ut, si inter Kalendas Jannuarias proximas pretium solutum non fuerit, fundus fuerit inemptus, et, Kalendis Jannuariis proximis excitis, N° N° A° A° pretium non solvit, Judex, quanti ea res est, N° N° A° A° condenna, nisi restituat, s. n. p. a.

383. N. B. Soit qu'il s'agisse de la *in diem addictio*, de la *lex commissoria*, ou de toute autre convention de même nature ajoutée au contrat de vente, que décider, si, dans l'intervalle entre la vente et le jour fixé pour l'exécution du pacte, l'acheteur a aliéné la chose sans réserves ou l'a grevée de *jura in re*? Le vendeur aura-t-il une *in rem actio* pour poursuivre la chose entre les mains des tiers ou la purger des charges qu'on lui aurait imposées; ou bien n'aura-t-il contre l'acheteur qu'une action personnelle?

Nos législations modernes, qui ont des moyens de publicité présentant incessamment le bilan des propriétés foncières, peuvent donner à un propriétaire, qui aliène sa chose à certaines conditions, le droit de la suivre en quelques mains qu'elle passe. Mais chez les Romains, qui ne connaissaient pas de tels moyens, les immeubles étaient sous ce rapport assimilés aux meubles, et les Jurisconsultes n'avaient pas créé, pour les cas particuliers dont il est ici question, comme pour les *illata* des biens ruraux, des remèdes capables de combler les lacunes du droit. Le propriétaire n'avait qu'une ressource : exiger des garanties de

⁵⁹ Paul, L. 4, § 3, D. h. t.

⁶⁰ Pomponius. L. 6, § 1, D. *de contrahenda emptione* (18.1).

celui avec qui il traitait, et il ne devait s'en prendre qu'à lui-même si la restitution, prévue par le pacte, ne pouvait plus être faite. A l'époque de l'Édit, où les modes de droit civil étaient encore en vigueur, si l'acheteur avait mancipé purement et simplement à un tiers la chose achetée par lui à charge de *in diem addictio* ou de *lex Commissoria*, le tiers, pour qui la première vente était *res inter alios acta*, aurait-il pu être dépouillé par le premier vendeur ? Il eut été de la sorte victime d'une iniquité, lui qui ne pouvait pas prendre des précautions contre une telle fraude ; et cette décision n'eut pas manqué de donner lieu, chez les Romains si peu scrupuleux, à des collusions fréquentes, dont les traces se trouveraient dans nos sources. Elles sont muettes sur ce point, ou à peu près, et Ulpien n'hésite pas à déclarer que, dans l'intervalle entre la vente et l'échéance du pacte, l'acheteur a le *dominium (quod emptor medio tempore dominus esset)*. Le propriétaire premier vendeur n'a donc contre son acquéreur qu'une action personnelle en dommages-intérêts ⁶¹.

⁶¹ Ulpien. L. 4, § 3, D. de *in diem additione* (18.2) : *Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo. si melior conditio allata sit. REM PIGNORI ESSE DESINERE, si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex hoc colligitur QUOD EMPTOR MEDIO TEMPORE DOMINUS ESSET; alioquin nec pignus teneret.* La seconde partie de ce fragment, qui déclare l'acheteur propriétaire, est, il est vrai, contredite par ce qui précède, puisque la chose hypothéquée par lui cesserait de l'être par l'exécution du pacte résolutoire. Mais ce texte a été évidemment altéré, car en réalité il n'a pas de sens : si l'acheteur est *dominus*, il a pu disposer ; s'il ne l'est pas, l'hypothèque tombe ; mais il est impossible de comprendre comment une hypothèque, constituée par un *dominus*, qui a le droit de grever sa chose, tomberait parce qu'elle aurait été constituée par lui. Si l'on veut que ce texte ait un sens, il faut lire : *rem pignori esse non desinere* ; à moins, ce qui augmenterait encore l'obscurité, qu'on ne lise : *quod emptor medio tempore dominus non esset*. Le fragment 3 d'Ulpien D. de *quibus modis pignus solvitur* (20.6) est éclairé par cette lecture.

M. Mainz. Cours de droit romain, t. II, p. 357, *Observation*, soutient la thèse exposée dans le texte, mais il invoque, à l'appui de son opinion, l'irrévocabilité du droit de propriété, dans le cas où il aurait été transmis

384. DE LA VENTE D'UNE HÉRÉDITÉ OU D'UNE CRÉANCE.

L. 5. Si hereditas vel actio venisse dicetur, quidquid pecuniæ ex eâ hereditate aut actione ad venditorem ejusve heredem pervenisse dicetur, aut dolo malo factum erit quominus perveniret, item quæcumque actio, petitio, persecutio inde dari debuit, ea omnia emptori præstari ac restitui jubebo.

Ulpien (Lib. 32, ad Ed.) L. 41. Paul (Lib. 33, ad Ed.) L. 5, D. h. t. Gains, II, 34 à 37; III, 87. Ulpien, XIX, 41 à 45. Ulpien, L. 478, D. de Verb. Sign. (50.16).

Si une hérédité ou une créance est déclarée avoir été vendue, j'ordonnerai de donner ou de restituer à l'acheteur tout ce qui sera parvenu au vendeur ou à son héritier de cette hérédité ou de cette créance, ou bien tout ce qui lui en serait parvenu si par son dol il ne l'avait empêché; il en sera de même de toute action, droit de demande et de poursuite qu'il devait donner à ce sujet.

Distinguons entre la vente d'une hérédité et la vente d'une créance.

385. La *cessio in jure* est le mode de transfert d'une hérédité, soit qu'elle ait lieu avant ou après l'adition⁶². L'hérédité peut être cédée avant l'adition par l'héritier légitime⁶³, et, après l'adition, elle peut l'être tant par

par un des modes de droit civil. Cet argument est-il fondé? En principe. le *dominium* est-il transmis par la *mancipatio* ou la *cessio in jure*, ou bien ne sont-ce que des formes dont l'effet est soumis à la nature de la cause du contrat? La *mancipatio*, quand on y procède, change-t-elle le caractère de la vente; fait-elle que le vendeur transmette à l'acquéreur autre chose que la *vacuam possessionem*? Poser la question, c'est la résoudre. Or de quoi s'agit-il ici? Est-ce du *dominium*, de l'irrévocabilité, de l'absolu du droit de propriété quiritaire? non! mais d'un simple pacte ajouté à un contrat de bonne foi. Si donc la vente n'est que la *causa civilis* du transfert, avec lequel il ne faut pas la confondre, le mode employé pour ce transfert n'a aucune importance, puisque le vendeur ne transfère que le pouvoir qu'il a sur la chose (*ut rem emptori habere liceat*), ce qui ne lui donne, dans le cas qui nous occupe, que le droit d'agir *in personam* contre son acquéreur. Décider qu'il pourrait agir *in rem*, ce serait attribuer à un droit personnel les effets d'un droit réel. Voir supra, n° 186 bis.

⁶² Ulpien. XIX, 41.

⁶³ Et non par l'héritier testamentaire qui n'a de droits que lorsqu'il a fait adition.

l'héritier légitime que par l'héritier testamentaire ⁶¹. Si la cession a lieu avant l'adition par l'héritier légitime, le cessionnaire est considéré comme s'il avait été héritier légitime; si elle a lieu après l'adition, le cédant reste héritier en vertu de la maxime *semel heres semper heres*, et comme tel obligé envers les créanciers et légataires du défunt, et le cessionnaire acquiert seulement les choses corporelles (*corpora hereditatis*) à titre particulier; quant aux débiteurs, ils sont libérés, parce que l'héritier, en renonçant *in jure*, a brisé le lien de droit qui les obligeait envers le défunt. La cession par l'héritier testamentaire avant l'adition est nulle; faite par lui après l'adition, elle lui donne la situation qu'a l'héritier légitime qui reste héritier ⁶².

386. Si on vend la succession d'une personne vivante ou une hérédité dans laquelle il n'y a rien, la vente est nulle, parce qu'elle est sans objet ⁶³.

387. 1° Conformément aux principes généraux en matière de cession de droits, les actions ne passent pas directement à l'acheteur, mais on les lui donne *utiliter* ⁶⁴; et, comme il recueille tous les bénéfices de la succession, il en a aussi toutes les charges ⁶⁵.

L'héritier vendeur n'est pas obligé de garantir l'acheteur de toute éviction, parce que le contrat n'a d'autre objet que celui de lui transmettre ses propres droits; seulement il doit lui garantir qu'il l'indemnifiera de ce dont il serait privé par son fait, et lui rendre ce qu'il toucherait lui-même de l'émolument de la succession ⁶⁶, c'est-à-dire, suivant les paroles mêmes de l'Édit, tout ce qui lui parviendrait ou tout

⁶¹ Ulpian, XIX, 12.

⁶² Ulpian, XIX, 13-15. Gaius, II, 34 à 36.

⁶³ Pomponius, L. 1, D. h. t.

⁶⁴ Ulpian, L. 16, pr. D. *de pactis* (2.14). Scævola, L. 14, D. *de transactionibus* (2.15).

⁶⁵ Ulpian, L. 2, § 9, D. h. t.

⁶⁶ Ulpian, L. 2, pr., § 4, D. h. t.; L. 178, § 1, D. *de verb. sign.* (50.16).

ce qui lui serait parvenu de l'actif de la succession vendue ⁷⁰; parce que, dans une vente de droits successifs, il y a comme une convention tacite, en vertu de laquelle le vendeur est comme un gérant d'affaires obligé de restituer à l'acheteur tout ce qu'il acquiert de l'hérédité ⁷¹.

De son côté, l'acheteur est obligé vis-à-vis du vendeur, non seulement à lui payer le prix de la vente, mais à l'indemniser de tout ce qu'il aurait déboursé à l'occasion de la succession ⁷².

2° Pour qu'une vente de droits successifs soit valable, il faut, avons-nous dit, qu'il y ait une succession, car ce n'est pas un contrat aléatoire; et dès lors, s'il n'y a pas d'hérédité, l'acheteur, qui a payé, pourra répéter ce qu'il a donné comme payé indûment ⁷³. Toutefois une telle vente peut être soumise à une condition, de telle sorte que les droits successifs d'un héritier soient vendus, s'il en a dans telle succession; ce qu'on vend alors, c'est l'espérance d'une succession (*spes hereditatis*). Le lien de droit résultera de l'intention des parties ⁷⁴.

3° De même qu'on peut vendre la chose d'autrui, de même on peut céder *in jure* une hérédité échue à un tiers et sur laquelle on n'a aucun droit ⁷⁵.

388. Les créances, faisant partie de notre patrimoine, peuvent être l'objet du contrat de vente; et peu importe qu'elles ne soient exigibles que dans un certain temps ou sous de certaines conditions ⁷⁶. Mais il faut se garder

⁷⁰ Ulpian, L. 2, § 3, D. h. t.

⁷¹ Paul, L. 21, D. h. t.

⁷² Ulpian, L. 2, §§ 16, 17, 18. Julien, L. 18, D. h. t.

⁷³ Paul, L. 7, 9. Javolenus, L. 8, D. h. t.

⁷⁴ Javolenus, L. 10. Ulpian, L. 11. Gaius (Lib. 10, ad Ed., prov.), L. 12. Paul, L. 13, D. h. t.

⁷⁵ Ulpian, L. 28, D. *de contrahenda emptione* (18.4). Javolenus, L. 10. D. h. t.

⁷⁶ Ulpian, L. 17, D. h. t.

(*multum interest*) de confondre la vente sous condition d'une créance et la vente d'une créance conditionnelle. Dans le premier cas, la condition venant à défaillir (*deficiente conditione*), la vente est nulle. Dans le second, la vente est pure et simple ⁷⁷.

Celui qui vend une créance doit céder à l'acheteur toutes les actions qui lui compètent tant contre le débiteur principal que contre les cautions, et il doit restituer à l'acheteur tout ce qu'il a pu toucher à titre de compensation, de confusion ou autrement ⁷⁸. Que s'il s'agit d'une créance contre un fils de famille, le vendeur doit transporter à l'acheteur les actions qu'il peut avoir contre le père de son débiteur ⁷⁹.

Toutefois, la cession d'une créance ne peut pas se faire par les modes du droit civil. Il faut une stipulation du cessionnaire vis-à-vis du débiteur, lequel cessera d'être obligé envers son créancier et deviendra débiteur du cessionnaire qui pourra alors agir en son propre nom. Sans cette novation, le cessionnaire ne pourrait être que le procureur du cédant; seulement il serait *procurator in rem suam* ⁸⁰.

Le vendeur n'est pas obligé de garantir à l'acheteur que son débiteur est solvable, mais seulement qu'il est réellement débiteur ⁸¹. S'il a été déclaré que le débiteur cédé devait telle somme déterminée, il sera tenu du montant de cette somme; sinon et s'il n'est rien dû, il devra indemniser l'acheteur de l'intérêt qu'il peut avoir ⁸².

⁷⁷ Julien, L. 19, D. h. t.

⁷⁸ Hermogène, L. 23, pr., § 1, D. h. t.

⁷⁹ Paul, L. 14, pr. D. h. t.

⁸⁰ Gaius, II, 38, 39. *Supra*, t. I, nos 80 et sq., 331 et sq.

⁸¹ Ulpien, L. 4, D. h. t.

⁸² Paul, L. 5, D. h. t. C. C. 1694.

FORMULES

De hereditate venditâ : Judex esto. Quod N^s N^s A^o A^o hereditatem, q. d. a., vendidit, et fundus Cornelianus N^o N^o pervenit, Judex, quanti ea res erit, N^m N^m A^o A^o condemna, nisi restituat, s. n. p. a.

De actione venditâ : Judex esto. Quod N^s N^s A^o A^o nomen adversus Titium vendidit, et Titius N^o N^o nihil debet, Judex, quanti ea res est, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

389. NB. Gaius nous apprend qu'une controverse s'était élevée entre les Proculéiens et les Sabinien, à propos de la cession d'une hérédité faite *in jure* : les Sabinien pensaient que l'héritier nécessaire ne pouvait pas faire cette cession ; les Proculéiens, au contraire, l'assimilant à l'héritier volontaire ayant fait adition, validaient la cession faite par lui ⁸³. On s'est demandé s'il s'agissait, dans la pensée de Gaius, des héritiers simplement nécessaires, ou des héritiers siens et nécessaires, ou des uns et des autres indistinctement ? Le Jurisconsulte semble donner raison à ceux qui pensent qu'il s'agit aussi bien des héritiers simplement nécessaires que des héritiers siens et nécessaires ⁸⁴.

390. DES RISQUES.

Lorsque la vente est conclue, tous les bénéfices du contrat et toutes les charges appartenant à l'acheteur, il est juste que la chose vendue soit à ses risques. Si ce qu'on a vendu est déterminé ainsi que le prix, et que la vente soit faite purement et simplement, elle est parfaite. Si elle est faite sous condition, et que la condition ne se réalise pas, elle est nulle, et dès lors il ne peut pas être question de risques ; mais, dès que la condition s'est accomplie, les risques commencent à être à la charge de l'acheteur ⁸⁵. Ils

⁸³ Gaius, II, 37.

⁸⁴ Gaius, III, 87.

⁸⁵ Paul, L. 8. D. de periculo et commodo rei venditæ (18.6).

sont aussi à la charge de l'acheteur, si c'est par sa faute que l'objet vendu n'a pas pu être livré au jour fixé; dans ce cas le vendeur n'est responsable que de son dol; à moins qu'il ne soit aussi en demeure et n'ait pas fait la délivrance alors qu'il le pouvait ⁸⁶. De son côté, si l'acheteur est en demeure de payer le prix, il devra les intérêts au vendeur, mais le vendeur ne pourra pas exiger une indemnité pour le gain qu'il aurait pu faire si la somme lui avait été comptée au temps convenu ⁸⁷.

La responsabilité du vendeur, chargé de garder l'objet vendu, est de même nature que celle du commodataire, c'est-à-dire qu'il doit apporter à la conservation de la chose un soin plus scrupuleux que celui qu'il apporterait à la garde de ses propres choses ⁸⁸.

S'il s'agit d'une vente alternative, et qu'il y ait incertitude sur la question de savoir quelle est, de plusieurs choses de même nature, celle qui a été l'objet du contrat, la chose due est celle que le vendeur a eue en vue ⁸⁹.

391. Les règles ci-dessus peuvent être modifiées par des pactes ajoutés au contrat. Par exemple, s'il s'agit de choses achetées à forfait et devant être goûtées ou mesurées, et que les risques aient été mis à la charge du vendeur, il y restera soumis pendant le temps pendant lequel il a consenti à en répondre; et, si aucun terme n'a été fixé, les risques seront à sa charge jusqu'au moment où les choses vendues auront été goûtées ou mesurées. Il répondrait encore des risques, dans le cas où l'acheteur aurait clos et scellé les vases contenant les choses vendues, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu ⁹⁰. Toutefois sa responsa-

⁸⁶ Paul. L. 5. Pomponius, L. 17, D. *de periculo et commodo rei venditæ* (18.6).

⁸⁷ Hermogénien. L. 19, D. *de periculo et commodo rei venditæ* (18.6).

⁸⁸ Paul, L. 3, D. *de periculo et commodo rei venditæ* (18.6) : *exactiorem diligentiam quam in suis rebus adhiberet*.

⁸⁹ Paul, L. 34, pr. D. *de contrahendâ emptione* (18.4).

⁹⁰ Ulpien, L. 1, pr. D. *de periculo et commodo rei venditæ* (18.6).

bilité ne s'étend pas aux cas d'événements imprévus ou de force majeure ⁹¹; et si, dans une vente conditionnelle, il est convenu que la chose soit gardée par le vendeur aux risques de l'acheteur, ce pacte doit être observé ⁹².

392. DE LA RÉOLUTION DE LA VENTE.

La vente peut être résolue, conformément aux principes généraux qui gouvernent les contrats de bonne foi, soit par des pactes résolutoires, soit par le consentement des parties.

La vente est résolue par le simple consentement des parties, pourvu que les choses soient entières (*dum res integra est*), c'est-à-dire si la convention n'a pas encore reçu d'exécution; comme si, après avoir acheté de vous une chose, je l'achète une seconde fois de vous à un prix inférieur ou plus élevé, la première vente est censée résolue ⁹³. Mais si une première vente est faite purement et simplement, et que le même objet soit vendu une seconde fois sous condition entre les mêmes personnes, la seconde vente est nulle ⁹⁴.

Les parties peuvent ajouter au contrat un pacte, en vertu duquel il soit résolu sous certaines conditions; comme si elles convenaient que la chose vendue sera rendue au vendeur dans un délai déterminé, si elle ne plaît pas. L'acheteur a dans ce cas contre le vendeur l'action de vente ou une action expositive des faits ⁹⁵. Dans une vente alternative, si le vendeur s'est réservé le droit de ne maintenir le contrat que pour un des objets, la vente ne sera résolue que pour celle des choses prévues dans le pacte ⁹⁶.

⁹¹ Gaius, L. 2, § 1, D. de periculo et commodo rei venditæ (18.6).

⁹² Ulpien, L. 10, D. de periculo et commodo rei venditæ (18.6).

⁹³ Pomponius, L. 2, Julien, L. 5, § 1, D. de rescindendâ venditione (18.5).

⁹⁴ Paul, L. 7, pr. D. de rescindendâ venditione (18.5).

⁹⁵ Paul, L. 6, D. de rescindendâ venditione (18.5).

⁹⁶ Paul, L. 4, D. de rescindendâ venditione (18.5). Les commentateurs

392 (bis). N.B. A l'époque de l'Édit, il n'était pas question de la rescision de la vente pour cause de lésion. Les contractants étaient libres de discuter et de fixer le prix, chacun au mieux de ses intérêts : *in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumscribere*. dit Pomponius L. 16, § 4 D. de Minoribus... (4. 4). Des dispositions formelles à ce sujet se trouvent pour la première fois dans deux Constitutions de Dioclétien et Maximien, L. 2 et 8. C. J. de rescindenda Venditione (4. 44), qui décident que la lésion de plus de moitié dans le prix de la vente, donne au vendeur le droit d'en demander la rescision, si l'acheteur ne préfère payer ce qui doit compléter le juste prix. Mais cette décision ne fit pas loi pour l'avenir; il semble même que ces Empereurs hésitent, car, dans la L. 4 eodem, ils émettent l'avis que la vileté de prix n'est pas une preuve de dol, mais que cependant le dol n'est pas nécessaire quand il y a *minus pretium*.

Leurs successeurs, Constantin, L. 1, Gratien, Valentinien et Théodose, L. 4, 7. C. Th. de contrahenda emptione (3, 1), loin de reproduire cette règle, maintiennent celle qu'a tracée Pomponius, en décidant que la vileté du prix n'est pas une cause de rescision.

A l'époque de Justinien, les décisions de Dioclétien et Maximien avaient prévalu sans doute, puisqu'on ne trouve au C. J. que leurs Constitutions, les compilateurs n'ayant pas jugé à propos d'emprunter au C. Th. les Constitutions de Constantin, Gratien, Valentinien et Théodose contraires à leur opinion.

— Voir à l'appui de la règle de Pomponius appliquée en droit Français et supprimant les art. 1674 et s. C. C.,

de l'Édit ne s'occupent pas de la rescision de la vente pour cause de violence ou de dol. Dans ces cas la résolution est de droit commun. La rédition pour défauts de la chose vendue appartient à l'Édit des Édiles. Voir infra, t. II, N^{os} 1251 et sq.

M. Batbie, *Cours d'Economie politique*, 39^e Leçon, t. II, p. 187.

393. DES ACTIONS QUI NAISSENT DU CONTRAT DE VENTE.

Deux obligations et par suite deux actions naissent du contrat de vente : Le vendeur est obligé de livrer la chose et est dès lors passible de la part de l'acheteur de l'action *empti* ou *ex empto*. L'acheteur est obligé de payer le prix convenu et est dès lors passible de la part du vendeur de l'action *venditi* ou *ex vendito*⁹⁷.

L'*actio empti* a pour but de faire avoir à l'acheteur l'entière possession de la chose vendue, la pleine puissance sur elle, ce qui entraîne pour le vendeur l'obligation de la délivrer (*vacuam possessionem tradere*)⁹⁸ : la Jurisprudence n'exige rien de plus, afin de faciliter l'usage du contrat à ceux qui ne pourraient pas acquérir la propriété *ex jure Quiritium*. Mais on a pris l'habitude de stipuler du vendeur une peine pécuniaire en cas d'éviction. De là ce résumé des obligations du vendeur donné par Paul : *Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo*⁹⁹. Cette peine est ordinairement du double du prix (*stipulatio duplex*)¹⁰⁰. L'usage de stipuler une peine pour le cas d'éviction est devenu si général, que la garantie a fini par être considérée comme une obligation accessoire du contrat, et on en est venu à accorder à l'acheteur le droit d'obtenir par l'*actio empti* que le vendeur la lui promette par stipulation, lorsque l'objet de la vente a quelque importance; et, si le vendeur refuse, il est condamné au double¹⁰¹.

⁹⁷ Ulpien, L. 44, pr. ; L. 43. § 49. D. de actionibus empti et venditi (49.4).

⁹⁸ Ulpien, L. 25. § 4, de contrahenda emptione (18.1).

⁹⁹ Paul (Lib. 32. ad Ed.), L. 4, pr. D. de rerum permutatione (19.4).

¹⁰⁰ Paul, II. 47, §§ 2, 3, 4. Cicéron, de officiis, III, 46. — XII tables, VI, 2, 8; VIII. 19.

¹⁰¹ Ulpien (Lib. 4, ad Ed., Edil. Cur.), L. 31. § 20, D. de Aeditio

L'acheteur a donc à sa disposition deux actions : l'*actio empti* pour obtenir du vendeur l'exécution de ses obligations principales et réparation du préjudice qui peut lui être causé; et, pour le cas d'éviction, l'*actio ex stipulatu* qui est nécessairement une *conditio certi*, puisque le prix est fixé.

Pour que l'acheteur puisse user de l'*actio empti* tendant à la réparation d'un dommage, il faut qu'il soit privé ou menacé d'être privé de tout ou partie de la chose ¹⁰². S'il n'a pas encore payé le prix, il peut refuser le paiement, dès qu'il a à redouter une action en éviction, à moins que le vendeur ne lui fournisse caution ¹⁰³. Si la cause de l'éviction est postérieure à la vente, l'action n'a pas lieu ¹⁰⁴. Mais le vendeur est passible de l'action, même avant l'éviction, si, le sachant, il a vendu la chose d'autrui, car il répond de son dol ¹⁰⁵. En conséquence, dit Africanus ¹⁰⁶, si vous me vendez une chose que j'ignore être à un autre, je puis intenter contre vous l'*actio empti*, avant même d'être évincé, afin d'être indemnisé de l'intérêt que j'ai dans l'affaire. Car, quoiqu'il soit vrai que le vendeur n'est obligé qu'à livrer à l'acheteur la possession de la chose et non à lui en transférer la propriété, cependant, comme il répond de son dol, il est obligé, lorsqu'il vend une chose qu'il sait ne pas lui appartenir, à quelqu'un qui l'achète, la croyant à lui.

Mais, si l'acheteur veut se réserver son recours en garantie, il doit prévenir le vendeur, dès que le danger se

Edicto (21.1). Paul, L. 2. Ulpian (Lib. 32, ad Ed.), L. 37, pr. D. *de evictionibus* (21.2). Voir infra, t. II, n° 1242 et sq.

¹⁰² Ulpian. L. 1; L. 21. § 1. Pomponius, L. 34, § 2, *de evictionibus* (21.2).

¹⁰³ Papinien, L. 18, § 1. D. *de periculo et commodo rei venditæ* (18.6). Vat. frag., 12.

¹⁰⁴ Paul, L. 11, pr.; L. 26. Pomponius, L. 27, D. *de evictionibus* (21.2).

¹⁰⁵ Pomponius, L. 6, § 9, D. h. t.

¹⁰⁶ Africanus, L. 30. § 1, D. *de actionibus empti et venditi* (19.1).

manifeste à lui (*litem denunciare*)¹⁰⁷, faute de quoi le vendeur est libéré de l'obligation de l'assister en justice (*auctoritatem præstare — Venditor auctoritatis manebit obnoxius*)¹⁰⁸ et de prendre le procès pour lui¹⁰⁹.

394. L'obligation principale de l'acheteur est de payer le prix convenu et d'en transférer la propriété au vendeur (*Emptor nummos venditoris facere cogitur*)¹¹⁰, ainsi que les intérêts du prix, à partir du jour où il a été mis en possession, s'il n'a pas payé¹¹¹. L'acheteur doit aussi rembourser au vendeur les dépenses que celui-ci a faites à l'occasion de la chose vendue, avant la délivrance¹¹². Pour l'exécution de ces obligations, le vendeur a contre l'acheteur l'*actio venditi* ou *ex vendito*.

395. En cas d'éviction, l'acheteur, par l'*actio empti* obtiendra la valeur de la chose ou du droit dont il se trouve privé¹¹³, en prenant pour base de l'évaluation, non pas le prix de vente, mais la valeur au moment de l'éviction, puisque c'est cette valeur qui constitue la perte éprouvée par l'acheteur¹¹⁴. Si au contrat principal on a ajouté la *stipulatio duplæ*, l'acheteur peut, au lieu de l'*actio empti*, intenter l'*actio ex stipulatu*, pour obtenir le double du prix convenu lors du contrat, peine à laquelle s'est soumis le vendeur.

Un fragment du Digeste pourrait faire supposer que, quant au résultat, ces deux actions constituent un luxe inutile. Africanus dit en effet qu'en cas d'éviction, le ven-

¹⁰⁷ Pomponius, L. 29, § 2, D. de evictionibus (21.2).

¹⁰⁸ Paul, II. 17, § 1.

¹⁰⁹ Venuleius, L. 76, D. de evictionibus (21.2).

¹¹⁰ Ulpien, L. 41, § 2, D. de actionibus empti et venditi (19.1).

¹¹¹ Paul, II. 17, § 9.

¹¹² Ulpien, L. 43, § 22, D. de actionibus empti et venditi (19.1). Paul, L. 43, D. eodem.

¹¹³ Vatic. frag., 17. Paul, L. 45, § 1, D. de evictionibus (21.2).

¹¹⁴ Paul, L. 43, D. de actionibus empti et venditi (19.1).

deur, poursuivi par l'*actio empti*, ne peut pas être condamné au delà du double du prix (*non ultra duplum periculum subire*) ¹¹⁵. Mais cette opinion isolée d'Africanus ne saurait faire doctrine. L'*actio ex stipulatu* d'ailleurs, avec son but précis, n'apparaît-elle pas comme offrant plus d'avantages que l'*actio empti*, dont le résultat est soumis à une évaluation qui peut ne pas s'élever au double du prix d'achat ? Et on pourrait, avec autant de raison, se demander comment il a pu se faire que ces deux actions aient vécu parallèlement jusqu'à Justinien, sans que l'*actio empti* ait été absorbée par sa rivale plus avantageuse ¹¹⁶ ?

D'abord, à ce dernier point de vue, l'*actio empti* étant une action de bonne foi et l'*actio ex stipulatu* une action de droit strict, si dans le développement des institutions romaines on voit souvent des actions de droit civil détrônées par des actions de bonne foi, jamais une action de bonne foi n'est absorbée par une action de droit strict. Mais le soi-disant avantage que semble offrir l'*actio ex stipulatu* n'est qu'un mirage.

L'*actio ex stipulatu* est renfermée dans les limites infranchissables tracées par la stipulation même. Si donc une partie seulement de la chose est évincée, l'action est inutile ¹¹⁷, à moins que le cas n'ait été prévu. L'*actio empti* au contraire, peut être employée à tout autre titre qu'au cas d'éviction : par exemple si l'acheteur est devenu propriétaire de la chose autrement que par le contrat ¹¹⁸.

Semblable différence se rencontre dans les résultats : l'*actio ex stipulatu* a pour base le prix de vente, l'objet vendu tel qu'il était au moment du contrat ; par l'*actio*

¹¹⁵ Africanus, L. 44, D. de actionibus empti et venditi (19.1).

¹¹⁶ Voir Mainz, t. II, § 297.

¹¹⁷ Paul (Lib. 2, ad Ed., *Edilium Curulium*). L. 56, § 2, D. de evictionibus (21.2).

¹¹⁸ Africanus, L. 24. Paul. L. 44. § 1. D. de evictionibus (21.2).

empti, l'acheteur obtiendra la valeur de la chose au moment de l'éviction avec des dommages-intérêts pour les fruits, les impenses et les augmentations qu'elle a pu recevoir ¹¹⁹. Dans certains cas, l'*actio empti* peut assurément offrir plus d'avantages, sans parler des dangers qui entourent toujours les actions *stricti juris*.

La garantie en cas d'éviction étant de la nature et non de l'essence de la vente, les parties peuvent y renoncer.

N.B. 395 *bis*. Nous ne pouvons pas quitter le contrat de vente, sans parler d'une règle que nos sources nous révèlent, et qui a passé dans notre droit moderne.

Il s'agit de la règle de Paul. L. 172. D. *de Reg. Juris* (90. 17) : *In contrahenda emptione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.* C. C. 1602.

Les articles 1156 à 1164 du C. C. présentent neuf règles d'interprétation, qui sont pour la plupart traduites presque textuellement de fragments des Pandectes.

Art. 1156. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit, dit Papinien, L. 219, D. *de Verb. Sign.* (50.16).

Art. 1157. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de qua agitur in tuto sit, dit Ulpien, L. 80, D. *de Verb. oblig.* (45.1).

Art. 1158. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.

Julien s'exprime ainsi, L. 67, D. *de Reg. Juris* (50.17) : *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quæ rei gerendæ aptior est.*

Art. 1159. Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

¹¹⁹ Paul, L. 53. D. *de evictionibus* (21. 2).

Cette règle est également donnée par Ulpien, L. 34, D. de Reg. Juris (50.17) : *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est; aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in quâ actum est frequentatur.*

Art. 1160. On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis, dit Ulpien, L. 31, § 20, D. de Ædilitio Edicto (21.1).

Art. 1161. Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

Celse, L. 24, D. de Legibus (1.3), exprime la même idée en ces termes : *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita, judicare vel respondere.*

Art. 1162. Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

Ulpien prononce de même, L. 38, § 18, D. de Verb. oblig. (45.1) : *In stipulationibus, cum queritur quod actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.*

Art. 1163. Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non est, dit Ulpien, L. 9, § 3, D. de Transactionibus (2.15).

Art. 1164. Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

Cette règle est posée en ces termes par Papinien, L. 56, D. Mandati vel contra (17.1) : *Quæ dubitationis tollendæ causâ contractibus inseruntur jus commune non lædunt.*

De ces neuf règles, huit, tout le monde le reconnaît, ne sont à vrai dire que des conseils donnés au Juge chargé d'interpréter les conventions. Elles n'ont, en effet, rien d'impératif. Mais il n'en est pas de même de celle exprimée par Ulpien et reproduite dans l'art. 1162. C. C., car ce qui la distingue des autres, c'est qu'elle est conçue dans une forme impérative, la loi disant au Juge : dans le doute tu prononceras contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. La loi prévoit le cas où

le Juge se trouve en présence d'un texte impénétrable, en proie à un doute dans lequel il lui est impossible de jeter la moindre lumière, et elle lui donne un ordre. Il n'a plus à dénouer le nœud de la difficulté, il le tranchera dans le sens indiqué. Ce n'est pas une règle d'interprétation.

Mais avant tout le Juge devra décider quel est celui des contractants qui a stipulé, quel est celui qui est obligé, puisque c'est contre le premier et en faveur du second qu'il doit prononcer. Or cela peut faire difficulté.

Ces règles sont générales, elles gouvernent tous les contrats. Toutefois il en est un par lequel on a décidé d'avance la question : c'est la vente.

Paul. L. 172. D. de Reg. Juris (50. 17), s'exprime ainsi : *In contrahendâ emptione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.* C. C. 1602.

Cette règle constitue-t-elle une exception, en ce sens que le Juge devra toujours prononcer contre le vendeur, quel que soit le cas qui se présente? Ne serait-elle pas plutôt l'application d'un principe contenu dans cette règle d'Ulpien : *In stipulationibus..... verba contra stipulatorem interpretanda sunt?*

N'est-ce pas là, en effet, un principe?

Pourquoi doit-on dans le doute prononcer contre celui qui a stipulé? Est-ce parce que, si on a à choisir entre deux obligations de valeurs différentes, et si l'on est dans l'incertitude de savoir quelle est celle que l'obligé doit exécuter, il est juste qu'on ne le condamne qu'à l'exécution de la moins importante, comme le veut Ulpien, disant : *Semper in obscuris quod minimum est sequimur*¹? Ne serait-ce pas plutôt parce que celui qui stipule est plus obligé que celui qui promet de dire clairement, avec détails précis, ce qu'il prétend (*quia stipulatori liberum fuit verba late*

¹ Ulpien. L. 9, D. de reg. juris. (50.17).

concipere)³, idée que de son côté Labéon complète en ces termes : *Obscuritatem pacti nocere potius debet venditori, QUI ID DIXERIT, quam emptori, QUIA POTUIT RE INTEGRA APERTIUS DICERE* ⁴ ?

Mais pourquoi cette charge est-elle imposée au vendeur ? parce que si une contestation s'élève au sujet du contrat, le vendeur affirmant l'existence d'une obligation imposée à l'acheteur qui la nie, ce sera à lui à en faire la preuve, suivant le principe : *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat* ⁴. Dans ce cas le vendeur, par le fait seul de sa prétention, prouvera qu'il a stipulé. C'est dans ce sens qu'il faut entendre la règle de Paul : *In contrahendâ emptione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est*, qui dès lors n'est pas une exception à celle d'Ulpien : *In stipulationibus, cum queritur quod actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*.

Mais, par contre, si l'acheteur invoque une clause de l'acte pour prétendre soit qu'il s'est acquitté de son obligation d'une certaine façon, soit qu'il est libéré par un motif qu'il indique, et que l'acte ne contienne pas sur ces divers points des indications précises, qu'il en résulte un doute persistant, faudrait-il interpréter l'acte contre le vendeur ? Assurément non, parce qu'il résulte de la prétention même de l'acheteur qu'il a été stipulant sous ce rapport, que dès lors il devait s'expliquer (*reus excipiendo fit actor*), parce que *potuit re integra apertius dicere*, que dès lors on doit lui appliquer le principe : *Onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*, et par suite la règle d'Ulpien : *In stipulationibus, cum queritur quod actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*.

La règle de Paul, relative à la vente et reproduite dans

² Celse, L. 99, pr. D. de verb. oblig. (45.1).

³ Paul, L. 21, D. de contrahendâ emptione (18.1).

⁴ Papinien, L. 2, D. de probat. (22.3).

l'art. 1602, C. C., n'a donc rien d'absolu ; elle n'est pas une exception à la règle d'Ulpien ; elle n'est que l'expression de cette opinion très juste que le vendeur, qui connaît mieux l'objet vendu que l'acheteur de qui il exige des obligations, est plus stipulant que son cocontractant qui promet, et que dès lors il ne doit s'en prendre qu'à lui-même de ne pas s'être expliqué clairement. C'est lui qui a dicté la loi du contrat, c'est lui qui en demande l'exécution, c'est à lui à faire la preuve des conditions qu'il a imposées à l'acheteur. *Actore non probante, reus absolvitur.*

§ 22. De Locati-Conducti.

396. Le louage est un contrat par lequel l'une des parties (*Locatôr*) s'oblige, moyennant un prix (*merces*), à procurer à l'autre (*conductor*) l'usage et la jouissance d'une chose, ou à faire pour elle des travaux ou un travail déterminé.

L. un. Si locatio conductio contracta esse dicetur, ex eo contractu actionem dabo.

Paul (Livre 34, ad Ed.) L. 1, 22, § 1, D. h. t.

S'il est dit qu'un contrat de louage a été conclu, je donnerai action à ce titre.

397. Les règles de la vente gouvernent en général le louage¹. Pour l'une comme pour l'autre trois conditions sont nécessaires : une chose (*res*) à faire ou donnée en jouissance, un prix convenu (*merces*), et le consentement des parties (*consensus*).

¹ Nous verrons qu'il n'y a pas changement dans l'application de ces termes aux parties, quand il s'agit du louage d'ouvrage.

² Gaius, L. 2. pr. D. h. t. et III. 142.

1° RES. Ce mot comprend ici non seulement toute chose mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle, mais encore les travaux d'un homme libre ².

2° MERCES. Le prix est de l'essence du louage comme de la vente : il n'y a pas de louage si le contrat est conclu *donationis causâ* ⁴. Il peut consister en une somme d'argent ³, ou en une prestation de choses déterminées, une quote-part de récolte, par exemple, ce qui se pratique surtout pour les baux à ferme ⁵. Il doit être certain, c'est-à-dire déterminé ou d'une fixation possible quant à sa quantité ⁷; et sérieux, c'est-à-dire qu'il n'ait pas été fixé pour la forme (*datis gratia*) ou que le contrat n'ait pas eu pour but de dissimuler une libéralité ⁶.

3° CONSENSUS. Le consentement doit porter et sur l'objet du contrat et sur le prix ; si donc le locateur et le locataire ne sont pas d'accord, le contrat n'est pas formé ; que s'il y a eu prise de possession et que le locateur ait entendu louer moins et le locataire plus, celui-ci ne sera obligé que pour la plus faible somme ⁹.

398. Dans le louage, comme dans la vente, chaque partie a des obligations à remplir envers l'autre, et de ces obligations réciproques naissent des actions : L'actio locati donnée au locateur contre le locataire et l'actio conducti donnée au locataire contre le locateur.

Mais, pour connaître quelle est l'action que l'une des parties peut intenter contre l'autre, il faut savoir qui est

² Paul, II, 18, § 1.

³ Paul, L. 20, § 1, D. h. t.

⁴ Gaius (Lib. 40, ad Ed. prov.), L. 25, § 6, D. h. t.

⁵ Ulpien (Lib. 32, ad Ed.), L. 19, § 3, D. h. t.

⁷ Gaius, L. 22, D. de *præscriptis verbis* (19.5); L. 25, pr. D. h. t. — III. 142, 143, 144.

⁶ Paul, L. 20, § 1; L. 22, § 3. Hermogène, L. 23. Ulpien, L. 46, D. h. t. Papinien, L. 52, pr. D. de *donationibus inter virum et uxorem* (24.1).

⁹ Pomponius, L. 52, D. h. t.

locator, qui est *conductor*? Quand il s'agit d'une chose donnée à loyer pour que celui qui la reçoit en jouisse, il ne peut y avoir d'incertitude. Le *locator* est celui qui donne la chose, le *conductor* est celui qui la reçoit. Il en est de même du louage de services, dit Servius (*locatio conductio operarum*); celui qui fournit ses services (domestique, ouvrier) est le *locator*, et le maître qui les prend à loyer est *conductor*. Mais s'il s'agit d'un ouvrage à faire à l'entreprise, on peut se demander si c'est l'entrepreneur qui, fournissant ses travaux, est le *locator operis*, et si dès lors le *conductor operis* est le maître pour qui les travaux sont faits, qui en jouit et qui les paye; comme dans le louage de services (*operæ*), le maître (*conductor*) est celui qui reçoit les services et les paye. C'est le contraire qui a lieu ici : Dans le louage d'ouvrage (*opus*) comme dans le louage de jouissance, c'est le maître, le propriétaire, qui donne les travaux à faire, les marchandises à transporter; et l'entrepreneur, l'ouvrier, qui travaille à forfait (*per aversionem*) ou bien celui qui se charge du transport, reçoit en réalité un terrain pour y construire une maison, de l'or pour en faire des anneaux, un ballot pour le transporter. C'est donc avec raison que les Romains donnent l'*actio locati* au maître et l'*actio conducti* à l'entrepreneur¹⁰.

399. L'action de loyer passe aux héritiers, mais non aux successeurs particuliers¹¹.

Le contrat de louage ne fait naître que des actions personnelles; il ne saurait être la cause ou l'origine d'un transfert de droits réels. Le *conductor* n'a pas la possession, il

¹⁰ Ulpien, L. 13, pr., §§ 4 à 10. Paul, L. 22, § 2; L. 24, pr. Gaius, L. 25, § 7. Javolenus, L. 51, § 1. Labéon, L. 58, § 1. D. h. t. Du reste, dans le doute sur la question de savoir si la convention est un louage ou un autre contrat, on peut user de l'*actio præscriptis verbis*. Ulpien, L. 1, § 1. D. de *præscriptis verbis* (19.5). Gaius, III, 144.

¹¹ Julien, L. 32. D. h. t.

détient la chose dont le *locator* conserve la possession et que dès lors il peut usucaper pendant la durée du bail.

400. DE ACTIONE LOCATI.

La première obligation du locataire étant de payer le prix convenu, le locateur a l'*actio locati* pour l'y contraindre¹², compensation faite des impenses que le locataire, déjeté faute de paiement, a pu faire sur le fonds loué¹³; et, s'il s'agit de *locatio-conductio operarum*, le prix convenu doit être payé en entier, bien que les services loués n'aient pas été complètement faits, s'il n'a pas dépendu de l'ouvrier, du domestique (*locator*) qu'ils fussent terminés¹⁴. Dans le jugement rendu en matière de louage de jouissance, le défendeur doit être condamné à payer les intérêts, quand il est en retard de payer le prix du loyer¹⁵.

Si quelqu'un, ayant pris un ouvrage à faire, ne l'a pas achevé dans le temps convenu, il est passible de l'*actio locati* de la part de celui qui l'en a chargé¹⁶. Il en sera de même si l'ouvrage est mal fait ou n'est pas fait conformément aux conditions du contrat¹⁷, à moins que le locateur n'ait consenti à ce qu'il fut fait autrement¹⁸.

Le locataire doit rendre la chose louée, non détériorée par son fait, et il ne doit pas souffrir qu'elle soit détériorée par d'autres¹⁹. Il doit user de la chose conformément aux conditions du contrat; il est tenu de l'action s'il y a faute de sa part, car si le locateur et le locataire répondent de leur dol et de leur négligence, ils ne répondent pas de la

¹² Paul, L. 24, §§ 2. 3; L. 55, D. h. t.

¹³ Scévola. L. 64, D. h. t.

¹⁴ Paul, L. 38. Ulpian, L. 49, § 9, 40, D. h. t.

¹⁵ Paul, L. 17, § 4, D. *de usuris* (22.4).

¹⁶ Ulpian, L. 15, § 6. Labéon, L. 58, § 1, D. h. t.

¹⁷ Javolenus, L. 51, § 1, D. h. t. Paul, L. 5, § 1, D. *de verb. sign.* (50.16).

¹⁸ Labéon, L. 60, § 3, D. h. t.

¹⁹ Ulpian, L. 41, §§ 2. 3, D. h. t.

force majeure, à laquelle on ne peut résister²⁰; aussi le locataire est-il en faute, s'il rend le fonds détérioré, sans pouvoir invoquer la force majeure, ou s'il n'en a pas joui conformément aux conditions du contrat²¹. Il en est de même du louage d'ouvrage; le *conductor* est responsable de sa faute et de celle de ceux qu'il a employés²².

Nous avons vu que le locataire n'est pas responsable du cas de force majeure; toutefois, si une faute de sa part a précédé l'accident, il est passible de l'action²³. Il en sera également responsable, s'il s'est chargé du cas fortuit²⁴. S'il y a eu perte ou destruction de la chose, le *conductor* qui ne peut la rendre, sera condamné sur l'*actio locati* à payer au propriétaire la somme à laquelle celui-ci l'estimera par serment devant la justice²⁵; en cas de perte, le *conductor* devra céder au *locator* les actions qu'il peut avoir pour revendiquer la chose²⁶; mais, si la chose, ayant été volée, est restituée au *conductor* avec indemnité, celui-ci ne sera pas tenu de donner au *locator* le montant de cette indemnité en lui rendant la chose²⁷.

401. Le *locator* peut avoir à sa disposition d'autres actions avec l'*actio locati* :

Si le *conductor* coupe des arbres, le *locator* aura contre lui non seulement l'*actio locati*, mais l'action de la Loi des XII tables *arborum furtim cæsarum*, et l'Interdit *quod vi aut clam*; s'il blesse un esclave loué, le *locator* pourra se servir de l'*actio locati* ou de l'*actio legis Aquiliæ*; toutefois, s'il use d'un de ces moyens, le Juge le fera renoncer aux

²⁰ Ulpien, L. 9, § 4, D. h. t.

²¹ Gaius, L. 25, § 3. Ulpien, L. 13, §§ 7, 8, D. h. t.

²² Gaius, L. 25, § 7. Alfénus, L. 30, § 2, D. h. t.

²³ Ulpien, L. 11, §§ 1, 4; L. 9, § 3. Hermogène, L. 12, D. h. t.

²⁴ Ulpien, L. 9, § 2; L. 13, § 5, D. h. t.

²⁵ Marcellus, L. 48, § 1, D. h. t.

²⁶ Gaius, L. 25, § 8, D. h. t.

²⁷ Gaius, L. 6, D. h. t.

autres, parce qu'en pareil cas le cumul est interdit²⁸. Il en serait autrement du *conductor* qui volerait un esclave à lui loué; le *locator* aurait contre lui l'*actio locati* et l'*actio furti*; mais l'usage de l'une de ces actions n'épuiserait pas son droit, parce que leur but est différent²⁹.

EX LOCATO FORMULA

Judex esto. Quod A^s A^s N^o N^o fundum (operas) q. d. a. locavit, quidquid paret N^m N^m A^o A^o ob eam rem dare facere oportere ex fide bonâ, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

402. DE ACTIONE CONDUCTI.

L'*actio conducti* est donnée au locataire (*conductor*), lorsque, par exemple, il ne peut pas jouir de la chose louée, parce qu'on ne le met pas en possession, ou qu'on en retient une partie; lorsqu'on ne fait pas les réparations à la maison, à la ferme, aux étables; lorsqu'on ne lui fournit pas ce qui a été convenu³⁰.

Le *locator* est tenu de l'*actio conducti* lorsque le locataire est empêché de jouir par le propriétaire, soit qu'il ait loué de lui, soit qu'il tienne la chose d'une autre personne s'étant donnée comme fondée de procuration ou propriétaire, même lorsque le *locator* sera possesseur de bonne foi; le *conductor* devra être indemnisé de l'intérêt qu'il peut avoir à jouir de la chose louée³¹. Et, si le propriétaire, ayant loué lui-même, vend ensuite sa propriété, sans imposer à l'acquéreur l'obligation de respecter le bail, il doit indemniser le locataire³².

La cause qui empêche le locataire de jouir, peut être

²⁸ Gaius, L. 25, § 5. Paul. L. 43, D. h. t. Modestin, L. 53, pr. D. *de oblig. et act.* (44.7).

²⁹ Paul, L. 42, D. h. t.

³⁰ Ulpien, L. 15, pr., § 1. Paul, L. 24, § 4, D. h. t.

³¹ Ulpien, L. 9, pr.; L. 15, § 8. Paul, L. 7. Tryphoninus, L. 8, D. h. t.

³² Gaius, L. 25, § 1, D. h. t.

postérieure au contrat, et étrangère au *locator*, par exemple si un incendie détruit la maison ou la ferme. Dans ce cas l'*actio conducti* sera donnée, non pour faire obtenir une indemnité au *conductor*, mais pour qu'on lui restitue ce qu'il a payé³³. Mais aucune indemnité n'est due au locataire si le propriétaire le prive momentanément d'une partie de la chose, pour faire des réparations nécessaires³⁴. Il n'en sera pas de même si le propriétaire démolit la maison : s'il le fait parce qu'elle menace ruine, il doit au locataire une indemnité en rapport avec le prix et la durée du bail; s'il ne démolit que pour rebâtir une maison plus belle, il doit indemniser le locataire de l'intérêt qu'il a à jouir de la chose³⁵.

La crainte d'un danger imminent peut être, pour le *conductor*, une juste cause de départ, dans ce cas il ne doit pas payer les loyers³⁶.

Le *locator* propriétaire est tenu de l'*actio conducti*, à l'effet d'indemniser le colon des pertes qu'il a éprouvées par le fait d'une force majeure à laquelle il lui a été impossible de résister : comme une inondation, l'irruption des ennemis, le feu, les ardeurs extraordinaires du soleil brûlant les oliviers, un tremblement de terre engloutissant le fonds, parce qu'il faut au colon un terrain dont il jouisse (*oportere enim agrum præstari conductori ut frui possit*). Mais, si la perte provient d'un vice de la chose louée ou d'un accident qui ne sorte pas des cas ordinaires, comme si le vin s'aigrit ou si la récolte est ravagée par des insectes, cette perte est pour le *conductor*. Et si, à une mau-

³³ Alfénus, L. 30, pr., § 1. Africanus. L. 33, 35. pr. Gaius, L. 34. D. h. t.

³⁴ Alfénus, L. 27, pr. D. h. t.

³⁵ Alfénus, L. 30, pr. D. h. t.

³⁶ Alfénus, L. 30, § 1. Labéon. L. 28, pr., §§ 1, 2, D. h. t. *Infra*, t. II, n° 749.

vaise année, pour laquelle le *locator* d'une ferme a fait remise des loyers au colon, succèdent des années prospères, il pourra réclamer les loyers dont il a fait la remise³⁷.

Si un fermier a fait des augmentations nécessaires ou utiles, sans qu'il y ait eu à cet égard convention avec le propriétaire, il a contre celui-ci l'*actio conducti* pour se faire indemniser, ou pour être autorisé à enlever les objets qu'il a ajoutés, lorsque cela peut se faire sans détérioration, ou bien en remettant les choses dans leur ancien état³⁸.

403. L'ouvrage donné à faire à forfait (*opus quod aversione conduxit*), est aux risques du *conductor*, tant qu'il n'a pas été reçu. Si on l'a donné à faire par pieds et mesures (*ut in pedes mensurasve prætetur*), il est également aux risques du *conductor*, tant qu'il n'est pas admis, à moins que ce soit par la faute du propriétaire (*locator*) qu'il n'ait pas été mesuré et reçu, ou à moins qu'il n'ait péri par force majeure³⁹.

404. L'ouvrier, qui a loué ses services (*operas*) à deux personnes, doit satisfaire d'abord celle à laquelle il les a loués en premier lieu⁴⁰.

Celui qui se charge de la garde d'une chose, moyennant un prix, répond de sa vigilance⁴¹. Mais, si une ferme est envahie par des voleurs et pillée, le maître n'est pas passible de l'*actio ex conducto*, sous prétexte que ses esclaves qui s'y trouvaient ont dû en avoir connaissance. On peut seulement demander qu'ils soient mis à la torture pour leur arracher des aveux⁴².

³⁷ Ulpien, L. 15, §§ 2, 3, 4, 7. Gaius, L. 25, § 6, D. h. t.

³⁸ Paul, L. 55, § 1. Ulpien, L. 19, § 4, D. h. t.

³⁹ Florentinus, L. 36. Labéon, L. 62. Javolenus, L. 37, 59, D. h. t.

⁴⁰ Ulpien, L. 26, D. h. t.

⁴¹ Gaius, L. 40, D. h. t.

⁴² Paul, L. 55, D. h. t.

EX CONDUCTO FORMULA

Judex esto. Quod A^s A^s a N^o N^o fundum..., q. d. a., conduxit, qui-
quid paret N^m N^m A^o A^o ob eam rem dare facere oportere ex fide bonâ,
ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

405. Le contrat de louage prend fin par la perte de la chose louée, par la résolution du droit du *locator*, par la mort du *locator*, quand il s'agit, soit d'un louage de services, soit d'un bail à précaire ⁴³.

406. Le contrat de louage prend fin encore par le temps pour lequel il a été conclu, à moins que le *conductor* ne reste dans les lieux loués du consentement tacite du *locator*. Il y a alors tacite reconduction pour une année, s'il s'agit de biens ruraux, et, s'il s'agit de maisons, pour le temps pendant lequel le locataire a habité, à moins qu'un bail par écrit ne fixe un certain temps de location ⁴⁴.

407. Outre les actions *ex locato* et *ex conducto*, le Préteur Servius a introduit l'*actio serviana*, et le Préteur Salvianus l'Interdit salvien (*interdictum salvianum*), dont Paul et Ulpien s'occupent aux livres 68 et 73 de leurs commentaires de l'Édit. L'action servienne a été l'origine de l'action hypothécaire ⁴⁵.

⁴³ Ulpien, L. 9, § 1. Pomponius, L. 4. D. h. t.

⁴⁴ Ulpien, L. 13, § 11; L. 14, D. h. t.

⁴⁵ Voir infra, t. II, nos 1126 et sq.

TITRE VII

DE RE FAMILIARI¹

408. Le mot *familia* désigne l'ensemble de ce qui est soumis à la puissance du Citoyen romain *sui juris*².

N.B. Rudorf, dans sa restitution de l'Édit perpétuel, passe à peu près sous silence tout ce qui concerne les rapports juridiques qui naissent du mariage. Tout en annonçant qu'il va montrer comment l'Édit s'était occupé de la *res familiaris*, il ne lui consacre que trois paragraphes : *de alterutro, soluto matrimonio dos quemadmodum petatur et rerum amotarum*, pour passer immédiatement à ce qui concerne les couches et la curatelle du ventre³.

Rudorf a probablement voulu suivre en cela la leçon de Guillaume Rauchin⁴ qui ne fait précéder ce qui concerne les couches et les curatelles du ventre, que de l'action *rerum amotarum*.

Cependant Van Giffen⁵ a vu dans les Pandectes et les autres sources du droit romain, des traces positives de l'Édit à propos du mariage, de la *res uxoria*, de la dot ; et Jacques Godefroy⁶, dans la table qu'il a laissée des rubriques de l'Édit, mentionne : les fiançailles, les noces, les

¹ Paul (Lib. 63, ad Ed.), L. 2, § 1, D. *de interdictis* (43.1).

² Ulpien, XX, 3 à 9. Ulpien, L. 195, §§ 1. 2. D. *de verb. sign.* (50.16). Ulpien, *Collatio leg. Mos.*, XVI, 4.

³ Rudorf, *loc. cit.*, § 119 à 125.

⁴ Gulielmi Ranchini, *Edictum Perpetuum ad ordinem digestorum restitutum*. Paris, 1597. Parme, 1787.

⁵ Van Giffen (Giphanius), *Æconomia juris*.

⁶ Denis Godefroy, *Corpus juris civilis*. Leipsic. 1705.

règles concernant la dot, les pactes dotaux, le fonds dotal, le divorce, les donations entre époux.

Les auteurs allemands ont sans doute pensé que le Préteur n'avait pas eu à connaître de matières aussi importantes et qui devaient donner lieu à tant de contestations. puisque Haubold ⁷ et Hænel ⁸ passent sous silence, non seulement les noces, la dot, mais même la tutelle; et cependant on lit dans une note ajoutée par Hænel : « Adrien ordonna ensuite à Julien de s'adjoindre Servius Cornélius, pour recueillir et ranger les droits. Il composa l'Édit sur chaque matière, et les réunit ensuite en un seul : *le droit du mariage* sous un titre, *le droit de la tutelle* sous un autre, et de même les legs et tous les autres. »

Bouchaud ⁹, qui a fait une étude si approfondie de l'Édit perpétuel, ne doute pas qu'il ne se soit occupé des noces et de la dot.

Malgré l'autorité de Haubold, Hænel et Rudorf, nous ne pensons pas que l'Édit ait été muet sur une matière aussi importante que le mariage et les rapports juridiques qu'il fait naître. Nous en trouvons la preuve dans les nombreux fragments du Digeste (Liv. XXIII, XXIV et titre 1 du Liv. XXV), empruntés aux Commentateurs de l'Édit. Il est vrai que des lois, comme la *lex Julia et Papia*, la *lex Julia de adulteriis*, et plusieurs Sénatus-consultes ont statué sur de très importantes questions. Toutefois il y aurait eu dans le droit des lacunes telles, qu'il n'est pas possible d'admettre qu'elles n'aient pas été comblées par l'Édit. Quelle autre autorité que celle du Préteur aurait pu, en effet, intervenir ici? Ce qu'il est légitime d'admettre, c'est que

⁷ Haubold, *Institutionum lineamenta*, t. II. Leipsic, 1826.

⁸ Gustave Haenel, *Corpus legum*, p. 88. Leipsic, 1857.

⁹ Bouchaud, QUATRE MÉMOIRES SUR L'ÉDIT PERPÉTUEL, *Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques*, t. XXXIX et XLI. DISSERTATION SUR L'ÉDIT PERPÉTUEL, à la fin du t. II du Commentaire de la loi des XII tables.

vint un moment où l'Édit se trouva insuffisant. Ce fut cette insuffisance qui donna naissance aux lois dont nous parlons ; et Julien n'a dû laisser subsister dans son œuvre que ce qu'elles n'avaient pas réglé.

§ 1. De Sponsalibus.

409. Les fiançailles étaient une convention par laquelle de futurs époux se promettaient réciproquement de s'unir par mariage¹. Cette convention, chez les anciens Romains, se faisait dans la forme civile de la stipulation (*sponde-ne? spondeo*) ; de là les mots *sponsus*, *sponsa* : fiancé, fiancée, épouse² ; mais cette stipulation n'a jamais eu pour conséquence une obligation dont on pût exiger l'exécution par l'*actio ex stipulatu*. Il fut même interdit d'ajouter à la simple promesse une *stipulatio pœnæ*, par respect pour la liberté du mariage³.

L. un. Si sponsalia facta et arrhæ donave sponsaliorum nomine data fuisse dicentur, ex alterutrâ sponsione actionem dabo.

Aulu-Gelle, IV, 4. Justinien, L. un., § 3, *de rei uxoriæ* (5.13). Gratien, Valentinien et Théodose, L. 3, C. J. *de sponsalibus* (5.1). Ulpien (Lib. 35, ad Ed.) Paul (Lib. 35, ad Ed.).

S'il est dit que des fiançailles ont été conclues et qu'à ce titre des arrhes ou des cadeaux aient été donnés, je donnerai une action fondée sur la promesse réciproque.

La convention n'exige pas d'autres conditions que le

¹ Florentinus, L. 1, D. h. t.

² Ulpien, L. 2. Florentinus, L. 3, D. h. t.

³ Aulu-Gelle, *loc. cit.* Paul, L. 134, pr. D. *de verborum obligationibus* (45.1). Papinien, L. 71. § 1, D. *de conditionibus et demonstrationibus* (35.1).

consentement des futurs époux et celui des personnes dont le consentement est nécessaire à leur mariage ⁴. Les fiançailles peuvent être faites à tout âge, soit par les fiancés eux-mêmes, soit par les personnes sous la puissance desquelles elles se trouvent ⁵.

La convention de fiançailles ne produit qu'une obligation morale, dont on ne peut pas exiger en justice l'exécution ; aussi peut-elle être anéantie par l'expression d'une volonté contraire ⁶.

Suivant une disposition de la loi *Julia et Papia*, les fiançailles devaient être conclues pour une ou deux années, mais ces délais pouvaient être prorogés pour des causes légitimes, tels que la maladie des fiancés, la mort des parents, une accusation capitale, de longs voyages entrepris par nécessité ⁷.

Mais s'il n'y a là qu'une obligation morale qu'il est interdit de sanctionner par une *stipulatio pœnæ*, on pouvait du moins donner des arrhes qui produisaient leurs effets ordinaires, c'est-à-dire que la partie qui renonce au mariage perd les arrhes, si c'est elle qui les a données ; et qu'elle est obligée de restituer le double de leur valeur, si c'est elle qui les a reçues ⁸.

FORMULE

Judex esto. Quod A^s A^s de N^o N^o stipulatus fuit Luciam Titiam ejus filiam in matrimonium ductum iri ⁹, et sponsaliorum nomine sestertium mille et pronubum annulum dedit N^o N^o qui fecit quominus A^s A^s Luciam Titiam duceret, quanti ea rex interfuerit, Judex, N^m N^m A^o A^o in duplum c. s. n. p. a.

⁴ Ulpien, L. 4, 6. Pomponius, L. 5. Paul, L. 7. Julien, L. 11. D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 9. Modestin, L. 14, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 10, D. h. t. Gaius (Lib. 11, ad Ed., prov.), L. 2, § 2, D. de divortio (24. 2) : *Conditione tua non utor*.

⁷ Gaius (Lib. 1, ad legem Juliam et Papiam), L. 17. D. h. t.

⁸ V. supra, n^o 379. Conf. Paul, L. 38. pr. D. de ritu nuptiarum (23. 2).

⁹ Aulu-Gelle, loc. cit.

NB. La législation impériale a modifié momentanément cette institution, en ce sens que les Empereurs ont vu là une libéralité faite sous condition que le mariage aurait lieu, et décidé que la promesse deviendrait exécutoire en cas de mariage et nulle dans le cas contraire; à moins que l'union projetée ne s'accomplisse pas par la faute d'une des parties, qui ne pourrait pas alors répéter ce qu'elle aurait donné, et qui fut même un instant tenue de restituer le quadruple des arrhes reçues, contrairement au principe qui refusait toute *stipulatio pœnæ* en cette matière. Si le décès de l'une des parties rend le mariage impossible, le survivant peut n'être tenu qu'à restituer la moitié des arrhes reçues ¹⁰.

§ 2. De Nuptiis.

410. Les règles relatives à la formation de l'union conjugale étaient fixées par la législation. L'Édit, suivant la méthode du Préteur, prohibe le mariage entre certaines personnes et en l'absence de certaines conditions.

L. un. Si nuptiæ factæ fuerunt sine consensu eorum qui coierunt et quorum in potestate erant ¹; si filius adoptivus, eam quæ patris adoptivi uxor fuit ² et pater adoptivus eam quæ sibi nurus loco fuit ³, etiam post emancipationem, uxores duxisse dicentur; si servus manumissus suam matrem, sororem, novercam, nurum, filiam soceramve uxorem duxisse dicetur ⁴; si filius aliquam uxorem, quam suus pater

Si des mariages ont été conclus sans le consentement des époux et sans celui de ceux sous la puissance desquels ils étaient; si un fils adoptif est dit avoir épousé celle qui fut l'épouse de son père adoptif et un père adoptif celle qui fut sa bru, même après l'émancipation; si un esclave émancipé est dit avoir épousé sa mère, sa sœur, sa marâtre, sa bru, sa fille ou sa belle-mère; si un fils est dit avoir épousé

¹⁰ Voir Julien, L. 1, § 1, D. de donationibus (39.5). T. C. J. de sponsalibus (5.1). T. C. Th. (3.5) notamment L. 6 et L. un. si nuptiæ ex rescripto petantur (3.10).

habuit⁵ et filius adoptivus, donec manet adoptio, filiam matremve patris adoptivi⁶ uxores duxisse dicentur; si nuptiæ factæ fuisse dicentur inter parentes et liberos adoptivi vel non, sive proximi, sive ulterioris gradus sint⁷; si libertina senatorem deceperit quasi ingenua et ei nupta sit⁸; ex iis rebus iudicium dabo.

¹ Paul (Lib. 35, ad Ed.) L. 2, D. *de ritu nuptiarum* (23.2).

² Paul (id.) L. 14, pr. D. h. t.

³ Paul (id.) L. 14, § 1, D. h. t.

⁴ Paul (id.) L. 14, § 3, D. h. t.

⁵ Paul (id.) L. 14, § 4, D. h. t.

⁶ Gaius (Lib. 11, ad Ed., prov.) L. 17, D. h. t.

⁷ Gaius (id.) L. 53, 55, D. h. t.

⁸ Marcién, L. 58, D. h. t.

une des femmes que son père a eues pour épouses, et un fils adoptif, pendant que dure l'adoption, la fille ou la mère de son père adoptif; si des mariages sont dits avoir été conclus entre des ascendants et des descendants, adoptifs ou non, en ligne directe, quel que soit le degré de parenté; si une affranchie est dite avoir trompé un sénateur en se disant ingénuë et l'avoir épousé; à ces divers titres je donnerai action.

411. Pour les Romains des premiers siècles, le mariage était l'union du mari et de la femme, établissant entre eux une communauté d'existence qui devait durer toute la vie¹. Et, comme il faut un chef à toute association, le mariage romain donnait au mari la puissance maritale sur sa femme et la puissance paternelle sur ses enfants. Pour consacrer des principes aussi sévères et pour que le chef de la future famille eût une autorité aussi grande, le mariage n'était reconnu tel que lorsqu'il avait été contracté entre personnes jouissant du *connubium* sous trois formes: *per confarreationem*, *per coemptionem* et *per usum*². Le mariage était dès lors considéré comme indissoluble, en ce sens que les mœurs interdisaient aux époux de le rompre, puisqu'il faut venir jusqu'au commencement du VI^m siècle pour trouver le premier exemple de répudiation d'une femme par son mari³.

¹ Modestin, L. 1. D. h. t.

² Gaius, I, 110 et s.

³ Aulu-Gelle, IV, 3. Valère-Maxime, II, 1, § 4. Le mariage *per usum* pouvait être rompu par la puissance paternelle. *Infra*, t. II, n° 1117.

Mais les mœurs primitives se modifièrent et cette modification fit peu à peu abandonner ces formes. La *manus* disparut; l'usucapion de la femme n'était plus qu'un souvenir au temps de Gaius, bien que la *coemptio* fut encore en usage; mais elle servait tout autant à soustraire la femme à la *manus* qu'à la lui imposer. Quant à la *confarreatio*, elle n'était plus usitée que pour quelques familles ayant l'ambition de fournir les flamines majeurs⁴. A l'époque de l'Édit, le mariage est considéré comme une sorte de contrat consensuel, soumis seulement à certaines conditions relatives à l'état des personnes; et la législation ne s'occupe que des faits et circonstances qui peuvent l'empêcher, bien que les anciennes formes ne fussent pas abolies et que même elles exerçassent encore leur influence sur la validité du contrat. La loi *Julia et Papia* contenait plusieurs dispositions relatives à la faculté de contracter mariage, dispositions que Julien n'eut pas à reproduire dans son œuvre. Mais il s'y trouvait certaines lacunes comblées un peu plus tard par un Sénatus-consulte rendu ensuite d'un Rescrit des empereurs Marc-Aurèle, Antonin et Commode⁵. Pour plus de clarté, nous exposerons l'état de la législation à cette époque, sans tenir compte de cette distinction.

Nous considérerons le mariage : 1° au point de vue de la forme, 2° sous le rapport des causes qui l'empêchent.

1° 412. Pour qu'un mariage soit valable, il faut le consentement des époux et celui des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent⁶. Un mariage simulé est absolument nul⁷. L'état de folie d'un des futurs époux est un obstacle à leur mariage, mais la folie n'est pas une

⁴ Gaius, I, 111-114.

⁵ Paul (Lib. 35, ad Ed.), L. 16, 60, D. h. t.

⁶ Paul (Lib. 35, ad Ed.), L. 2, D. h. t.

⁷ Gaius. L. 30, D. h. t.

cause de dissolution d'un mariage régulièrement contracté⁸. Un père, malgré sa puissance sur son fils, ne peut pas le contraindre à se marier; toutefois, si le fils épouse, par suite d'une contrainte, une femme avec laquelle il ne se serait pas marié s'il eût été libre, le mariage n'en est pas moins valable, parce qu'il est censé avoir préféré cet hymen à l'animadversion paternelle⁹. Quant à la fille, un consentement exprès ne paraît pas avoir été exigé d'elle. Elle est censée consentir quand elle ne résiste pas à la volonté de son père, et elle ne peut résister que si l'époux qu'on lui destine est de mauvaises mœurs (*indignum moribus*) ou d'une turpitude notoire¹⁰.

Le patron ne peut pas épouser son affranchie malgré elle, à moins qu'il ne l'ait affranchie que pour en faire sa femme¹¹; que si elle refuse d'exécuter la condition sous laquelle elle a reçu la liberté, elle en est punie par l'interdiction d'épouser une autre personne (infra n° 421).

413. Les époux, avons-nous dit, ont besoin pour se marier du consentement de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent.

Un fils de famille militaire ne peut pas se marier sans le consentement de son père¹².

Lorsque le mariage a été contracté sans le consentement des personnes dont l'assentiment est nécessaire, il est nul, à moins qu'il ne soit contracté de nouveau avec leur consentement. Que, s'il s'agit d'une femme divorcée, qui, peu de temps après son divorce et sans s'être remariée ni avoir reçu la restitution de sa dot, épouse une seconde fois son mari, le premier mariage est censé n'avoir pas été

⁸ Paul, L. 16, § 2, D. h. t.

⁹ Terentius-Clemens, L. 21. Celse, L. 22, D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 12, pr., § 1, D. *de sponsalibus* (23.1).

¹¹ Marcien, L. 28. Ulpien, L. 29, D. h. t.

¹² Papinien, L. 35, D. h. t.

rompu ¹³. Le consentement du père doit être exprès, en ce sens que, s'il a donné à quelqu'un mandat de trouver un époux à sa fille, cet époux doit lui être présenté pour qu'il puisse seulement alors donner son consentement ¹⁴.

Toutefois certaines causes peuvent permettre de soustraire un mariage à la nécessité du consentement des personnes de qui il est requis : le fils ou la fille d'un prisonnier de guerre ou d'un absent dont on n'a pas de nouvelles, peut se marier après trois années écoulées depuis la captivité ou l'absence, et même avant si le mariage a lieu avec une personne que le père ne répudierait pas ¹⁵.

Le trente-cinquième chapitre de la loi *Julia* impose aux parents l'obligation de doter et de marier leurs enfants. Ils sont censés les empêcher de se marier, lorsqu'ils ne leur cherchent pas de partis ¹⁶.

414. Il y a cette différence entre les fils et les filles qui veulent se marier : que s'ils ont leur père et un aïeul, le consentement du père est nécessaire pour le mariage des fils, tandis que pour celui des filles le consentement de l'aïeul suffit ; et que si l'un est fou, on se contente du consentement de l'autre ¹⁷. Mais le fils émancipé peut se marier sans le consentement de son père et le fils qui lui naîtra n'en sera pas moins son héritier, comme issu des justes noces ¹⁸.

Ce sont là les seules personnes dont le consentement soit nécessaire. Quant au tuteur, qui n'est chargé que de l'administration des biens du pupille et de sa personne, il n'a pas à exprimer une opinion au sujet du mariage de sa pupille, qui a pleine liberté à cet égard. Du moins c'est

¹³ Marcellus. L. 23. Julien. L. 48, D. h. t.

¹⁴ Papinien, L. 34, pr. D. h. t.

¹⁵ Ulpien, L. 9, § 1. Paul, L. 40. Julien, L. 44, D. h. t.

¹⁶ Marcien, L. 49, D. h. t.

¹⁷ Paul. L. 16, § 1. Ulpien, L. 9, D. h. t.

¹⁸ Modestin, L. 25, D. h. t.

ainsi que l'ont décidé les empereurs Sévère et Commode¹⁹. Car il paraît qu'auparavant une pupille avait besoin de l'assentiment de sa mère et de ses tuteurs ; et, s'il y avait dissentiment entre eux, le sort en décidait²⁰ ou on avait recours à l'intervention du Magistrat²¹.

415. Bien que les anciens rites des noces soient en grande partie tombés en désuétude, ils ont laissé des traces profondes dans l'institution. Ainsi une des plus importantes cérémonies des noces était la *deductio in domum mariti*. Or le mariage n'est pas accompli, si la femme n'est pas livrée au mari dans son domicile. C'est pour cela qu'un homme absent peut se marier, pourvu que son épouse soit conduite ou se rende dans sa demeure ; tandis qu'une femme, absente du lieu où se trouve le domicile du mari, ne peut pas se marier avec lui, parce qu'elle ne peut pas à l'instant être conduite chez lui, et que le domicile du mari est le domicile du mariage (*domicilium matrimonii*²²).

Mais la cohabitation n'est pas nécessaire pour la validité du mariage (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*²³). Ainsi, si un legs a été fait à une fille sous la condition de se marier dans la famille du testateur avec qui elle demeure, la condition est censée accomplie, lorsque le mariage est conclu, quoique la mariée ne soit pas entrée dans la chambre à coucher de son mari²⁴.

2° 416. DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LE MARIAGE.

Quatre conditions sont nécessaires, pour que ceux qui se marient contractent de justes noces. A, qu'ils aient le droit de cité (*civitas*). B, qu'ils soient pubères. C, qu'ils

¹⁹ Paul, L. 20. D. h. t.

²⁰ Suétone, Vie de Tibère.

²¹ Tite-Liv. IV.

²² Paul, II, 49, § 5. Pomponius, L. 5, D. h. t.

²³ Ulpien. L. 30, D. *de reg. jur.* (50.17).

²⁴ Ulpien, L. 15. D. *de cond. et demonstr.* (35.1).

soient de ceux à qui le mariage n'est pas interdit absolument, D, ou qu'il n'y ait pas entre eux prohibition relative.

A. 417. Régulièrement, pour qu'il y ait justes noces, il faut que les époux soient citoyens romains; cependant le Peuple accordait autrefois et aujourd'hui l'Empereur accorde par une décision spéciale le *connubium* à certaines personnes, à des Latins et même à des étrangers ²⁵. Toutefois, si, par suite d'une erreur légitime, un citoyen ou une citoyenne se marie avec une personne avec laquelle il n'y a pas de *connubium* accordé (*concessum*), le titre de citoyen est rendu et donné tant aux parents qu'aux enfants avec tous les droits résultant de la puissance paternelle, à l'exception des Déditices, qui ne peuvent jamais avoir le droit de Cité romaine ²⁶.

418. Il ne peut jamais y avoir *connubium* avec les esclaves ²⁷. L'union d'un esclave et d'une personne libre, est toujours illégitime (*contubernium* ²⁸).

B. 419. Pour pouvoir contracter un mariage valable, les époux doivent être pubères, c'est-à-dire avoir : le mari quatorze ans et la femme douze ans. Si l'on marie une fille âgée de moins de douze ans, elle ne deviendra épouse que lorsqu'elle aura atteint cet âge dans la maison de son mari ²⁹.

C. 420. DE CEUX A QUI LE MARIAGE EST ABSOLUMENT INTERDIT.

Celui qui est marié ne peut pas contracter un second mariage, tant que le premier n'est pas dissout ³⁰. Si un

²⁵ Ulpien, V. 4. Gaius, I, 56, 57. Ce qui explique l'indignation que causa le mariage d'Antoine avec Cléopâtre. (Pothier, *Pandectes*, h. t.)

²⁶ Ulpien, VII, 4. Gaius, I, 67, 68; II, 142.

²⁷ Ulpien, V, 5.

²⁸ Paul, II, 19, 6. Cicéron. *Verr.*, II, 5, 40.

²⁹ Pomponius, L. 4, D. h. t.

³⁰ Papinien. L. 11, § 12. D. *ad legem Juliam de adulteriis* (18.5). Gaius, I, 63.

mari est prisonnier de guerre, sa femme ne peut pas se remarier tant qu'on le sait vivant, à moins qu'elle ne le répudie. Mais, s'il y a incertitude sur sa destinée, sa femme pourra convoler à de secondes noces après cinq années écoulées depuis la captivité de son mari. Le mari aura le même droit, si sa femme est prisonnière de l'ennemi ⁵¹.

On ne peut pas épouser, du vivant de leurs maris, les femmes répudiées et accusées d'adultère, même avant le jugement de condamnation ⁵². Toutefois un mari, qui a accusé sa femme d'adultère, peut l'épouser une seconde fois, s'il a demandé son absolution ⁵³.

421. Une esclave, que son maître a affranchie pour l'épouser, ne peut se marier qu'avec lui, à moins qu'il n'ait renoncé à la prendre pour épouse ⁵⁴. Et si cette affranchie, mariée avec son patron, divorce avec lui, son mariage peut bien être considéré comme rompu, mais elle ne peut ni redemander sa dot, ni se marier, ni vivre en concubinage avec un autre ⁵⁵. Toutefois il faut pour cela que son mari ait été réellement son patron : il ne suffirait pas qu'il ait juré qu'il l'était ⁵⁶; et la règle ne serait plus applicable si le patron avait été chargé par un fidéicommissaire de donner la liberté à cette femme ou s'il tombait en servitude ⁵⁷. Le fils du patron, marié à l'affranchie de son père, a les mêmes droits que lui ⁵⁸.

L'affranchie, qui vit en concubinage avec son patron, ne peut pas plus se marier avec un autre que si elle était

⁵¹ Julien, L. 6, D. *de divortis* (24. 2).

⁵² Modestin, L. 26, D. h. t.

⁵³ Papinien, L. 34, § 1, D. h. t.

⁵⁴ Licinius Rufus, L. 51, pr. D. h. t.

⁵⁵ Ulpien, L. 11, pr. D. *de divortis* (24. 2). Ulpien, L. 45, pr. D. h. t.

⁵⁶ Ulpien, L. 45, § 1, D. h. t.

⁵⁷ Marcellus, L. 50. Ulpien, L. 45, § 6, D. h. t.

⁵⁸ Terentius-Clemens, L. 48, pr. D. h. t.

l'épouse de son patron, mais elle peut être la concubine d'un autre⁵⁹.

422. Les fiançailles ne sont pas ici assimilées au mariage. L'affranchie fiancée à son patron peut lui notifier un acte de répudiation (*conditioe tuâ non utor*) et se marier à un autre malgré lui⁶⁰. Et par contre un patron, qui épouse son affranchie, déshonorée par la débauche, agissant ainsi contre la loi, ne jouit pas de ses bénéfices⁶¹.

D. 423. DE CEUX A QUI LE MARIAGE EST INTERDIT POUR DES CAUSES ET DANS DES CONDITIONS QUI LEUR SONT PERSONNELLES.

Les causes ou conditions, qui interdisent le mariage à certaines personnes, sont au nombre de cinq : la parenté par le sang (*cognatio*), la parenté par alliance (*affinitas*), la pudeur publique (*publica honestas*), la puissance (*potestas*), et certaines inégalités dans les conditions sociales (*certa dignitatis inæqualitas*).

1° 424. *La parenté par le sang.*

Le mariage est interdit entre ascendants et descendants⁶². Peu importe que les époux soient ou non parents entre eux en vertu de justes noces ; car un frère ne peut pas épouser sa sœur naturelle⁶³. Entre collatéraux le mariage est interdit jusqu'au quatrième degré⁶⁴.

La parenté qui s'est formée dans la servitude est aussi un obstacle au mariage⁶⁵, comme le décide l'Édit. Il en est de même d'un père adoptif qui ne peut pas épouser sa fille ou sa petite fille adoptive, même après leur émancipation⁶⁶.

⁵⁹ Ulpian, L. 1, pr. D. *de concubinis* (25.7).

⁶⁰ Ulpian, L. 45, § 4, D. h. t.

⁶¹ Terentius-Clemens, L. 48, § 4, D. h. t.

⁶² Gaius, L. 53, D. h. t. Ulpian, V, 6. Paul, II, 19, §§ 10, 11.

⁶³ Scévola, L. 54, D. h. t.

⁶⁴ Gaius, L. 17, § 2, D. h. t.

⁶⁵ Paul, L. 14, § 2. Pomponius, L. 8, D. h. t.

⁶⁶ Gaius, L. 55, pr. D. h. t.

Mais, en matière d'adoption, la prohibition ne s'étend pas aux collatéraux. Aussi un fils peut épouser la jeune fille que son père a adoptée, lorsqu'elle est émancipée, ou si le père émancipe son fils ⁴⁷; car il n'y a entre eux ni *agnatio*, ni *cognatio*. Par la même raison, je puis épouser la fille de ma sœur adoptive ou la sœur de mon père adoptif, si elle n'est pas née du même père que lui ⁴⁸.

2° 425. *La parenté par alliance.*

C'est la parenté qui existe entre un des époux et les parents de l'autre. Un beau-père (*vitricus*) ou une marâtre (*noverca*) ne peut pas se marier avec sa belle-fille ou son beau-fils (*provignus, provigna*); une belle-mère (*socrus*) avec son gendre (*gener*), un beau-père (*socer*) avec sa belle-fille (*nurus*). Et je ne puis pas plus épouser la fille de ma belle-fille que ma belle-fille elle-même ⁴⁹.

Les mêmes règles s'appliquent à la parenté formée dans l'esclavage ⁵⁰.

Mais les enfants nés de deux mariages différents peuvent s'épouser; il n'y a pas entre eux parenté, alors même qu'ils auraient un frère commun ⁵¹.

3° 426. *La pudeur publique.*

Tout ce qui est permis n'est pas honnête ⁵². Aussi, quand il s'agit de mariage, il ne faut pas considérer seulement ce qui est permis, mais ce qui est honnête ⁵³.

Aussi le mariage est-il interdit entre ceux qui, sans être parents ou alliés, sont ou ont été dans des rapports de telle nature que leur union révolterait la pudeur publique. Ainsi, tant que je reste dans la famille de mon père adoptif, je

⁴⁷ Gaius, L. 17. pr., § 1, D. h. t.

⁴⁸ Ulpian, L. 12, § 4, D. h. t.

⁴⁹ Paul. L. 14, § 4. Pomponius, L. 40, D. h. t.

⁵⁰ Paul. L. 14, § 3, D. h. t.

⁵¹ Papinien. L. 34, § 2, D. h. t.

⁵² Paul. L. 144, D. *de reg. jur.* (50.17).

⁵³ Modestin, L. 42, D. h. t. : L. 197, D. *de reg. jur.* (50.17).

ne puis épouser, ni sa mère, ni sa tante maternelle (*matertera*); mais mon émancipation fait cesser l'empêchement⁵⁴. S'il s'agit, au contraire, de la veuve de mon père adoptif, je ne puis pas l'épouser, même après mon émancipation, parce qu'elle me tient lieu de belle-mère. La même prohibition s'applique au mariage d'un homme avec la veuve de son fils adoptif, parce qu'elle lui tient lieu de bru⁵⁵; entre un fils et la fiancée de son père, et entre un père et la fiancée de son fils, quoiqu'on ne puisse pas dire que l'une soit déjà la belle-mère du fils et l'autre la bru du père⁵⁶. Par la même raison, je ne puis pas épouser la mère de celle qui a été ma fiancée⁵⁷, ni la fille que ma femme, après notre divorce, aurait eu d'un second mari⁵⁸. Enfin le beau-père ne peut pas se marier avec la femme de celui qui a été son beau-fils, ni la belle-mère avec le mari de celle qui a été sa belle-file⁵⁹.

C'est aussi pour des motifs d'honnêteté publique que le mariage est interdit entre un affranchi et sa patronne ou la veuve de son patron. On ne saurait admettre, en effet, qu'une patronne ou la veuve d'un patron soit placée, par le mariage, dans la dépendance d'un affranchi⁶⁰, à moins que la femme ne se soit déshonorée par ses dérèglements, auquel cas le Juge pourra permettre le mariage⁶¹.

4° 427. *La puissance.*

La puissance qu'une personne a sur une autre est un empêchement à leur mariage :

Un tuteur ou un curateur ne peut pas épouser ou don-

⁵⁴ Gaius, L. 55, § 1, D. h. t.

⁵⁵ Paul, L. 14, pr., § 1, D. h. t.

⁵⁶ Ulpien, L. 12, § 1, 2, D. h. t.

⁵⁷ Paul, L. 14, § 4, *in fine*, D. h. t.

⁵⁸ Ulpien, L. 12, § 3, D. h. t.

⁵⁹ Papinien, L. 15, D. h. t.

⁶⁰ Papinien, L. 62, § 1, D. h. t.

⁶¹ Ulpien, L. 13, D. h. t.

ner en mariage à son fils sa pupille, âgée de moins de vingt-six ans, à moins qu'elle n'ait été fiancée à l'un ou à l'autre par son père, ou qu'il ne la leur ait destinée dans son testament⁶². Le Sénat a décidé qu'un affranchi qui épousait la fille de son patron, dont il était le tuteur, ou la marierait à son fils, devait être condamné à la rélévation⁶³. La prohibition frappe le tuteur qui n'a pas encore rendu son compte⁶⁴, et pour le même motif le curateur au ventre⁶⁵, ainsi que les enfants naturels et adoptifs et les petits-fils du tuteur⁶⁶. Et un tuteur ne peut pas adopter le mari de sa pupille, tant qu'il n'a pas rendu son compte⁶⁷. La prohibition s'étend aux héritiers même étrangers du tuteur ; mais rien ne s'oppose à ce qu'un tuteur donne sa fille en mariage à son pupille⁶⁸.

Celui qui est envoyé dans une province pour y exercer un office public, ne peut pas épouser ni donner à son fils en mariage une femme qui en est originaire ou qui y est domiciliée ; toutefois il peut s'y fiancer avec elle, la femme restant libre de ne pas contracter le mariage après la cessation des fonctions, en rendant les arrhes qu'elle a reçues⁶⁹ ; et il peut y marier ses filles, en leur constituant une dot valable⁷⁰. Mais la prohibition ne s'applique pas à ceux qui remplissent des fonctions publiques dans le pays où ils sont nés ; et, bien qu'un mariage contracté contre ces prohibitions soit nul, il devient valable, si les époux persistent dans leur volonté de rester époux après la ces-

⁶² Paul, L. 36, 66. pr. D. h. t.

⁶³ Callistrate, L. 64, pr. D. h. t.

⁶⁴ Paul, L. 67, pr. D. h. t.

⁶⁵ Tryphoninus, L. 67, § 4, D. h. t.

⁶⁶ Paul, L. 59, 60, §§ 6, 7, D. h. t.

⁶⁷ Tryphoninus, L. 67, § 3, D. h. t.

⁶⁸ Callistrate, L. 64, §§ 1, 2, D. h. t.

⁶⁹ Paul, L. 38. pr. Papinien, L. 63. Marcien, L. 57, D. h. t.

⁷⁰ Paul, L. 38, § 2, D. h. t.

sation des fonctions du mari ⁷¹; comme aussi un Proconsul peut épouser dans la province dont il a le gouvernement une femme avec laquelle il a été fiancé avant son entrée en fonctions, bien qu'elle y soit domiciliée ⁷². — Au surplus, la prohibition cesse avec la fonction, et elle ne s'applique pas à l'état de concubinage ⁷³.

5° 428. *Inégalité de conditions.*

La Loi des XII tables, table XI^e, avait défendu le mariage entre Patriciens et Plébéiens. Mais il est probable que ces unions étaient déjà fréquentes et de plus conformes aux idées de ce temps, puisque six ans après, une loi *Canuleia* abrogea cette disposition. Toutefois l'institution de l'esclavage et l'esprit essentiellement aristocrate des Romains ne leur permirent jamais de comprendre que l'égalité politique et civile fut possible entre les membres d'une même cité. Aussi le mariage entre ingénus et affranchis était-il interdit ⁷⁴. La loi *Julia et Poppia Poppæa* adoucit cette sévérité en permettant le mariage entre ces deux classes de personnes, excepté aux Sénateurs et à leurs enfants ⁷⁵.

Cette loi défend à un ingénu de se marier avec une femme qui se prostitue (*questum facit*), qui a une conduite honteuse (*turpiter vivit*), une fille publique (*meretrix*), une femme faisant métier de la prostitution des autres (*lena*) ⁷⁶. Le mariage entre la fille d'un Sénateur et un comédien, un affranchi, avec celui dont le métier est de paraître dans les jeux publics (*ars ludicra*), ce mariage est nul ⁷⁷, ainsi

⁷¹ Paul, L. 65, pr., § 1, D. h. t.

⁷² Paul, L. 38, § 1, D. h. t.

⁷³ Paul, L. 61, § 1, D. h. t. Paul, L. 5, D. de concubinis (25.7).

⁷⁴ Tite-Live, XXXIX, 49.

⁷⁵ Celse, L. 23, D. h. t. Ulpian, XIII, 2.

⁷⁶ Marcellus, L. 41, Ulpian, L. 43, D. h. t., où Ulpian cherche, sans y trop réussir, à définir la prostitution et la prostituée.

⁷⁷ Modestin, L. 42, § 1, D. h. t.

que celui d'un ingénu avec une femme surprise en adultère ⁷⁸.

La loi *Julia et Papia Poppæa* défend à un Sénateur et à ses descendants d'épouser sciemment ou frauduleusement une affranchie ou une femme dont le père ou la mère a fait le métier de comédien, et réciproquement; mais le mariage serait valable, si c'était l'aïeul ou l'aïeule de la femme qui eut paru dans les jeux publics ⁷⁹, et dans le cas où le Prince aurait autorisé un Sénateur à se marier dans ces conditions ⁸⁰. Le mariage serait également valable, si la fille d'un Sénateur, ayant fait commerce de prostitution, ou joué la comédie, ou ayant été condamnée par un jugement public, épousait un affranchi ⁸¹. Enfin, si les citoyens d'un rang supérieur ne peuvent pas épouser les femmes auxquelles la loi leur défend de s'unir, elles peuvent être prises pour épouses par les citoyens d'un rang inférieur ⁸².

Ces dispositions furent confirmées et élargies par la législation impériale; et Justinien, pour justifier et valider son mariage avec la courtisane Théodora, les abolit en partie ⁸³.

429. Les mariages contractés contre les lois sont dits incestueux ⁸⁴; et la première punition infligée au mari est la perte de la dot et la restitution des fruits qu'il aura perçus ⁸⁵. De plus, les enfants nés d'une telle union ne sont pas soumis à la puissance paternelle; ils sont considérés comme n'ayant pas de père (*vulgo concepti, spurii*) ⁸⁶. La

⁷⁸ Ulpien, L. 43, § 12, D. h. t.

⁷⁹ Paul, L. 44, pr., § 2, D. h. t.

⁸⁰ Ulpien, L. 31, D. h. t. *Senatus-consulte des Bacchanales*, U. C. 568. Tite-Live, XXXIX, 49.

⁸¹ Paul, L. 47, D. h. t.

⁸² Marcellus, L. 49, D. h. t.

⁸³ Justinien, L. 28, 29, C. *de uuptiis* (5.4).

⁸⁴ Paul, L. 16, § 1, D. h. t.

⁸⁵ Paul, L. 52. Papinien, L. 61, D. h. t.

⁸⁶ Gaius, I, 64. Ulpien, V, 7.

punition peut aussi s'appliquer à la femme, si, comme dans le cas prévu par l'Édit, une affranchie s'est fait passer pour ingénue afin d'épouser un Sénateur ; dans ce cas elle ne bénéficiera pas de la dot qui a pu lui être constituée ⁸⁷. De plus, des peines sévères frappent les coupables ⁸⁸.

FORMULE

Judex esto. Quod N^s N^o Aⁱ Aⁱ filius adoptivus et emancipatus (Pater adoptivus. ...) uxorem duxit Luciam Titiam quæ Aⁱ Aⁱ uxor (nurus.....) fuit, quanti ea res est, Judex, N^m N^m A^o A^o condemna, nisi matrimonium dirimat ⁸⁹, s. n. p. a.

N.B. 430. Ces empêchements au mariage, dérivant de l'inégalité des conditions, ou attachés à certaines fonctions, ont donné naissance au concubinat qui n'est pas le mariage, qui n'est pas cependant une union criminelle, mais une alliance légale ⁹⁰, et sur laquelle les règles qui gouvernent le mariage exercent encore leur influence.

Le concubinat, bien qu'institution reconnue, ne produit pas d'effets civils. Les enfants qui naissent de cette union ne sont pas légitimes (*justi liberi*) ; cependant ils ne sont pas bâtards (*spurii*), comme s'ils étaient les produits d'unions prohibées ou d'amours vagabondes (*vulgivagâ venere*) ; ils sont dits *liberi naturales* et leur père n'a pas sur eux la puissance paternelle. La femme, ainsi unie, n'est pas épouse (*uxor*) ; elle est concubine ; elle partage la couche et la table de l'homme avec lequel elle vit, mais non ses titres et dignités. Une telle union ne comporte pas de dot ⁹¹.

⁸⁷ Marcien, L. 58, D. h. t.

⁸⁸ Paul, II, 26. 15. Modestin. L. 38, D. *ad legem Juliam de adulteriis* (48.5).

⁸⁹ Paul (Lib. 35, ad Ed.), L. 1. D. *de divortiiis* (23.2).

⁹⁰ Paul, L. 144, D. *de verb. sign.* (50.16).

⁹¹ Ulpien, L. 3, D. *de jure dotium* (23.3).

Le concubinat est la ressource de ceux qui ne peuvent contracter mariage, en raison de leurs conditions sociales ou des fonctions de l'homme.

Mais toute femme ne peut pas être concubine et concubine de qui elle veut. La jurisprudence fait à ce sujet des distinctions où l'on trouve un singulier mélange d'immoralité et d'esprit aristocratique. Une affranchie, concubine de son patron, ne peut pas le quitter pour se marier, mais elle peut devenir la concubine d'un autre, parce que, dit Ulpien, elle lui fait moins d'injure en vivant en concubinage avec un autre homme, qu'en devenant une honnête mère de famille⁹²; et, si le patron devient fou, sa concubine affranchie doit, par respect pour lui, rester dans l'état de concubinage⁹³.

Du reste, un homme ne peut prendre pour concubine qu'une femme qui n'est pas déshonorée par une telle union. parce qu'elle l'est déjà pour d'autres causes, comme une fille publique, une comédienne; ou bien une femme de basse extraction⁹⁴ ou condamnée pour adultère⁹⁵. Mais il n'est pas permis de prendre pour concubine une ingénue de bonne conduite. Il faut ou l'épouser ou la déshonorer⁹⁶. Et, bien que le concubinage n'établisse aucune affinité entre ceux qui vivent dans ces conditions, cependant un fils ou un petit-fils ne pourrait pas prendre pour concubine une femme qui aurait été la concubine de son père ou de son aïeul; ce serait considéré comme un inceste⁹⁷. Il n'est pas plus permis d'avoir deux concubines que deux épouses⁹⁸.

Dans l'incertitude sur la question de savoir si la vie

⁹² Ulpien, L. 1, D. *de concubinis* (25.7).

⁹³ Paul, L. 2, D. *de concubinis* (25.7).

⁹⁴ Marcien, L. 3, pr. D. *de concubinis* (25.7).

⁹⁵ Ulpien, L. 1, § 2, D. *de concubinis* (25.7).

⁹⁶ Marcien, L. 3, pr. D. *de concubinis* (25.7).

⁹⁷ Ulpien, L. 1, § 3, D. *de concubinis* (25.7).

⁹⁸ Paul, II. 20.

commune constitue un mariage ou un concubinat, on décide qu'il y a mariage, quand il y a eu constitution de dot⁹⁹, ou quand la femme est honnête; tandis qu'il y a présomption de concubinat en l'absence de constitution de dot ou quand la femme est *inhonesta persona*¹⁰⁰.

§ 3. De dote.

431. Lorsque la femme était mariée suivant un des modes de droit civil qui la faisait tomber *in manu*, elle subissait une *capitis diminutio* si elle était *sui juris*; elle sortait de sa famille, si elle était *alieni juris*, pour entrer dans celle de son mari *loco filiae*. Si elle avait des biens lui appartenant en propre ou donnés à elle par son père ou toute autre personne, ces biens, qui constituaient sa dot, étaient acquis au mari, ainsi le voulait la rigueur du droit civil (*virī fiunt dotis nomine*)¹. L'union conjugale devant en effet durer autant que la vie de l'un des époux (*consortium omnis vitæ*), et la femme étant désormais étrangère à sa famille naturelle, il n'y avait pas de raison pour obliger le mari à restituer ce qui était devenu sa propriété incommutable. Mais l'institution du divorce dut nécessairement modifier ces idées primitives. La rupture du lien conjugal avait pour conséquence obligée la restitution de la dot. Aussi, dès le milieu du VI^{me} siècle, prit-on l'habitude de faire des conventions ayant pour objet d'obliger le mari à restituer, en cas de divorce, ce qu'il aurait reçu de sa femme : l'*actio rei uxoriæ*, par laquelle elle pouvait pour-

⁹⁹ Paul, L. 70. D. de jure dotium (23.3).

¹⁰⁰ Marcien. L. 3, pr. D. de concubinis (25.7). Modestin. L. 24. D. de ritu nuptiarum (23.2).

¹ Cicéron, *Topiques*, 4. Vat. frag. 415.

suivre en justice la restitution de sa dot ², pour le cas où aucune convention n'aurait été faite, et pour le cas aussi où la stipulation eût été nulle par suite de l'inobservation de certaines formes exigées.

Quand une convention légale avait été faite, la femme avait donc l'*actio ex stipulatu* pour poursuivre la restitution de sa dot, et cette action, née de la stipulation, servait aussi au mari pour poursuivre la délivrance des choses promises contre ceux qui avaient fait la promesse ; mais il fallait pour cela que le mariage ait eu lieu. La stipulation en matière de dot renferme en effet cette condition tacite : si le mariage a lieu, et on ne peut agir en vertu de la stipulation qu'autant que le mariage s'accomplit, quand même cette clause ne serait pas exprimée ³. Des doutes durent s'élever à cet égard, et ce fut pour y mettre un terme que le Préteur décida :

L. 1. Si quis quæve dotem promiserit, et nuptiæ secutæ non fuerint, in eum eamve ex stipulatu agere non permittam.

Paul (Lib. 35, ad Ed.) L. 41, pr., § 1, D. de jure dotium (23.3).

Si quelqu'un de l'un ou l'autre sexe a promis une dot, et que le mariage n'ait pas eu lieu, je ne permettrai pas d'agir par l'action résultant de la stipulation.

La dot est en effet fournie au mari pour supporter les charges du mariage ; si donc il n'y a pas de mariage, ou si l'union des personnes ne peut être qualifiée mariage, il n'y a pas de dot. Aussi on entend par dot tout ce qui est donné au mari par ou pour la femme en vue du mariage ; de même que ce qui est ainsi donné n'acquiert le caractère de dot que par le mariage, de même il ne le conserve que tant que dure l'union légitime des époux ⁴.

La dot est dite profectice (*profectitia*), lorsqu'elle est

² Aulu-Gelle, IV. 3.

³ Ulpien, L. 21, D. de jure dotium (23.3).

⁴ Ulpien. L. 3, D. de jure dotium (23.3).

donnée par le père ou par un ascendant; donnée par toute autre personne, elle est qualifiée d'adventice (*adventitia*); et si celui qui l'a constituée s'est réservé le droit de répétition à la dissolution du mariage, elle est appelée receptive (*receptitia*)⁵. Mais qu'elle soit constituée par la femme, par un ascendant ou par tout autre, elle a deux caractères : elle a une cause perpétuelle, comme à l'époque où elle entrait dans le patrimoine du mari, en ce sens que sa restitution n'est qu'éventuelle⁶; et elle est une *datio ob causam*, en ce sens qu'elle n'a pas pour objet d'augmenter le patrimoine du mari, bien qu'en fait elle l'enrichisse, puisqu'on peut la répéter dans le cas où le mariage n'a pas lieu⁷.

432. La confusion du patrimoine des époux établissait entre eux une communauté de biens, comme le mariage leur créait une communauté d'existence. Mais cette notion du mariage et des intérêts qu'il engendre est complètement abandonnée le jour où il est admis que l'union conjugale peut être rompue autrement que par la mort; et dès lors, c'est l'idée absolument contraire qui prévaut. Le régime de la séparation de biens sera désormais celui des époux, la femme demeurant propriétaire de son patrimoine propre et le mari n'ayant de droits que sur les choses qui lui sont constituées en dot. D'où il suit qu'on ne présume pas la dot, que tous les biens de la femme sont paraphernaux et que le mari n'a aucun droit sur ceux qui ne font pas partie de la dot⁸.

⁵ Ulpien, VI, 3, 5.

⁶ Paul, L. 1, D. *de jure dotium* (23.3).

⁷ Ulpien, L. 6, pr. Javolenus, L. 40. D. *de condicione causi dati...* (12.4). Hermogène, L. 74, D. *de jure dotium* (23.3).

⁸ Voir Théodose et Valentinien. L. 8, C. *de pactis conventis tam super dote* (5.14). Aussi le président Favre a-t-il pu dire : *Constitutio dotis non præsumitur nisi probatur, et mulier, simpliciter nubens, non censetur sui bona viro in dotem dedisse, nec in parte, nec in toto.*

433. La constitution de dot est un contrat qui se conclut de trois manières : *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dit Ulpien, et encore : *ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur à Prætorè urbis ei mulieri virginive. quam ex hòc ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam, promittendam* ⁹.

Par la *dotis datio*, les biens ou les droits, qui font l'objet de la dot, sont immédiatement transférés au mari, ce qui se fait par les modes ordinaires d'aliénation : *Mancipatio, cessio in jure, traditio, acceptilatio* (quand la dot consiste en une chose due par le mari et dont il est libéré) *usucapio*... ¹⁰.

Par la *dotis promissio* : Une promesse par stipulation est faite au mari et lui donne une *condictio ex stipulatu*, à l'effet d'en poursuivre l'exécution contre la personne qui a fait la promesse. La stipulation, simple engagement juridique, n'est autre chose que l'ancien *nexum*, engagement matériel de la personne du débiteur, dont on a supprimé certaines formalités, tout en lui conservant les formes verbales solennelles. C'est le mode légal de donner force obligatoire aux conventions; aussi la *dotis promissio* n'est-elle pas autre chose que la formule solennelle de la stipulation appliquée à la dot, et la dot est due bien moins à cause du mariage, qu'à cause de l'engagement verbal. De là la nécessité de l'Édit.

La *dotis dictio* diffère de la *dotis promissio*, en ce que la déclaration du constituant n'est pas une réponse précédée d'une demande. La formule n'en est pas moins solennelle, mais l'engagement est spontané : *Fundus Cornelianus dos tibi erit*.

Il suit de là qu'il n'y a constitution de dot qu'à la condi-

⁹ Ulpien, VI, 1; II, 20. Ulpien, L. 12. § 2. Modestin, L. 63, D. *de jure dotium* (23.3).

¹⁰ Gaius, II, 63.

tion d'une manifestation de la part du constituant, d'un acte exprès. Et, lorsque plus tard les formes solennelles furent abrogées ¹¹, la nécessité du pacte dotal fut maintenue. Il n'y a pas trace dans les sources de dots tacitement constituées, hors un seul cas : celui où une femme, après avoir divorcé sans réclamer sa dot, se remarie, divorce avec son second mari et se remarie avec le premier; sa dot est censée constituée de nouveau ou rétablie dans son premier état ¹².

Il faut donc, non seulement qu'il y ait un engagement formel, mais que l'objet de la dot ait été précisé, pour que la dot passe dans les biens du mari. Le principe étant que tous les biens de la femme sont paraphernaux, à l'exception de ceux qui ont été formellement constitués en dot, la tradition, qui aurait été faite au mari d'une partie de ces biens, serait impuissante à lui donner des droits sur eux, parce que la tradition n'est un moyen de conférer un droit qu'autant qu'elle se rattache à une juste cause ¹³; or, en l'absence d'un contrat dotal formel, où serait la juste cause de la tradition à cause de dot? Et, quand bien même la femme aurait laissé son mari prendre possession de ses paraphernaux, ce qui est l'usage, cette possession n'est-elle pas toujours équivoque? Et ce prétendu titre du mari doit-il être interprété dans le sens le plus défavorable pour la femme, en l'expliquant par un titre dotal tacite? D'ailleurs la tradition de la dot est elle-même entourée de solennités : la veille des noces, lorsque la dot consiste en une somme d'argent, cette somme est déposée entre les

¹¹ Théodose et Valentinien, L. 6, C. J. *de dotis promissione* (5.11).

¹² Ulpian, L. 40. Javolenus, L. 64, D. *de jure dotium* (23.3). Ce fait, qui nous révèle une des faces de l'état lamentable des mœurs romaines à cette époque, renferme une grande leçon. Le divorce est assurément une institution nécessaire; mais en le rendant facile, on encourage la débauche et on porte une grave atteinte aux droits sacrés de la famille.

¹³ Paul, L. 31, D. *de acquirendo rerum dominio* (41.1).

main des Augures, pour être le lendemain délivrée au mari ¹⁴. Il est donc certain qu'il ne peut pas y avoir de dot tacitement constituée.

434. La dot une fois constituée et livrée, le mari a sur elle des droits et par rapport à elle des devoirs.

435. *Droits du mari sur la dot.*

Le mari a le droit d'administrer les biens dotaux, d'en percevoir les fruits ¹⁵, y compris le travail des esclaves ¹⁶. Il acquiert tout ce qui remplace la dot : si un immeuble est acheté avec l'argent dotal ou si un immeuble dotal est vendu, le nouvel immeuble ou la somme d'argent devient dotal ¹⁷, s'il y a eu convention entre les époux et si le changement est avantageux pour la femme ¹⁸.

Le mari a sur la dot un droit, dont les règles actuellement exposées aideront à déterminer le caractère juridique.

Il peut transmettre la dot à ses héritiers *per universitatem*; et, sous les conditions auxquelles il est soumis lui-même, il peut léguer les choses dotales : pourvu que sa femme trouve dans sa succession une somme égale à sa dot ¹⁹. Il est bon d'observer toutefois que la dot ne passe pas toujours aux héritiers de celui à qui elle a été constituée. Si le mari est *in potestate*, la dot est constituée à son père, mais, celui-ci venant à mourir, elle est prélevée par

¹⁴ Suétone. Claude, 26, raconte comment Claude fit périr Messaline, parce que, outre ses débauches et ses crimes, elle avait épousé Silius et même constitué une dot aux mains des Augures (*dotē inter auspices consignatā*).

¹⁵ Ulpien, L. 7. pr. D. *de jure dotium* (23.3).

¹⁶ Pomponius. L. 65. D. *de jure dotium* (23.3).

¹⁷ Modestin, L. 26. Ulpien, L. 27. D. *de jure dotium* (23.3).

¹⁸ Julien, L. 24. D. *de pactis dotalibus* (23.4). Pomponius. L. 32. D. *de jure dotium* (23.3).

¹⁹ Paul. L. 1. § 1. Ulpien, L. 13, § 4. D. *de fundo dotali* (23.5). Paul. L. 62. D. *de acquirendo rerum dominio* (44.1). Voir D. *de dote prælegatā* (33.4).

le mari qui a désormais toutes les charges du mariage ; elle passe au fils marié comme la femme et les enfants ²⁰.

Le mari a le droit de revendiquer les biens dotaux contre tout possesseur, même contre la femme ²¹. Il a le droit d'intenter toutes les actions concernant la dot : l'action publicienne, l'*actio furti*, l'*actio legis Aquiliæ* ²² ; comme il est passible des actions relatives à ces biens.

436. Si les choses dotales ont été estimées ou si elles sont fongibles, le mari a le droit de les aliéner :

L. 2. Si res in dotam datæ fuerint estimatæ vel quæ pondere, numero, mensurâ constant, soluto matrimonio, in maritum, vel ipsum, vel heredem ejus. ut ejusdem generis et qualitatis restituat, judicium dabo.

Gaius (Lib. 11, ad Ed., prov.)
L. 42. Ulpien (Lib. 34, ad Ed.)
L. 14, 16. Pomponius, L. 18, D.
de jure dotium (23.3).

Si les choses données en dot ont été estimées ou si ce sont des choses appréciées au poids, au nombre ou à la mesure, je donnerai, après la dissolution du mariage, action contre le mari ou son héritier, pour qu'il restitue des choses de même genre et de même qualité.

Les choses fongibles ou les choses estimées *venditionis causâ* deviennent nécessairement la propriété du mari. La constitution de dot prend ici le caractère d'un *mutuum*, quand la dot doit faire retour au constituant ²³.

437. Mais si les choses dotales n'ont pas été estimées *venditionis causâ* ou si elles ne sont pas de nature à être appréciées au poids, au nombre et à la mesure, si ce sont des immeubles, par exemple, les droits du mari ne sont plus les mêmes : La Loi *Julia de adulteriis* lui défend d'alié-

²⁰ Paul, L. 56, §§ 1, 2. D. *de jure dotium* (23.3).

²¹ Marcien, L. 25, *de actione rerum amotarum* (25.2).

²² Ulpien, L. 3, § 1, *de publiciana actione* (6.2). Pomponius, L. 18, § 1. D. *solutio matrimonio* (24.3).

²³ Voir titre *de dote prælegatâ* (33.4) et entre autres textes Papinien. L. 7, pr. Homogène, L. 52. D. *solutio matrimonio* (24.3). Africanus. L. 11, D. *de fundo dotali* (23.5).

ner les immeubles dotaux situés en Italie, sans le consentement de la femme ²⁴, de les hypothéquer même avec son consentement ²⁵, et elle interdit leur usucapion ²⁶, aucune servitude ne pouvant être ni perdue ni établie par le mari sur le fonds dotal ²⁷. C'est que la femme doit toujours retrouver le fonds dotal ; c'est là le motif de la préférence qui lui est donnée sur tous autres créanciers ²⁸ ; et c'est pourquoi le fonds reste dotal, même après la dissolution du mariage, jusqu'à la restitution de la dot ²⁹.

Ces dispositions sont consacrées par l'Édit et étendues au fiancé qui aurait reçu, en prévision du mariage, un fonds destiné à être dotal.

L. 3. Si fundus dotalis, dotalive servo legatus, alienatus fuerit, adversus maritum, quinetiam sponsum, ex lege Julia, actionem dabo.

Paul (Lib. 36, ad Ed.) L. 3.
Gaius (Lib. 11, ad Ed., prov.)
L. 4, D. de fundo dotali (25.5).

Si le fonds dotal, ou le fonds légué à l'esclave dotal, a été aliéné, je donnerai action contre le mari, et même contre le fiancé.

Le fonds dotal est inaliénable, lorsque la femme a ou doit avoir action pour se le faire rendre ³⁰. Si donc le mari a aliéné le fonds dotal au mépris de ces défenses, l'aliénation peut être attaquée comme nulle par la femme ou ses héritiers ³¹. Toutefois, il faut pour cela que leur

²⁴ Paul. II, 21 b. 2.

²⁵ Ulpien, L. 2, § 4, D. ad Senatusconsultum Vellejanum (16.1).
Gaius (Lib. 11, ad Ed., prov.), L. 4, D. de fundo dotali (23.5).

²⁶ Tryphoninus, L. 16, D. de fundo dotali (23.5).

²⁷ Ulpien, L. 5, 6, D. de fundo dotali (23.5).

²⁸ Ulpien, L. 2, D. de fundo dotali (23.5).

²⁹ Papinien, L. 12, pr. de fundo dotali (23.5). Ces dispositions de la loi *Julia de adulteriis* ont été étendues à tout l'Empire par Justinien. *De rei uxorie...* C. (5.13).

³⁰ Paul (Lib. 36, ad Ed.), L. 3, § 1, D. de fundo dotali (23.5).

³¹ Ulpien, L. 13, § 3, D. de fundo dotali (23.5).

intérêt soit mis en jeu. Si, par exemple, la femme décède pendant le mariage et que la dot doive appartenir au mari, le fonds ne pourra pas être enlevé à l'acquéreur³²; tandis que, si l'intérêt de la femme l'exige, le mari lui-même peut attaquer l'aliénation qu'il a faite, sauf l'action en indemnité que l'acquéreur aurait alors le droit d'exercer contre lui ou ses héritiers.

438. *Devoirs du mari au sujet de la dot.*

Le premier devoir du mari est de donner caution pour garantir la femme des conséquences de son administration, dont il doit rendre compte à la dissolution du mariage, et pour assurer la restitution de la dot, s'il en a été ainsi convenu; c'est ce que décide l'Édit :

L. 1. Quotiens mulieri satisfandum est de solutione dotis post certum tempus, si, cum maritus satisfacere possit, nollet, in solidum eum condemnabo.

Ulpien (Lib. 33, ad Ed.) L. 24, § 2, D. *solutio matrimonio* (24.3)³³.

Toutes les fois qu'il doit être donné caution à la femme pour la restitution de la dot, après un certain temps, si le mari, pouvant donner cette caution, s'y refuse, je le condamnerai à la restituer entièrement.

Dans l'exécution de ses obligations, le mari répond non-seulement de son dol, mais de sa faute; il doit au moins apporter dans son administration les soins qu'il apporte dans la gestion de ses propres affaires (*diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet*)³⁴.

Ayant le droit de percevoir les fruits de la dot, le mari doit prendre à sa charge toutes les dépenses que nécessite la perception de ces fruits, alors même que par ces dépenses la dot augmenterait de valeur³⁵. Mais il a le droit de

³² Marcien. L. 17, D. *de fundo dotali* (23.5).

³³ L'usage des fidéjusseurs pour la restitution de la dot a été abrogé en 381 par Gratien, Valentinien et Théodose. L. 1, 2. C. J. *ne fidejussores* (5.20).

³⁴ Paul, L. 17, pr. Ulpien. L. 33, D. *de jure dotium* (23.3).

³⁵ Neratius. L. 16, D. *de impensis in res dotales factis* (25.1).

retenir les dépenses nécessaires qu'il a faites sur le fonds dotal, et qui l'ont conservé. Sont nécessaires, les dépenses pour l'omission desquelles le juge condamnerait le mari à indemniser sa femme de l'intérêt qu'elle avait à ce qu'elles fussent faites³⁶. Le mari peut aussi compenser les dépenses utiles, lorsque ce ne sont pas de celles qui se compensent avec les fruits, et lorsque la femme ne pourrait les payer qu'en vendant le fonds dotal³⁷. Quant aux dépenses de pure fantaisie, d'embellissement (*voluptuariæ impensæ*), la femme ne doit pas les rembourser à son mari, qui a le droit de les emporter, si c'est possible sans détérioration, à moins que le fonds ne soit mis en vente, car alors ces dépenses, augmentant sa valeur, sont considérées comme utiles³⁸.

439. Le caractère du droit du mari sur la dot ressort-il de tout ceci ? Le mari est-il propriétaire de la dot ? Ou bien n'est-il que l'administrateur des biens dotaux, ou a-t-il sur eux une sorte d'usufruit ? Ou bien encore faut-il s'en tenir à la distinction que nous avons faite plus haut entre les choses fongibles et les choses livrées *venditionis causâ* d'une part, et d'autre part les choses non fongibles et non estimées³⁹, et décider que le mari est propriétaire des premières et simple administrateur ou usufruitier des autres ?

1° 439 *bis*. Le mari est-il pendant le mariage propriétaire des biens dotaux, abstraction faite des choses fongibles ou estimées ?

Nous admettons que, pour constituer des biens en dot à son mari, la femme les lui a transférés par la *mancipatio*

³⁶ Ulpien, L. 1, § 1. Paul (Lib. 36. ad Ed.), L. 4, D. *de impensis in res dotales factis* (25.1).

³⁷ Ulpien, L. 3. § 1; L. 5. § 3, D. *de impensis in res dotales factis* (25.1).

³⁸ Ulpien, L. 7. pr. § 1. Paul (Lib. 36. ad Ed.), L. 10, D. *de impensis in res dotales factis* (25.1).

³⁹ *Supra*. n°s 303, 304.

ou l'*in jure cessio*; ou même, si ce sont des *res mancipi*, qu'elle lui en a simplement fait tradition, de telle sorte que la propriété de ces choses puisse lui être acquise par usucapion. Conformément aux principes généraux, ce serait donc le mari et non la femme qui serait propriétaire pendant le mariage, et même, après sa dissolution, il faudrait que le mari retransférât ces biens à sa femme, pour qu'elle en recouvrât la propriété.

Toutefois, en présence de toutes les restrictions apportées au droit du mari, il est difficile de reconnaître là le droit réel par excellence, ce droit qui, pour exister, doit être l'absolu quant à son objet et la pleine propriété à l'égard de tous. D'un autre côté, les modes de transport de droit civil ne donnent pas par eux-mêmes la propriété, il leur faut une base, une cause; or ici la cause est le pacte dotal, qui remet les biens dotaux dans les mains du mari, sous certaines conditions que le mode de transfert ne peut réduire à l'état de lettres mortes.

En parlant des pactes ajoutés au Contrat de vente⁴⁰, nous avons reconnu que si, par exemple, l'acquéreur à réméré vend sans réserve la chose achetée sous cette condition à un acquéreur de bonne foi, et la lui transfère par un mode de droit civil, le premier vendeur ne pourra pas la revendiquer à ce tiers, parce que ce tiers ne doit pas souffrir d'un pacte qui pour lui est *res inter alios acta*, et que cette revendication n'a pu être autorisée dans les législations modernes que depuis qu'une publicité suffisante, donnée aux actes, fait connaître à chacun l'état d'un bien qu'il veut acquérir. Mais il n'y a pas d'assimilation possible entre cet acquéreur, à qui un propriétaire apparent mancipie ou cède *in jure* des biens qu'il dit lui appartenir, et le mari qui sait à quelles conditions les biens, qui lui sont

⁴⁰ Voir supra, n° 283.

constitués en dot, passent entre ses mains. Il n'y a pas davantage d'assimilation possible entre cet acquéreur et celui qui achèterait du mari le fonds dotal. Celui qui achète du mari sait ou doit savoir ou peut facilement savoir qu'il est marié, et il ne doit s'en prendre qu'à lui-même s'il acquiert un bien dotal. Le mode de transfert n'a donc ici aucune importance.

Il est vrai que dans nos sources on trouve à chaque instant des expressions qui autoriseraient à décider que dans la pensée des Jurisconsultes romains le mari aurait le *dominium plenum* sur les choses non fongibles et non estimées qui lui sont constituées en dot. Mais ces expressions doivent-elles être prises au pied de la lettre, lorsque d'autres expressions et les faits juridiques viennent les contredire. Ainsi, pour ne pas abuser des citations, Ulpien dit que les frais funéraires d'une femme morte doivent être pris sur sa dot (*quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari*), qu'elle doive revenir au père ou au mari, et que cela a toujours paru aux anciens conforme à l'équité⁴¹. Et Macer, parlant d'un droit de possession et des cas dans lesquels le possesseur doit donner caution, déclare que le mari et la femme sont considérés tous deux comme possesseurs des biens constitués en dot⁴². Il est donc impossible d'admettre que le mari soit propriétaire des biens dotaux dans le sens du *jus uti et abutendi*, du *dominium plenum*⁴³, ce qui sera mieux encore justifié dans un instant.

2° 439 *ter*. Si le mari n'est pas propriétaire des biens dotaux, la propriété est donc conservée par la femme, et le mari n'en serait que l'administrateur ou l'usufruitier?

Or le mari est plus qu'un simple administrateur, puis-

⁴¹ Ulpien. L. 16, D. *de religiosis* (11.7).

⁴² Macer, L. 15, § 3, D. *qui satisfacere cogantur* (2.8).

⁴³ Cette opinion est pourtant défendue par M. Mainz. Cours de droit romain. § 395.

qu'il fait les fruits siens et qu'il peut disposer des choses fongibles ou livrées *venditionis causâ*; il est plus qu'un usufruitier, puisque, s'il aliène, malgré la défense qui lui en est faite, l'aliénation est valable lorsque la femme trouve dans ses biens la valeur de la dot.

3° 440. La distinction entre les choses fongibles et estimées et les choses non fongibles et non estimées donne-t-elle la solution de la difficulté?

Sans doute le mari devient propriétaire des choses fongibles ou à lui livrées *venditionis causâ*, puisqu'il en dispose comme maître, sauf à les restituer *in genere* ou à en rendre la valeur. Quant aux autres, le mari se trouve dans la situation du bonitaire qui n'a pas le *dominium ex jure quiritium*, mais l'*in bonis*.

Cette fiction, qui est l'âme des *bonorum possessiones*, a créé une institution essentiellement romaine, à laquelle il faut se rattacher chaque fois qu'il y a incertitude sur le caractère du droit de propriété. Le Préteur, ne pouvant pas donner la propriété quiritaire des biens composant une hérédité à quelqu'un qui n'est pas héritier de par le droit civil, lui donne une possession perpétuelle, en plaçant les biens héréditaires dans ses biens propres (*in bonis*), et, grâce à sa protection (*tutitione Prætoris*), le bonitaire jouit et fait les actes de maître, comme s'il avait le *dominium plenum*. C'est grâce à cette fiction que les fonds provinciaux purent être l'objet de toutes les transactions, comme les fonds romains eux-mêmes : personne n'en avait la propriété quiritaire; ils ne peuvent qu'être l'objet d'une possession perpétuelle.

Toutefois, l'assimilation n'est pas complète entre le mari et le bonitaire. Le mari n'a pas la libre et entière disposition des biens dotaux, comme le bonitaire a la libre et entière disposition des biens dont le Préteur lui a donné la possession. Pour s'en convaincre, il suffit de voir quelle est la situation de la femme.

Elle a transféré à son mari certains droits sur une partie de ses biens, mais elle n'a pas renoncé à toute espèce de droits, à tous ses droits sur eux ; et la preuve, c'est qu'elle les lui a transférés *dotis causâ*. Elle a une dot, elle a ces biens en dot. Si elle avait renoncé à tous ses droits, comme un vendeur, si son mari avait dès lors la propriété quiritaire, s'agissant de biens situés en Italie, ou le domaine perpétuel bonitaire, elle n'aurait pas de dot. Elle conserve donc un droit sur ces biens, absolument comme le *bonorum possessor sine re*, avec cette différence que la possession de celui-ci est toute platonique, qu'il n'a pas la perspective d'avoir un jour la *bonorum possessio cum re*, d'entrer jamais dans les biens héréditaires et de pouvoir en jouir *tuitione Prætoris*, tandis que la femme, s'il a été stipulé que la dot doit lui revenir, est certaine de rentrer dans la possession de sa propriété, dont elle s'est momentanément dépouillée, ou tout au moins d'en recouvrer la valeur.

Cette situation de la femme est clairement exposée par Tryphoninus L. 75. D. *de jure dotium* (23.3).

Quamvis IN BONIS mariti dos sit, MULIERIS TAMEN EST: et merito placuit, ut si in dotem fundum inæstimatum dedit. cujus nomine duple stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, STATIM EAM EX STIPULATIONE AGERE POSSE. Porro cujus interest non esse evictum, quod in dote fuit. quodque IPSA EVICTIONEM PATI CREDITUR ob id quod cum in dotem habere desiit, hujus ETIAM CONSTANTE MATRIMONIO, QUAMVIS APUD MARITUM DOMINIUM SIT emolumentum potestatem esse creditur, cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet.

Quoique la dot soit dans les biens du mari, elle est cependant à la femme ; et l'on a décidé avec raison que, si elle a donné en dot un fonds non estimé, au sujet duquel elle avait eu la précaution de faire la stipulation du double, et que le

*mari ait été évincé de ce fonds, elle peut agir sur-le-champ en vertu de cette stipulation. Or, ayant intérêt à ce que l'éviction n'eût pas eu lieu, parce que ce fonds était sa dot, et qu'elle est réputée souffrir elle-même l'éviction en ce qu'elle a cessé de l'avoir en dot, elle est aussi, même durant le mariage, bien que la propriété de ce fonds appartienne au mari, considérée comme en ayant elle-même en réalité l'émolument, puisque le mari soutient les charges de ce mariage*⁴⁴.

Constatons d'abord dans ce texte les expressions *in bonis* et *dominium*, qui impliquent contradiction; et cette contradiction montre bien que la terminologie romaine était impuissante à qualifier le droit du mari. Mais Tryphoninus n'hésite pas à déclarer que cependant la dot reste la propriété de la femme (*mulieris tamen est*); et que, si le mari est évincé du fonds donné en dot sans estimation et au sujet duquel la femme a fait la *stipulatio duplex* avec son aliénateur, elle peut agir sur-le-champ elle-même, même pendant le mariage. Pourquoi? Est-ce seulement parce qu'ayant prononcé les paroles solennelles dans la stipulation, son mari ne peut pas la suppléer? Non! Tryphoninus a soin de nous donner le vrai motif: c'est que ce fonds étant sa dot, elle est censée souffrir elle-même l'éviction; parce que cette éviction la prive de sa dot, dont elle a en réalité elle-même l'émolument, par cela seul que ces biens aident le mari à soutenir les charges du mariage.

Qu'est-ce donc que ce prétendu *dominium*, cette quasi-possession perpétuelle *in bonis*, qui ne donne pas au mari, propriétaire ou bonitaire, le droit d'agir en cas d'éviction, alors qu'il peut exercer toutes les actions relatives à la dot, sans même avoir besoin d'une cession de sa femme? Et cette décision de Tryphoninus n'est pas une opinion

⁴⁴ Traduction de Pellat. Textes sur la dot, 2^{me} édition.

isolée; la question est résolue de la même manière par Pomponius à propos de fidéjusseurs que la femme aurait reçus pour un fonds acheté par elle, donné en dot à son mari et dont il serait évincé. Elle peut agir immédiatement contre les fidéjusseurs, *comme ayant une dot amoindrie ou comme n'ayant plus de dot si le mari a offert au demandeur une somme égale à la valeur du fonds (quasi minorem dotem habere cepisset, vel etiam nullam, si tantum maritus obtulisset quanti fundus esset)*⁴⁵. Il y a là une sorte de copropriété, le mari obtenant certains attributs du *dominium* que la femme perd en conservant les autres.

Telle paraît avoir été toujours la pensée des Jurisconsultes romains. Tryphoninus voit surtout dans le mari un bonitaire temporaire et amoindri. C'est aussi la pensée de Paul et d'Ulpien.

Dans les Provinces, lorsque l'habitant d'une ville avait vingt-cinq jugères de propriétés, il était de droit incorporé dans la Curie et soumis aux charges et aux redoutables responsabilités de cette incorporation. Mais on ne comptait que les biens qui lui étaient propres. Paul s'exprime ainsi à ce sujet⁴⁶.

Respondit, constante matrimonio, dotem IN BONIS mariti esse; sed si ad munera municipalia a certo modo substantie vocetur, dotem non debere computari.

Pendant le mariage, la dot est dans les biens du mari. Mais s'il est appelé à des offices municipaux en raison de sa fortune (substantia), la dot de sa femme ne doit pas être comptée.

Le mari n'en est donc pas propriétaire.

Et Ulpien à propos d'un trésor trouvé dans le fonds dotal⁴⁷:

⁴⁵ Pomponius, L. 22, § 1. D. de erictionibus (21.2).

⁴⁶ Paul, L. 21, § 4. D. ad municipalem (30.1).

⁴⁷ Ulpien, L. 7, § 12. D. soluto matrimonio (24.3).

Non magis quàm si thesaurus fuerit inventus ; IN FRUCTUM EXIM NON COMPUTABITUR, sed pars ejusdem dimidia restituetur, QUASI IN ALIENO INVENTI.

De même si le mari trouvait un trésor dans le fonds dotal, ce trésor ne serait pas compté comme fruit, mais le mari devrait en restituer la moitié à sa femme, comme s'il l'avait trouvé dans le fonds d'autrui.

La femme est donc toujours propriétaire des biens dotaux pendant le mariage.

Enfin en 529 Justinien donne à la femme les privilèges les plus étendus pour assurer la restitution de sa dot ; et le motif qu'il invoque, il l'emprunte aux anciens Jurisconsultes : c'est que les biens dotaux sont restés la propriété, sinon civile, du moins naturelle, de la femme (*naturaliter in ejus permanserint dominio*⁴⁸) ; mais il ne dit pas ce qu'il entend par propriété naturelle.

441. Il résulte de ceci que non seulement il est impossible de ranger le droit du mari dans une des catégories des *jura in re*, mais que, quel que soit le système qu'on adopte, il sera toujours incomplet. Cujas et le président Favre n'ont certes pas résolu le problème par leur distinction qui attribue le domaine quiritaire à la femme et le domaine bonitaire au mari. Pourquoi ? parce que ce problème, dans les termes où il est conçu, est insoluble.

Le droit du mari sur la dot est un droit *sui generis*, dont le législateur peut déterminer l'étendue, auquel il peut assigner des limites, mais qui ne saurait se prêter à l'esprit de système. Rien de plus dangereux en semblable matière que les idées absolues. C'est une ornière, dans laquelle, il faut leur rendre cette justice, les Romains n'ont pas versé. Les systèmes sont l'œuvre des Jurisconsultes anciens et modernes, s'efforçant de surprendre un secret

⁴⁸ Justinien, L. 30. C. de jure dotium (5.12).

n'en ait stipulé le retour⁵². De plus, dans ce cas de prédécès de la femme pendant le mariage, si la dot est perfectice, l'ascendant, qui l'a constituée, a, pour se la faire rendre, l'action *rei uxoriæ*⁵³.

En stipulant la restitution de sa dot, la femme est censée stipuler, non seulement pour elle, mais pour ses héritiers. Ces héritiers peuvent donc intenter l'action *ex stipulatu* après la mort de la femme, qu'elle ait eu lieu soit pendant le mariage, soit après sa dissolution, soit que le mariage ait été dissous par le prédécès du mari, ou par le divorce; et peu importe que la femme ait ou non de son vivant mis en demeure son mari ou ses héritiers. A plus forte raison le constituant étranger, qui a stipulé le retour de la dot, a-t-il l'action *ex stipulatu*⁵⁴.

B. Lorsque la femme intente l'action *rei uxoriæ*, son mari a le droit de faire sur la dot certaines rétentions : — *ob impensas factas*⁵⁵ — *ob res donatas vel amotas*⁵⁶ — *propter liberos* : Si le divorce a lieu par la faute de la femme ou de son père, le mari a le droit de retenir, dans l'intérêt des enfants nés du mariage, un sixième par chaque enfant, sans toutefois que la dot puisse être diminuée de plus de moitié⁵⁷. On peut du reste par un pacte convenir que la rétention aura lieu sans faute de la femme, et en augmenter la quotité⁵⁸. — *Ob mores* : Dans les temps anciens, et jusqu'à la fin de la République, la femme, coupable d'adultère, pouvait être condamnée à

⁵² Scévola. L. 29. § 1. D. *de pactis dotalibus* (23.4).

⁵³ Ulpien, VI, 4. Frag. Vat., 108. Pomponius, L. 6, D. *de jure dotium* (23.3).

⁵⁴ Ulpien, VI, 5.

⁵⁵ Voir supra, n° 305, notes 36 et sq. et T. D. *de impensis in res dotalibus factis* (25.1).

⁵⁶ Voir infra, § 4, n° 445, t. II, n° 1180.

⁵⁷ Cicéron, *Topica*, 4. Ulpien, VI, 9, 10.

⁵⁸ Frag. Vat., 106, 107.

perdre sa dot⁶⁰; à l'époque de l'Édit, l'adultère (*mores graviores*) donne au mari le droit de retenir un sixième; et, pour des faits moins graves (*mores leviores*) un huitième⁶¹. L'adultère du mari, s'il s'agit d'une dot *quæ à die reddi debet*, l'oblige à la restituer immédiatement; pour des faits moins graves, le terme est réduit à six mois⁶². Si les deux époux sont coupables, il y a compensation de délits⁶³.

Lorsque l'action *ex stipulatu* est intentée contre lui, le mari ne peut pas exercer ces retenues, parce qu'il doit exécuter le contrat dans les termes mêmes où la stipulation l'a formé; à moins qu'on ait fait des réserves à cet égard.

C. Lorsque le mari est poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*, il peut rendre en trois termes, d'année en année (*annua, bima, trima die*) les choses fongibles ou estimées qui lui ont été livrées *venditionis causâ*, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu. Quant aux autres objets de la dot, ils doivent être rendus immédiatement⁶⁴.

Si l'action *ex stipulatu* est intentée, il n'a aucun délai, à moins de convention contraire. Et dans le cas où le délai a été l'objet d'une convention, il ne doit pas préjudicier à la femme (*dum ne mulieris deterior conditio fiat*); il peut être diminué (*citerior dies*), mais non augmenté (*longior dies*⁶⁵).

D. Lorsque le mari a fait à sa femme des libéralités testamentaires, elle ne peut pas tout à la fois recueillir ces

⁶⁰ Valère-Maxime, VIII, 2. 3.

⁶¹ Ulpien, VI, 12.

⁶² Ulpien, VI, 13.

⁶³ Papinien, L. 39. Scévola, L. 47, D. *soluto matrimonio* (24.3). Ces poursuites de *moribus* et ces *retentiones* furent abolies par Justinien. T. C. de *repudiis et judicio de moribus sublato* (5.17).

⁶⁴ Ulpien, VI, 8.

⁶⁵ Paul (Lib. 35, ad Ed.), L. 14, 16. Gains (Lib. 11, ad Ed., prov.), l. 15, D. de *pactis dotalibus* (23.4).

libéralités et demander la restitution de sa dot par l'action *rei uxoriæ*, l'Édit de *Alterutro* exige qu'elle choisisse entre la libéralité et sa dot. Si donc elle intente l'*actio rei uxoriæ*, elle perd le bénéfice du testament ⁶⁶.

Si la femme poursuit par l'action *ex stipulatu*, elle conserve les avantages que son mari lui a faits par testament, tout en recouvrant sa dot.

E. Poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, le mari jouit du privilège de ne pouvoir être condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut payer (*in id quod facere potest* ⁶⁷).

Ce privilège ne lui est pas acquis quand il est actionné par l'action *ex stipulatu*. Il n'en jouit que depuis une constitution de l'empereur Antonin ⁶⁸.

F. Enfin, pour que ces règles soient appliquées, il faut que le mari soit exempt de dol. Que, s'il a frauduleusement fait en sorte de ne pas être en état de restituer la dot, il est condamné à payer à la femme la somme à laquelle celle-ci estimera, par serment fait en justice, l'intérêt qu'elle avait à ce que sa dot lui fût restituée ⁶⁹.

443. S'il est de principe que la dot soit restituée après la dissolution du mariage, il est également de principe que, pendant le mariage, elle ne puisse être ni redemandée ni rendue.

Mais ces deux règles souffrent des exceptions :

La première : que la dot ne peut pas être redemandée pendant le mariage, n'en comporte qu'une. Lorsque l'administration du mari ou son insolvabilité met la dot en péril, l'Édit vient au secours de la femme :

⁶⁶ Justinien. L. un., § 3, C. J. *de rei uxoriæ actione* (5.13). Voir infra, n^o 444.

⁶⁷ Paul, L. 36, D. *soluto matrimonio* (24.3).

⁶⁸ Modestin, L. 20, D. *de re iudicatâ* (42.1). Justinien, L. un., § 7, C. *de rei uxoriæ actione* (5.13):

⁶⁹ Paul (Lib. 36, ad Ed.). L. 25, § 1, D. *soluto matrimonio* (24.3). Paul, L. 2, § 1. Marcien. L. 5. pr., § 3, D. *de in litem iurando* (12.3).

L. 7. Si, constante matrimonio, propter inopiam mariti, mulier, ad dotis exactionem agere volet, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 33, ad Ed.) l. 24, pr. D. *soluta matrimonio* (24.3).

Si, pendant le mariage, en raison de l'insolvabilité du mari, la femme veut demander la restitution de sa dot, je lui donnerai action.

Les exceptions apportées à la seconde règle : que la dot ne doit pas être rendue pendant le mariage reposent sur cette idée que la dot, étant constituée au mari pour supporter les charges de la vie commune, cesse d'exister lorsque le mari la restitue ; alors il n'y a plus de dot.

Pourtant il est des cas où la femme peut avoir un besoin urgent de tout ou partie de ce qu'elle s'est constituée en dot : pour se nourrir elle-même et ses enfants, probablement pendant une longue absence de son mari ; pour acheter un fonds d'une utilité reconnue ; pour secourir un père ou aïeul en exil ou condamné à la rélévation, des frères, des sœurs, un premier mari ou le mari actuel en puissance de son père à qui la dot a été livrée, des enfants d'un premier mariage dans le besoin⁷⁰. Dans ces différents cas, celui qui a reçu la dot n'est pas obligé de condescendre aux désirs de la femme ; il peut refuser ce qu'elle lui demande ; mais, s'il le lui accorde, ce n'est qu'à la dissolution du mariage, lorsqu'il s'agira de restituer la dot, que s'agitera la question de savoir si on a eu tort ou raison de faire la restitution anticipée.

Il en est tout autrement de l'exception apportée à la première règle. Ici le mari, dont l'insolvabilité probable expose sa femme et ses enfants à la ruine, ne devait pas être libre de repousser une demande légitime ; il fallait l'y contraindre ; et c'est pour ce motif que le Préteur, qui n'avait pas d'initiative à prendre à propos d'un arrangement

⁷⁰ Paul. L. 73. § 4, D. *de jure dotium* (23.3), L. 20, D. *soluta matrimonio* (24.3).

intérieur, pouvant seulement donner lieu à un règlement d'intérêts à faire plus tard entre les époux, devait au contraire intervenir pour contraindre le mari à restituer la dot qui risquait de périr entre ses mains.

443 *bis*. Il résulte d'une Constitution des empereurs Honorius et Théodose que la restitution de la dot pendant le mariage aurait été prohibée parce qu'elle était considérée comme une donation (*quia donationis instar perspicitur obtinere*)⁷¹, et que depuis le milieu du VI^me siècle toute donation pure et simple entre époux était interdite.

Mais il faut se garder d'en conclure que la prohibition des donations entre époux soit gouvernée par les principes qui interdisent la restitution anticipée de la dot.

Les donations sont prohibées, afin d'assurer à chaque époux l'intégrité de son patrimoine⁷²; et on ne voit une donation que dans la libéralité par laquelle le donateur s'appauvrit en enrichissant le donataire, ce qui n'a lieu que lorsque l'objet de la donation est un capital. Dans ce cas, le donateur peut répéter ce qu'il a donné. Que s'il n'a disposé que des fruits ou intérêts, toute répétition lui est interdite, parce que, les fruits et intérêts étant destinés à être dépensés, celui qui les donne n'est pas censé s'appauvrir.

Il en est autrement des fruits ou intérêts de la dot. Ils ont pour destination spéciale d'aider le mari à supporter les charges du mariage. En les donnant à sa femme, il l'enrichit en s'appauvrissant, parce que, pour les remplacer, il est obligé de prendre sur sa propre fortune.

Lors donc qu'il a fait une donation, il peut répéter la chose donnée, mais non les fruits; tandis que lorsqu'il a

⁷¹ Honorius et Théodose, L. un.. C. J. *si dos constante matrimonio soluta fuerit* (5.19). Paul exprime la même idée, L. 28. D. *de pactis dotalibus* (23.4).

⁷² Ulpien, L. 1, 3. Paul, L. 28. D. *de don inter vir. et uxor* (24.1).

restitué prématurément la dot, il peut la répéter avec les fruits ou intérêts⁷³.

444. Nous avons vu ci-dessus⁷⁴ que si la femme, ayant reçu de son mari des libéralités testamentaires, avait recours à l'action *ex stipulatu*, elle recueillait ces libéralités tout en recouvrant sa dot, tandis qu'elle devait choisir entre sa dot et les libéralités, quand elle agissait par l'action *rei uxoriæ*⁷⁵. L'Édit l'avait ainsi décidé.

L. 8. Si maritum uxori res testamentarias reliquisse et uxorem rei uxoriæ actionem, ad dotis exactionem consequendum, instituisse dictum sit, alterutrum eligere cogam, ita ut uxor a marito relicta recipiat aut dotem consequatur.

Justinien, L. un., § 3, C. de rei uxoriæ actione in *ex stipulatu*... (5.13).

S'il est dit que le mari ait fait à sa femme des libéralités testamentaires et qu'elle ait introduit l'action *rei uxoriæ* pour poursuivre la restitution de sa dot, j'obligerai la femme à choisir, de telle sorte qu'elle recueille les libéralités de son mari ou poursuive la restitution de sa dot.

Il est assez difficile d'expliquer cette différence entre les effets de l'action *rei uxoriæ* et ceux de l'action *ex stipulatu*. Que par l'action *ex stipulatu*, action de droit strict, la femme recouvre sa dot et recueille encore les libéralités testamentaires de son mari, dont il n'a pas pu être question dans la stipulation, rien de plus juste. Mais qu'il n'en soit pas ainsi dans le cas de la *rei uxoriæ*, action de bonne foi par excellence, sur laquelle le Juge devait statuer *melius æquius*, c'est ce qu'il est difficile de comprendre, à moins qu'on ne veuille voir là : d'un côté un respect persis-

⁷³ Ulpian, L. 15, § 1; L. 17: 21, § 1. Pomponius. L. 31, § 6, D. de don. inter vir. et uxor (24.1). Alex. Sévère, L. 8, C. J. de don. inter vir. et uxor (5.16). Dioclétien, L. 20, C. J. de jure dotium (5.12).

⁷⁴ Voir supra, n° 442 D.

⁷⁵ Quant aux donations entre époux, l'Édit n'a pas eu à s'en occuper, parce que, ainsi que nous venons de le dire, elles étaient absolument interdites.

que n'avaient pas les grands hommes de l'époque classique. Même de nos jours, et en présence du Code civil, Troplong, Proudhon et Toullier n'ont-ils pas tenté de ressusciter cette impuissante controverse, en soutenant : l'un que le mari est propriétaire, l'autre qu'il est simple usufruitier, le troisième que le contrat dotal est une sorte d'antichrèse. Les Jurisconsultes romains ont simplement cherché à déterminer les droits du mari, comme l'a fait le Code civil français; et, s'ils n'ont pas réussi au même degré, cela tient à l'état du droit à cette époque. Imitons les Jurisconsultes romains. Efforçons-nous d'être leurs interprètes fidèles. C'est une tâche plus modeste peut-être; mais elle est encore assez noble, assez vaste, assez difficile, pour satisfaire l'ambition de ceux qui se contentent de la vérité juridique, telle qu'ils l'ont conçue.

442. Actions dotales : *ex Stipulatu et rei uxoriæ*.

ACTIO EX STIPULATU :

L. 5. Pacta conventa super dote observanda sunt ¹. Si ob res donatas, vel amotas, vel impensas factas ²; vel liberos, vel mores, vel de die reddendæ dotis, mulieris deteriore conditione facta ³, pactum fuisse dicetur, actionem dabo.

¹ T. D. (23.4).

² Paul (Lib. 35, ad Ed.) L. 20, pr. D. *de pactis dotalibus* (23.4).

³ Paul (Lib. 35, ad Ed.) L. 44, 46. Gaus, L. 15, *eod.*

Les conventions faites au sujet de la dot doivent être observées. Si des conventions ont été faites en ce qui concerne les choses données, enlevées, ou les dépenses; ou les enfants, ou les mœurs, ou l'époque de la restitution de la dot, cette date nuisant à la femme, je donnerai action.

La stipulation étant un contrat de droit strict, l'*actio ex stipulatu* est une action de même nature. Elle n'est donc donnée que lorsque la restitution de la dot a été stipulée. C'est pour le cas où aucune stipulation n'a été faite, que le Préteur a créé l'*actio rei uxoriæ*, car le principe est que, lorsque le mariage est dissous, la dot doit être rendue à la femme ⁴⁹.

⁴⁹ Ulpien. L. 2, pr. D. *solutio matrimonio* (24.3).

ACTIO REI UXORIE :

L. 6. Si nihil pactum fuerit ob dotem reddendam, et soluto matrimonio dos à marito non reddetur, in id quod facere poterit¹, mulieri actionem dabo. Quod si dolo malo fuerit quominus restituere possit, eum, quanti mulier in litem iuraverit², damnabo.

¹ Ulpien (Lib. 10, ad Ed.) L. 17, D. *de re iudicata* (42.1). Paul, L. 36, D. *solutio matrimonio* (24.3).

² Paul (Lib. 36, ad Ed.) L. 25, § 1; L. 36, D. *solutio matrimonio* (24.3).

Si aucune convention n'a été faite au sujet de la restitution de la dot, et si, le mariage étant dissous, la dot n'est pas rendue par le mari, je donnerai action à la femme dans la limite de ce que le mari pourra payer; que si par dol il a fait en sorte de ne pas pouvoir restituer, je donnerai action à la femme pour la somme à laquelle elle estimera par serment en Justice l'intérêt qu'elle a à la restitution.

L'*actio rei uxoriæ* est de bonne foi. Le juge a les pouvoirs les plus larges pour apprécier *melius æquius*¹⁰ les rapports des époux et leurs torts réciproques.

De ces caractères des deux actions découlent les conséquences suivantes :

A. En cas de dissolution du mariage par le décès du mari ou par le divorce, l'action *rei uxoriæ*, étant personnelle à la femme, ayant été créée dans son unique intérêt, n'est pas donnée à ses héritiers, à moins qu'avant de mourir elle n'ait mis elle-même en demeure son mari ou ses héritiers (*quàm si moram in dota reddenda maritus fecerit*¹¹). La femme l'intente elle-même quand elle est *sui juris*; mais, si elle est *in potestate*, l'action appartient à son père, qui ne peut agir qu'avec le concours de sa fille¹². Si la femme meurt *in matrimonio*, la dot en principe reste au mari, quand elle est adventice, à moins que le constituant

¹⁰ Cicéron, *de officiis*, III. 15, *Topica*, 17.

¹¹ Ulpien, VI. 7.

¹² Ulpien, VI. 6. Ulpien (Lib. 35, ad Ed.), L. 2, § 1. Paul, L. 3. Pomponius. L. 4, D. *solutio matrimonio* (24.3).

jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi ⁶, à moins que ce soit par son dol que les choses détournées ne soient pas en sa possession ⁷.

Cette action passe aux héritiers et est donnée contre eux. Mais si la dissolution du mariage a lieu par la mort du mari, son héritier se fera rendre les choses détournées par la pétition d'hérédité ou l'action *ad exhibendum* ou par une action personnelle fondée sur ce que la femme retient ces biens sans juste cause; car si la femme détourne ces biens au moment du décès de son mari, et sans doute avant l'adition, elle ne commet pas un vol, parce qu'on ne peut pas voler une hérédité dont personne ne s'est encore mis en possession; l'héritier ne peut donc que revendiquer la chose comme lui appartenant, ou intenter contre la femme l'action en pétition d'hérédité ⁸. Si le mari et la femme se sont tous deux rendus coupables de détournements l'un à l'égard de l'autre, il y a compensation de délits ⁹.

Le mari n'est pas censé renoncer à l'action, quand il rembourse à sa femme sa dot sans faire de réserves, parce qu'il peut l'intenter alors même qu'il n'y a pas de dot à rendre; et si la femme refuse de restituer les choses détournées par elle, elle doit payer à son mari une somme égale à la valeur à laquelle il estimera, par serment en justice, l'intérêt qu'il a à ce que les choses détournées lui soient restituées ¹⁰.

446. Mais l'Édit prend des précautions que justifient trop souvent les causes de dissolution d'un mariage.

Celui des époux, qui intente l'action, peut déférer le serment à son adversaire, mais l'Édit l'oblige avant tout

⁶ Paul. L. 3, § 4, D. h. t.

⁷ Pomponius, L. 4, D. h. t.

⁸ Paul, L. 6, §§ 3, 4, 5, 6. Ulpien. L. 24, D. h. t.

⁹ Ulpien. L. 7, D. h. t.

¹⁰ Pomponius. L. 8, pr., § 1. Paul, L. 9, D. h. t.

(*prius*) à jurer qu'il n'agit pas par esprit de chicane; et il ne permet pas au défendeur de référer le serment au demandeur. C'est ainsi que les choses se passent en matière de vol ¹¹.

Une épouse, une bru, la femme d'un petit-fils, peut voler son mari, son beau-père ou l'aïeul de son mari, sans être soumise à l'action de vol, à moins que le mari de la bru ou le petit-fils ne soit émancipé, car alors le détournement est un véritable vol ¹². Cependant la femme, qui a détourné des choses dans les biens de son mari dévolus au fisc, n'est condamnée qu'au simple sur l'action *rerum amotarum*, lorsque d'autres seraient condamnés au quadruple ¹³.

447. Ces règles ne sont pas applicables à la concubine, ni à la femme dont le mariage est nul, parce que l'action n'est donnée que lorsqu'il y a mariage ¹⁴.

448. L'action *rerum amotarum* a pour but la réparation immédiate du tort causé, quoique la dot ne puisse être exigée que plus tard ¹⁵; et, bien qu'elle naisse d'un délit, elle ne se prescrit pas dans l'année, parce que, comme la *condictio furtiva*, elle a pour objet la demande d'une chose ¹⁶.

L'estimation des choses détournées se fait en se reportant à l'époque du détournement; car il y a dans ce fait un véritable vol, quoique son auteur soit puni plus légèrement. C'est pourquoi les choses détournées ne peuvent pas être prescrites, même par un possesseur de bonne foi; et si elles ont augmenté de valeur, l'estimation en sera augmentée d'autant, comme cela a lieu dans la demande d'une chose volée ¹⁷.

¹¹ Ulpien, L. 41, §§ 1, 2, 3; L. 43. Paul. L. 42, D. h. t.

¹² Ulpien, L. 45, § 1, D. h. t.

¹³ Hermogène, L. 46, D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 47, pr. D. h. t.

¹⁵ Paul, L. 21, § 3, D. h. t.

¹⁶ Paul, L. 21, § 5, D. h. t.

¹⁷ Tryphoninus, L. 29, D. h. t.

Enfin l'instance, commencée après la dissolution du mariage, périclite si le mariage est rétabli ; mais si un second divorce a lieu, les actions qui ont appartenu au conjoint pendant le premier mariage pour choses détournées ou pour donations ou dépenses faites, ces actions subsistent¹.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^{am}, cum A° A° nupta esset (Titiam cum in potestate Nⁱ Nⁱ esset, Titium cum A^{am} A^{am} in matrimonio haberet) illas res divortii causâ amovisse et divortium secutum fuisse, quanti ea res est (dumtaxat de peculio quodque in rem Nⁱ Nⁱ versum est, *filia mortua* : dumtaxat quantum ex eâ re ad N^m N^m pervenit dolove malo Nⁱ Nⁱ factum est quominus perveniret) tantam pecuniam, Judex, N^{am} N^{am} A° A° (N^m N^m A^{ae} A^{ae}) c. s. n. p. a.

§ 5. De alendis liberis.

449. Le Sénatus-consulte *Plancianum*, promulgué sous le règne de Titus, vers l'an 79 E. V., oblige les parents à reconnaître leurs enfants, et règle ce qui concerne ceux qui se rendent coupables de supposition de part¹.

Jusqu'alors, et en vertu de la puissance paternelle, un père pouvait tuer ses enfants, comme le dit Paul², soit en leur ôtant la vie ou en les immolant dans le sein de leur mère (*is qui partum perfocat*), soit en les abandonnant dès leur naissance ou en les exposant dans des lieux publics à la pitié des passants, soit en leur refusant des aliments. Le Sénatus-consulte Plancien ne vise que les enfants qui pouvaient naître après le divorce de leurs parents ; un

¹ Papinien, L. 30. Africanus. L. 23, D. h. t.

² Ulpien (Lib. 34, ad Ed.). L. 1, pr. D. h. t.

³ Paul, L. 4, pr. D. h. t.

autre Sénatus-consulte rendu sous le règne d'Adrien exige des parents qu'ils reconnaissent leurs enfants nés pendant le mariage *.

Jusque vers la fin de la République, les Romains, avarés et féroces, aliénaient leurs enfants pour de l'argent, et cette horrible pratique dura pendant les premiers siècles de l'empire, malgré les efforts des Jurisconsultes qui conseillaient les Empereurs †, et leur firent publier des Édits à ce sujet. Mais ces mesures manquaient de sanction pénale, car on ne peut pas considérer comme telle la disposition qui consiste à refuser au père coupable le droit de réclamer comme sien l'enfant abandonné ou vendu par lui ‡.

Mais, si les mœurs se montraient réfractaires à une punition corporelle à infliger à ceux qui se rendaient coupables de tels crimes, il était possible du moins, après avoir forcé les pères à reconnaître leurs enfants, de les obliger à les nourrir, et, par réciprocité, d'obliger les enfants à nourrir leurs parents. C'est ce que fit l'Édit, en promettant une action préjudicielle § à ceux qui seraient dans le cas de demander des aliments :

L. un. Si quis à viro, cujus suum esse dicit, et si liberi à parente vel parens à liberis ali desiderent, antequam exhibere cogantur, ad filiationem aut facultatem probandam, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 34, ad Ed.) L. 3, pr. ; L. 5, pr., § 3, 8, D. h. t.

Si quelqu'un demande des aliments à un homme dont il affirme être le fils, et si des enfants demandent des aliments à leurs pères ou des pères à leurs enfants, je donnerai action pour prouver la filiation du demandeur ou les ressources du défendeur.

450. Aux termes du Sénatus-consulte Plancien, la femme divorcée, qui se croit enceinte, a le droit de le

* Ulpien (Lib. 34, ad Ed.), L. 3. § 1, D. h. t.

† Paul, V, 1.

‡ T. C. J. de *infantibus expositis* (8.52).

§ Dioclétien et Maximien, L. 9. C. J. de *patria potestate* (8.47).

notifier, dans les trente jours après le divorce, à son mari, qui est libre d'envoyer auprès d'elle des gardiens ou de répondre à cette signification que la femme n'est pas enceinte de ses œuvres. Si le mari n'envoie pas des gardiens ou ne fait pas cette réponse, il est obligé de reconnaître l'enfant et de lui fournir des aliments; dans le cas contraire, il peut désavouer l'enfant, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il est son fils⁷. Si la femme ne notifie pas sa grossesse dans les trente jours du divorce, elle n'est pas déchue du droit de le faire encore, mais on ne l'y autorisera qu'en connaissance de cause; et, si elle néglige absolument de signifier sa grossesse à son mari, cette négligence ne porte aucun préjudice à l'enfant qui peut toujours prouver qu'il est né des œuvres de l'ancien mari de sa mère⁸. Si de son côté le mari ne prend aucune des mesures autorisées par le Sénatus-consulte, et si dès lors il est obligé de reconnaître l'enfant, l'enfant n'est pas pour cela son héritier sien, cette reconnaissance légale, tacite, n'est qu'une présomption qui cède devant la preuve contraire⁹; de même que, s'il envoie des gardiens, il n'en sera pas moins admis à prouver que l'enfant n'est pas de lui¹⁰. En résumé l'enfant ne doit souffrir aucun préjudice des négligences de ses père et mère¹¹.

Le Sénatus-consulte n'est applicable qu'à ceux qui sont héritiers siens. Il faut que celui qui l'invoque, doive, en cas de succès, tomber sous la puissance du défendeur¹². Cette condition est nécessaire pour que l'enfant puisse obtenir l'action préjudicielle qui lui permette d'établir sa filiation à l'effet d'obtenir des aliments.

⁷ Ulpien. L. 1. §§ 1 à 6, D. h. t.

⁸ Ulpien. L. 1, § 7, 8, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 1, § 12, D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 1, § 11, D. h. t.

¹¹ Ulpien. L. 1, § 15, D. h. t.

¹² Ulpien. L. 3, §§ 5, 6, D. h. t.

451. Il en est de même lorsque, la filiation n'étant pas contestée, il s'agit d'une demande d'aliments faite par un fils à son père ou par un père à son fils. L'action préjudicielle portera sur les ressources (*facultates*) du défendeur¹³.

452. La Jurisprudence a étendu ces dispositions à tous ceux qui ont entre eux des rapports de parenté naturelle : aux fils émancipés ou sortis de la famille pour quelque autre cause, aux ascendants paternels, à la fille, à la mère et aux ascendants maternels, même aux bâtards pour les aliments qu'ils doivent à leur mère ou que celle-ci leur doit¹⁴.

453. Du reste le jugement, qui condamne un père à fournir des aliments à celui qu'il est obligé de reconnaître momentanément pour son fils, n'a pas pour effet d'établir la filiation. Il n'emporte chose jugée qu'en ce qui concerne la prestation d'aliments, laissant entière la question de paternité que le père reste libre de faire décider en sens contraire¹⁵. Mais du moins si le fils est obligé de fournir des aliments à son père malheureux, on ne peut le contraindre à payer ses dettes¹⁶.

454. La Jurisprudence a étendu également ces dispositions aux patrons et aux affranchis¹⁷, avec cette différence pourtant que si l'affranchi est obligé de donner des aliments à son patron, le patron ne peut pas être forcé d'en fournir à son affranchi ; seulement, s'il refuse, il perd les avantages qu'il pouvait retirer des charges imposées comme conditions de l'affranchissement, ainsi que ses droits dans la succession de l'affranchi. Quant à celui-ci, s'il abandonne son patron tombé dans la misère, on doit le

¹³ Ulpian, L. 5, § 10, D. h. t.

¹⁴ Ulpian, L. 5, §§ 1 à 6, D. h. t.

¹⁵ Ulpian, L. 5, § 9, D. h. t.

¹⁶ Ulpian, L. 5, § 16, D. h. t.

¹⁷ Ulpian, L. 5, §§ 18 et sq., D. h. t.

remettre en esclavage, ou le replacer sous la puissance de son maître ou le vendre et donner le prix au patron, ainsi l'a décidé plus tard une Constitution de l'empereur Commode ¹⁸.

FORMULES

Judex esto. Si paret A^m A^m filium egentem Nⁱ Nⁱ esse (A^m A^m filium (patrem) Nⁱ Nⁱ egentem esse) quantæ pecuniæ Aⁱ Aⁱ interest a N^o N^o exhiberi, tantam pecuniam, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 6. Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicetur.

L. un. Si mulier, isve in cujus potestate fuerit, possessionem, in quam ventris nomine missa fuit, ad alium transtulisse dicetur, eum possessorem interdicto meo decedere cogam, et adversus mulierem eumve in cujus potestate fuerit, quanti agentis interfuerit, in tantum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 34, ad Ed.) L. 1, § 1, 2, D. h. t.

Paul (Lib. 37, ad Ed.) L. 2, § 1¹, D. h. t.

Et si actor calumniæ causâ agere dicetur, mulieri eive in cujus potestate fuerit, quintæ partis contrarium actionem dabo.

Gaius, IV, 175, 177.

Si une femme, ou celui sous la puissance duquel elle se trouvait, est dit avoir par dol transféré à une autre personne la possession de biens qui lui avait été donnée au nom de l'enfant dont elle était enceinte, je forcerai par mon interdit ce possesseur de l'abandonner, et je donnerai action au demandeur, pour l'intérêt qu'il peut avoir, contre la femme ou contre celui sous la puissance duquel elle était.

Et si le demandeur est dit agir par esprit de chicane, je donnerai à la femme ou à celui sous la puissance de qui elle était, l'action contraire jusqu'à concurrence du cinquième de la demande.

455. Nous avons vu quelles minutieuses précautions le

¹⁸ Modestin, L. 6, pr. et § 1, D. h. t.

¹ Lire dans ce fragment *possessio* au lieu de *potestate*.

Préteur avait cru devoir prendre pour éviter une supposition de part par une femme qui se déclare enceinte après la mort de son mari ². Ici il prévoit le cas où une femme enceinte, qui a été envoyée en possession provisoire des biens de son mari, au nom de l'enfant qu'elle porte dans son sein ³, a frauduleusement, elle-même ou celui sous la puissance de qui elle se trouve, transféré à une autre personne cette possession ; soit qu'elle ait simulé une grossesse et qu'elle craigne que sa ruse vienne à être découverte ; soit que, au moyen d'un arrangement avec ce tiers possesseur, elle s'attribue à elle-même les biens de son enfant.

Le Préteur donne aux intéressés action contre la femme ou celui sous la puissance de qui elle est, à l'effet de les faire condamner l'une ou l'autre à indemniser le demandeur de l'intérêt qu'il a à ce que la femme conserve la possession ⁴.

De plus le Préteur annonce qu'il forcera le tiers d'abandonner la possession. Mais il n'usera pas de son autorité en le faisant déjeter par le ministère des huissiers à son service, il rendra un interdit, renvoyant ainsi les parties à la juridiction ordinaire (*per interdictum ad jus ordinarium remittit*) ⁵.

L'action donnée ne se prescrit pas par le laps d'une année, parce qu'elle a pour objet la poursuite d'une chose ⁶.

Si la femme est encore fille de famille, l'action pourra être dirigée contre son père, s'il en a profité ⁷ ; et si le père s'est rendu complice de la manœuvre frauduleuse de la femme, le demandeur dirigera ses poursuites contre

² Supra, Livre 2, Titre 3. § 9, n° 237 bis.

³ Voir infra, n° 564.

⁴ Ulpian, L. 1, § 1, D. h. t.

⁵ Ulpian, L. 1, § 2, D. h. t.

⁶ Ulpian, L. 1, § 4, D. h. t.

⁷ Ulpian, L. 1, § 5, D. h. t.

l'une ou l'autre, à son choix. Mais l'action devient inutile dans le cas où le demandeur a obtenu du tiers possesseur ce qu'il désire outre les frais du procès *.

FORMULES

Judex esto. Si paret $N^{um} N^{am}$, cum ventris nomine in possessionem honorum Gai Sei missa esset, eandem possessionem dolo malo ad alium transtulisse, quantæ pecuniæ $A^i A^i$ interest id factum non esse, tantam pecuniam, Judex, $N^{am} N^{am} A^o A^o$ c. s. n. p. a. et, si paret calumniæ causâ agere $A^{um} A^{um} N^a N^a$ pro parte quinta c. s. n. p. a.

Judex esto. Si paret $N^{um} N^{um}$, cujus in potestate Titia tum fuit cum ventris nomine in possessionem honorum Gai Sei missa esset, eandem possessionem dolo malo ad alium transtulisse, quantæ pecuniæ $A^i A^i$ interest id factum non esse, tantæ pecuniæ, Judex, $N^{um} N^{um} A^o A^o$ c. s. n. p. a. et, si paret $A^{um} A^{um}$ calumniæ causâ agere, $A^{um} A^{um} N^o N^o$ pro parte quinta c. s. n. p. a.

Judex esto. Si paret Titiam, cum in potestate $N^i N^i$ esset, possessionem honorum Gai Sei, in quam ventris nomine missa fuit, dolo malo ad alium transtulisse, quantum ad $N^m N^m$ pervenit, tantam pecuniam, Judex, $N^m N^m A^o A^o$ c. s. n. p. a. et, si paret $A^{um} A^{um}$ calumniæ causâ agere, $A^{um} A^{um} N^o N^o$ pro parte quinta c. s. n. p. a.

INTERDIT

Possessionem, quam Luciam Titiam, ventris nomine missam, tibi transtulisse dicetur, quæ apud te est dolove malo tuo factum est quominus apud te sit, ita illi restituas.

§ 7. Si mulier, ventris nomine, in possessione calumniæ causâ esse dicetur.

L. un. Si mulier, quæ sciens Si une femme, qui, sachant prudensque se prægnantem non qu'elle n'est pas enceinte, jure

* Paul, L. 2, § 1, D. h. t.

esse, deferente herede, se esse juravit, tum ventris nomine in possessionem missa fuisse dicetur, et calumnie causâ possidere, adversus eam et parentem ejus, si modo per eum factum sit ut in possessionem per calumniam iretur, quanti agentis interfuerit, intra annum, quo agendi potestas erit, actionem dabo.

Ulpien (Lib. 34, ad Ed) L. un., pr. §§ 1, 2, D. h. t.

qu'elle l'est, à la demande de l'héritier, est dite avoir été alors envoyée en possession au nom de l'enfant qu'elle prétendait porter dans son sein et posséder frauduleusement, je donnerai action contre elle et contre son père, si c'est par son fait que sa fille a acquis frauduleusement cette possession, et cela dans l'année pendant laquelle le demandeur pourra agir.

456. La femme, condamnée sur cette action, est notée d'infamie ¹.

457. Cette action étant pénale n'est donnée que pendant l'année utile ², et à celui qui avait intérêt à ce que la femme n'eût pas été mise en possession, par exemple au cohéritier, au substitué, à l'héritier *ab intestat* qui pouvaient être appelés à la succession, si la femme ne se fut pas déclarée enceinte ³. Elle est même donnée à l'héritier de l'héritier, mort sans avoir pu faire adition par suite de l'envoi en possession frauduleusement obtenu par la femme ⁴. Il en serait de même de l'héritier du substitué au posthume mort pendant l'indue possession ⁵.

Si le père de la femme s'est fait son complice, il est tenu personnellement ⁶.

FORMULES

Judex esto. Si paret Nam Nam in hoc anno, cum primum A° A° experiundi potestas esset, in possessionem bonorum Gai Sei per calumniam

¹ Ulpien, L. 19, D. *de his qui notantur infamii* (3. 2).

² Ulpien, L. un., § 3, D. h. t.

³ Ulpien, L. un., § 6, D. h. t.

⁴ Ulpien. L. un., § 8, D. h. t.

⁵ Ulpien. L. un., § 9, D. h. t.

⁶ Ulpien. L. un., § 12, D. h. t.

venisse, quanti Aⁱ Aⁱ interfuit id factum non esse, tantæ pecuniæ, Judex.
N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Judex esto. Si paret per N^m N^m, cujus in potestate Titia tum fuit,
factum esse ut ea in possessionem bonorum Gai Sei calumniæ causâ
veniret,.....

TITRE VIII

DE TUTELIS

458. La tutelle est la puissance (*vis ac potestas*), donnée et permise (*data ac permissa*) par le droit civil, pour protéger celui qui, en raison de son âge, ne peut pas se défendre lui-même¹.

Il faut entendre ici par tutelle *permise*, la tutelle testamentaire et par tutelle *donnée* la tutelle des agnats², donnée en effet par la Loi des XII tables et qui, pour cela, prend le nom de tutelle *légitime*. Si un impubère n'a pas de tuteur, ni testamentaire, ni légitime, le Magistrat lui en désigne un : c'est la tutelle dative³.

459. Le père de famille a le droit de nommer par testament un tuteur à l'enfant impubère qu'il a sous sa puissance, alors même qu'il l'aurait émancipé ou déshérité. Si le testament est irrégulier dans la forme, la nomination doit être confirmée par le Magistrat, mais sans aucun examen.

Tandis que la mère ne peut donner par testament un tuteur à son fils que si elle l'institue, et cette nomination est confirmée par le Magistrat, mais après examen, parce qu'en ce cas le tuteur est censé donné plutôt aux biens

¹ Paul (Lib. 38, ad Ed.). L. 1, pr. D. *de tutelis* (26.1).

² XII tables, table 5, §§ 3. 6. Gaius. I. 144. 155.

³ Gaius, I. 185.

qu'à la personne ⁴. La nomination du reste peut être soumise aux modalités de condition, de terme ⁵.

Quand il n'y a pas de testament nommant un tuteur, il y a lieu à la tutelle légitime des parents dans l'ordre où ils sont appelés à la succession du pupille (*qui tutela rediit, eo hereditas pervenit* ⁶). Si le tuteur meurt ou subit une *capitis diminutio*, la tutelle passe au parent du degré suivant ⁷.

S'il n'y a pas de tuteur testamentaire et s'il n'y a pas de parent pouvant ou voulant prendre la tutelle, le Magistrat donne un tuteur au pupille, en Italie en vertu de la loi *Atilia* et dans les provinces en vertu de la loi *Julia et Titia* ⁸. Il est appelé également à en nommer un lorsque le tuteur testamentaire ou le tuteur légitime est, pour une cause quelconque, empêché momentanément d'exercer ses fonctions. Mais le tuteur datif ne peut pas être nommé sous condition ou à terme, parce que le Magistrat doit pourvoir immédiatement aux intérêts du pupille ⁹.

460. Deux catégories de personnes sont soumises à la tutelle A, les impubères, B, les femmes.

A. 461. Pour qu'un enfant soit pourvu d'un tuteur, il faut qu'il soit impubère, c'est-à-dire âgé de moins de quatorze ans ¹⁰, Romain ou Latin ¹¹, et libre de toute puis-

⁴ Modestin. L. 4, D. de testamentaria tutela (26.2). Neratius, L. 2, pr. § 1. D. de confirmando tutore (26.3).

⁵ Ulpien. L. 8, §§ 1. 2, D. de testamentaria tutela (26.2).

⁶ Quintus-Murcius Scévola. L. 73, pr. D. de reg. jur. (50.17).

⁷ Ulpien. L. 3, § 9. D. de legitimis tutoribus (26.4).

⁸ Titre, D. de tutoribus et curatoribus datis (26.5). Gaius, I, 185.

⁹ Gaius. I, 182. Ulpien, L. 11, pr., §§ 1 à 3, D. de testamentaria tutela (26.2). Ulpien, L. 6, § 1. D. de tutelis (26.1).

¹⁰ Gaius, I, 196. C'est du moins l'opinion du Proculéiens, consacrée par Justinien, L. 3, C. quando tutores esse desinent (5.60). Inst. pr. quibus modis tutela finitur (1.22). Les Sabinien s'en tenaient à l'ancien système qui ne considérait comme pubère que celui qui, par la forme extérieure de son corps, paraissait capable d'engendrer.

¹¹ Ulpien, XI, 19.

sance, spécialement de la puissance paternelle, soit par la mort, soit par l'émancipation¹². Ainsi, si un père est prisonnier de guerre, la dation qu'on ferait d'un tuteur à son fils impubère serait nulle. C'est un curateur qu'on doit lui donner pour l'administration de ses biens¹³.

B. La femme est toujours en tutelle. Il n'y a d'exceptions que pour les vestales, en l'honneur de leur sacerdoce et pour les femmes ingénues, affranchies de toute tutelle par la loi *Julia et Papia Poppæa*, lorsqu'elles ont trois enfants, ainsi que les femmes affranchies qui, dans le même cas, sont libérées de toute tutelle autre que la légitime¹⁴.

La tutelle des femmes est comme celle des pupilles, légitime, testamentaire ou dative. Le père ou le mari a le droit de donner par testament à sa fille ou à sa femme, lorsqu'il l'a *in manu*, un tuteur pour l'époque où elle sera libre de la puissance paternelle ou maritale¹⁵. En l'absence de testament, la loi des XII tables appelait à la tutelle des ingénues le plus proche agnat, et à la tutelle des affranchies le patron et ses enfants¹⁶. Le patron et ses fils sont restés tuteurs légitimes de l'affranchie ; mais la loi *Claudia*, *Senatus-consulte* promulgué sous l'empereur Claude, a enlevé aux agnats la tutelle légitime des ingénues, modifiant ainsi profondément le vieux droit aristocratique qui n'avait eu pour but que d'assurer aux agnats la succession de leurs parentes *sui juris*¹⁷. Lorsque la femme ingénue est émancipée par son père ou par son coemptionateur fictif comme nous allons le voir, cet émancipateur devient tuteur légitime dans la personne

¹² Pomponius, L. 239, D. *de verb. sign.* (50.16).

¹³ Ulpien, L. 6, § 4, D. *de tutelis* (26.1).

¹⁴ Gaius, I, 145, 194.

¹⁵ Gaius, I, 144, 145.

¹⁶ Gaius, I, 155, 164, 165.

¹⁷ Gaius, I, 157, 171, 192.

du père, et tuteur fiduciaire dans celle du coemptionnaire¹⁸.

La tutelle légitime des femmes n'était pas plus que celle des pupilles un *munus publicum*¹⁹. Créée surtout dans l'intérêt des agnats, elle était une espèce de droit qui pouvait être cédé *in jure*; mais en réalité, le cessionnaire (*cessicius tutor*) n'obtenait qu'une délégation de pouvoir, qui s'éteignait par la mort ou la *capitis diminutio* du cédant; et la mort ou le changement d'état du cessionnaire rendait au cédant la tutelle²⁰. La loi Claudia, en enlevant aux agnats la tutelle des femmes, a mis un terme à l'abus d'autorité créé par la loi des XII tables, mais sans refréner la licence qui, comme il arrive toujours, avait engendré l'abus. Déjà, vers la fin de la République, la femme en était arrivée à obtenir du Préteur qu'il forçât son tuteur à valider certains actes pour lesquels elle avait besoin de son intervention, et à l'autoriser à faire *coemptio* avec un tiers qui l'émancipait, devenait son tuteur fiduciaire, et lui laissait une liberté à peu près absolue²¹.

462. Ne peuvent pas être tuteurs ceux que la loi en déclare incapables : L'esclave, à moins que le testament, qui lui donne la tutelle, ne lui confère en même temps la liberté²². Mais l'esclave d'autrui peut être institué tuteur sous cette condition : *cum liber erit*. Les étrangers, les femmes ne peuvent pas exercer la tutelle²³. Il en est de

¹⁸ Gaius, I, 166, 114, 115, 195. Ulpien, XI, 5.

¹⁹ Elle l'est devenue sous Justinien.

²⁰ Gaius, I, 169, 170.

²¹ Gaius, I, 190, 192. Ciceron, *pro Murena*, 12.

²² Celse, L. 21. Gaius (Lib. 18, ad Ed., prov.), L. 22, D. *de conditio-nibus institutionum* (28.7). Voir pourtant Paul, L. 32, § 2, D. *de testa-mentariâ tutelâ* (26.2).

²³ Ulpien, XI, 16. Neratius, L. 18. D. *de tutelâ* (26.1). Papinien, L. 26, pr. D. *de testamentariâ tutelâ* (26.2). Ulpien (Lib. 35, ad Ed.), L. 19, pr. D. *de testamentariâ tutelâ* (26.2). Modestin, L. 21, pr. D. *de tut. et cur. datis* (26.5).

même des mineurs de vingt-cinq ans ²⁴, des fous, des muets, des aveugles tant qu'ils sont dans cet état ²⁵. Si un tuteur a une créance sur son pupille ou un procès avec lui, ce fait ne le rend ni incapable, ni excusable, il y a lieu à la nomination d'un tuteur ou curateur spécial, à moins que la contestation ou la créance n'embrasse tous les biens ou la plus grande partie (*plurima pars*) des biens du pupille ²⁶. Ne peuvent pas être tuteurs ceux qui sont notoirement ennemis du père et du pupille ²⁷. Enfin ne peuvent être tuteurs ceux que les parents ont déclaré vouloir exclure; et le Jurisconsulte recommande aux Magistrats de ne pas nommer pour tuteurs ceux qui s'ingèrent dans l'administration de la tutelle, qui s'offrent spontanément pour ces fonctions et offrent de l'argent pour être nommés (ce qui nous révèle un nouveau trait curieux des mœurs romaines) ²⁸.

Nous avons dit qu'à l'époque de l'Édit, la tutelle n'est pas un *munus publicum*. Toute personne, appelée à une tutelle, peut la refuser ou y renoncer. Mais le tuteur testamentaire qui refuse la tutelle est privé des libéralités qui lui sont faites dans le même testament ^{28bis}. Toutefois l'esprit, qui a inspiré la loi *Claudia*, n'est plus celui des XII tables, ce qui prouve que les mœurs publiques ont à cet égard subi un changement profond. A l'intérêt des agnats a succédé l'intérêt des pupilles; on commence à comprendre que c'est un devoir pour la Société de veiller sur eux et que, pour l'accomplissement de ce devoir, elle est suppléée par ceux que la nature même désigne

²⁴ Frag. Vat., 151, 183, 223.

²⁵ Paul, L. 1, §§ 2. 3; L. 11, D. de tutelis (26.1). Hermogénien, L. 10, § 1. D. de legitimis tutoribus (26.4).

²⁶ Marcien, L. 21, pr. D. de excusationibus (27.1).

²⁷ Modestin, L. 6. § 17, D. de excusationibus (27.1). Paul, II. 27. 1.

²⁸ Modestin, L. 21. §§ 2. 6. D. de tut. et cur. datis (26.5).

^{28bis} Paul, L. 5, § 2, D. de his quæ ut indignis auferuntur (34.9).

comme devant prendre soin de leur personne et de leurs biens. Toute la Jurisprudence de l'époque révèle cette tendance²⁹. On ne permet plus à celui qui est appelé à une tutelle légitime ou testamentaire de la refuser ou à celui qui est en fonction de s'en décharger, sans faire agréer une légitime cause d'excuse. Quand il s'agit d'une tutelle dative, ceux qui sont nommés par le Magistrat peuvent encore se faire remplacer, en offrant une personne plus apte à remplir la fonction³⁰; mais on accueille toujours de plus en plus sévèrement les motifs d'excuse, qui finissent par être rigoureusement déterminés³¹.

464. La tutelle finit par la mort du pupille et par celle du tuteur. Elle finit aussi lorsque le pupille arrive à la puberté³², s'il est réduit en esclavage, s'il est prisonnier des ennemis. A vrai dire la captivité du pupille ou du tuteur ne fait que suspendre l'exercice de la tutelle qui, en vertu du *jus postliminii*, reprend son cours si le captif revient à Rome³³; et si le tuteur est chez l'ennemi à tout autre titre que celui de captif, il ne cesse pas d'être tuteur, seulement le Magistrat lui donne un suppléant pour administrer pendant son absence les biens du pupille³⁴.

La *capitis diminutio* du pupille met fin à la tutelle, qui

²⁹ T. D. de *excusationibus* (27.1). Frag. Vat. 123 à 247. Modestin. L. 2, § 2, D. *qui petant tutores vel non* (26.6).

³⁰ Paul, II, 28, 29. Frag. Vat., 158, 206.

³¹ Justinien, nov. 94, ch. 1, et nov. 118, ch. 5, refuse aux femmes le droit d'être tutrices, à l'exception de la mère et de l'aïeule. Cette disposition se retrouve dans l'art. 442, C. C. A l'époque de Justinien, la femme étant perpétuellement en tutelle, on s'explique l'exclusion dont elle est l'objet; mais aujourd'hui que la femme n'est plus frappée d'incapacité à raison de son sexe, il est difficile de justifier les rédacteurs du Code d'avoir servilement copié le droit romain.

³² Paul, L. 4, pr. D. de *tutela et rationibus distrahendis* (27.3). Gaius (Lib. 12, ad Ed., prov.). L. 16, § 1, D. de *tutelis* (26.1).

³³ Paul, L. 14, §§ 1, 2, D. de *tutelis* (26.1).

³⁴ Ulpien, L. 15, D. de *tutelis* (26.1).

ne peut exister que sur une personne *sui juris*³⁵. Il en est de même si le pupille se donne en adrogation ou s'il est condamné à la déportation³⁶. Mais, s'il s'agit de la *minima capitis diminutio*, elle ne produit pas les mêmes effets, suivant qu'elle frappe le tuteur ou le pupille. Nous venons de voir l'effet produit par la *capitis diminutio* du pupille. Si c'est le tuteur qui la subit, son changement d'État met fin à la tutelle légitime, parce qu'elle est déférée aux agnats par la loi des XII tables, et qu'en perdant la famille l'agnat perd le droit d'être tuteur. Les autres tutelles ne sont pas affectées par la *minima capitis diminutio* du tuteur³⁷.

La destitution du tuteur met nécessairement fin à la tutelle, de même que l'avènement de la condition ou du terme, quand la tutelle a été soumise à ces modalités³⁸.

§ 1. De Satisfatione tutorum et curatorum.

L. un. Si quis ex pluribus tutoribus, ut solus administret, satisfationem obtulerit rem pupilli salvam fore et suspecta persona non sit, nec turpis, sed idonea, contutores bene probatos et idoneos administrare volentes, causâ cognitâ, constituam.

Ulpien (Lib. 35, ad Ed.) L. 17, pr., § 1, 2. Callistrate (Lib. 3, Edicti monitorii) L. 18, D. de testamentariâ tutelâ (26.2).

Si de plusieurs tuteurs, il en est un qui offre satisfation de conserver les biens du pupille, afin d'être chargé seul de l'administration, si ce n'est pas une personne vile et suspecte d'improbité, mais au contraire un homme offrant des garanties pécuniaires et digne de confiance, et que les cotuteurs, jouissant d'une bonne réputation et solvables, ne veuillent pas administrer, je lui donnerai la gestion de la tutelle, après avoir pris connaissance de l'affaire.

³⁵ Gaius, I, 170. Ulpien, L. 2, D. de legitimis tutoribus (26.4).

³⁶ Ulpien, L. 14, pr. D. de tutelâ (26.1).

³⁷ Ulpien, L. 5, § 3, D. de legitimis tutoribus (26.4). Paul (Lib. 11, ad Ed.), L. 7, pr. D. de capite minutis (4.5). Supra, nos 426 et sq.

³⁸ Ulpien, L. 14, § 3, 4, 5, D. de tutelâ (26.1).

465. Il est de l'intérêt du pupille et des tuteurs que celui d'entre eux, qui gère la tutelle, donne des garanties de son administration. *Satisfare* signifie donner des fidéjusseurs¹. Les tuteurs et curateurs légitimes et ceux donnés dans les provinces par les Magistrats y sont seuls obligés². Il n'y a pas d'exemption pour le patron, que pourtant le Préteur peut en dispenser en connaissance de cause³.

Le choix fait par un père de tuteurs pour son fils et la confiance qu'il témoigne avoir en eux en les nommant dans son testament, répugne à l'idée d'exiger d'eux des fidéjusseurs. Pourtant si l'un d'eux offre de fournir caution dans le but d'être chargé seul de la gestion, le Préteur, dans son édit, la lui promet à une double condition : d'abord qu'il offre des garanties de moralité et de solvabilité ; ensuite que la proposition d'administrer soit faite aux cotuteurs, gens honnêtes et solvables, et qu'ils refusent⁴. Mais il est de principe que les tuteurs testamentaires ne sont pas obligés de donner caution (*testamento datos tutores non esse cogendos satisfare rem salvam fore*)⁵ ; la caution ne doit pas même être demandée au tuteur nommé par un père lorsque le testament, irrégulier dans la forme, a besoin d'être confirmé⁶. La satisfaction est toujours exigée des tuteurs donnés par les Magistrats⁷.

¹ Gaius (Lib. 5. ad Ed., prov.), L. 1, D. *qui satisfare cogantur* (2.8).

² Ulpien (Lib. 35, ad Ed.), L. 5, §§ 1 à 4, D. *de legitimis tutoribus* (26.4).

³ Ulpien, L. 5, § 1, D. *de legitimis tutoribus* (26.4). Papinien, L. 13, § 1, D. *de tutoribus et curatoribus datis* (26.5).

⁴ Ulpien, L. 17, § 2, D. *de testamentariâ tutelâ* (26.2).

⁵ Ulpien, L. 17, pr. *de testamentariâ tutelâ* (26.2).

⁶ Julien, L. 3, D. *de confirmando tutore...* (26.3).

⁷ Ulpien (Lib. 36. ad Ed.), L. 1, *de magistratibus conveniendis* (27.8).

§ 2. De administratione et periculo tutorum.

466. *Tutor personæ non rei vel causæ datur*, c'est-à-dire que le tuteur a pour devoir de veiller à l'exercice des droits, à la conservation de l'ensemble des droits du pupille, et que, s'il s'agit de certains droits ou d'une espèce particulière d'affaires, il n'y a pas lieu à la nomination d'un tuteur, mais bien d'un curateur¹. C'est là la signification du mot *persona*, comme le mot *familia* exprime et comprend tout ce qui est soumis à la puissance de l'homme *sui juris*. Quant à la personne même du pupille, à son éducation et à son entretien, on en charge un parent, un affranchi ; à moins que le père n'ait pris à ce sujet des dispositions testamentaires. On doit faire ce que le père a ordonné².

La *persona* du pupille est incomplète, en ce qui concerne l'exercice des droits civils. Le tuteur la complète, soit qu'il agisse en son propre nom pour le compte de l'*infans*, soit que, le pupille agissant lui-même, il ne fasse qu'interposer son autorité (*auctoritatem interponere*), pour valider l'acte accompli, comme cela a lieu pour les femmes majeures³ ; avec cette différence que le tuteur n'est pas responsable des actes accomplis par la femme⁴, tandis qu'il répond des actes du pupille pour lesquels il a seule-

¹ Ulpien, L. 12. Pomponius, L. 13. Marcien, L. 14, D. de testamentariâ tutelâ (26.2).

² Ulpien (Lib. 34, ad Ed.), L. 1, pr. § 2 ; L. 3, 5, D. ubi pupillus educari vel morari debeat (27.2).

³ Ulpien, XI. 25. Voir Gaius, II, 80 à 85 ; III, 109. Ulpien, L. 8. Gaius (Lib. 12, ad Ed., prov.). L. 9, §§ 5. 6. D. de auctoritate et consensu tutorum... (26.8).

⁴ Gaius, I, 190, 192. Ulpien (Lib. 35, ad Ed.), L. 1. § 2, D. de administratione et periculo tutorum (26.7).

ment interposé son autorité ⁵. Le tuteur est donc vis-à-vis du pupille *infans*, un gérant d'affaires ⁶; sauf à rendre compte à la fin de la tutelle. De là, des droits et actions acquis tant en faveur du pupille que contre lui ⁷, à condition dans ce dernier cas que le tuteur n'ait pas outrepassé ses pouvoirs ⁸.

467. On est dans l'usage de donner plusieurs tuteurs à un pupille; mais en général aussi un seul d'entre eux gère la tutelle.

L. un: Si plures tutores testamenti dari fuerint, ei potissimum tutelae administrationem committam quem parens testamento destinaverit.

Quod si nullus a testatore electus fuerit, aut qui electus est gerere nolit, tum eum gerere cogam, cui major pars tutorum tutelam decreverit.

Ulpien (Lib. 35, ad Ed.) L. 3, §§ 1, 7, D. h. t. Paul (Lib. 39, ad Ed.) L. 55, § 3, D. *de furtis* (47.2).

Si plusieurs tuteurs ont été donnés par testament, je confierai l'administration de la tutelle, de préférence à celui à qui le père l'avait destinée.

Que si le testateur n'a pas choisi le tuteur qui aurait l'administration, ou que celui qu'il a choisi ne veuille pas accepter, je forcerai d'administrer celui que le plus grand nombre des tuteurs aura désigné.

Cet édit concerne aussi les tuteurs donnés par le Magistrat (*ex inquisitione* ⁹).

Si les tuteurs ne peuvent pas s'entendre pour désigner le gérant ou s'ils demandent à gérer tous la tutelle, l'administration leur est commune et la responsabilité l'est aussi, pour tout ce que chacun d'eux fait sans fraude, dans les limites de la part de gérance qui lui est confiée (*vel in partes vel in regiones* ¹⁰).

⁵ Paul (Lib. 6, ad Ed.), L. 17, D. *de auctoritate et consensu tutorum* (26.8).

⁶ Ulpien, XI, 25.

⁷ Ulpien, L. 2, pr.; L. 9, pr. D. *de administratione tutorum* (26.7); Ulpien, L. 2. Papinien, L. 5. Scévola, L. 6, D. *quando ex facto tutoris...* (26.9).

⁸ Pomponius, L. 61, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 19, § 1, D. *de testamentaria tutela* (26.2).

¹⁰ Ulpien, L. 3, §§ 8, 9; L. 4, D. h. t.

468. Après avoir donné les garanties, dont nous avons parlé dans le précédent paragraphe, le tuteur a pour premier devoir de faire l'inventaire des biens du pupille. S'il négligeait ce soin, il risquerait d'être soupçonné de dol, et d'être condamné envers le pupille à l'indemniser de l'intérêt qu'il affirmerait, par serment en justice, avoir eu à ce que l'inventaire fût fait ¹¹. Il est tenu d'apporter dans son administration les soins d'un bon père de famille ¹²; tout au moins, surtout s'il a été dans le cas de pouvoir refuser la tutelle, devra-t-il les soins qu'il apporte dans la gestion de ses propres affaires ¹³.

469. Lorsque le tuteur a donné les garanties exigées et fait inventaire, il est considéré comme le maître des choses pupillaires; il administre donc avec une entière liberté, sous sa responsabilité ¹⁴. Toutefois il est des actes qu'on peut exiger de lui dans le cours de sa gestion et dont l'omission a pour lui des conséquences graves. Ainsi il doit employer en acquisition d'immeubles les sommes qu'il reçoit et, à défaut d'emploi, les déposer dans un lieu désigné; faute de quoi il doit lui-même les intérêts. L'acquisition, le dépôt ou le placement des capitaux présents doit être fait dans les six mois de la nomination, et pour les recouvrements ultérieurs, dans les deux mois du jour du paiement ¹⁵. Le tuteur, maître des choses de la tutelle, peut les aliéner, pourvu que ce ne soit pas *donationis causâ* ¹⁶. Un rescrit de l'empereur Sévère a restreint ce droit du tuteur, qui ne peut plus aliéner les immeubles sans l'autorisation du Magistrat, après une enquête constatant la

¹¹ Ulpien, L. 7, pr. D. h. t.

¹² Callistrate, L. 33, pr. D. h. t.

¹³ Ulpien (Lib. 36, ad Ed.), L. 4, pr. D. *de tutelâ et rationibus distrahendis* (27.3).

¹⁴ Paul (Lib. 38, ad Ed.), L. 12, § 1; L. 27, D. h. t.

¹⁵ Ulpien, L. 5, pr.; L. 7, pr., §§ 4 à 15. Tryphoninus, L. 54, D. h. t.

¹⁶ Paul (Lib. 38, ad Ed.), L. 12, § 1; L. 22, 46, § 7, D. h. t.

nécessité de l'aliénation ¹⁷. Constantin et Justinien ont depuis étendu ces dispositions à tous les biens du pupille susceptibles de conservation ¹⁸. Quant aux choses sujettes à dépérissement, objets mobiliers, esclaves, même les maisons, le tuteur doit les vendre, alors même que le père en aurait ordonné la conservation ¹⁹.

Mais les règles concernant les tuteurs testamentaires ne sont pas toutes applicables aux tuteurs légitimes. Ceux-ci doivent, dans toute affaire quelconque (*in omni re*) interposer leur autorité (*auctoritatem accomodare*), c'est-à-dire fonctionner toujours tous ensemble; tandis que, ainsi que nous l'avons vu ²⁰, les tuteurs testamentaires peuvent se partager l'administration, ou décider que les actes de chacun d'eux les engageront tous, ou qu'aucun acte ne sera valable si tous n'y ont pas concouru ²¹. Toutefois, lorsque le pupille a plusieurs corps d'héritages et que des tuteurs ont été désignés pour les administrer séparément, il n'y a plus solidarité entre eux, ni par conséquent nécessité de se surveiller mutuellement ²².

470. Car si, dans le cas où il y a plusieurs tuteurs, l'administration est confiée à l'un d'eux, les autres ne sont pas déchargés de toute responsabilité, bien qu'ils soient simplement qualifiés de tuteurs honoraires (*honorarios*). Ils répondent des actes du tuteur gérant et sont passibles de l'action de la tutelle, si, lorsqu'elle prend fin, le gérant

¹⁷ Ulpien, L. 1, §§ 2. 4; L. 3. § 4; L. 5, § 14, D. *de rebus eorum qui sub tutela sunt* (27.9)

¹⁸ Constantin, L. 22. Justinien, L. 28, § 5, C. *de administratione tutorum* (5.37).

¹⁹ Ulpien, L. 5, § 9; L. 7, § 4, D. h. t. Voir la note 48.

²⁰ Supra, n° 465, *in fine*.

²¹ Ulpien, XI. 26. Cicéron, *pro flacco*. Pomponius, L. 4. Ulpien, L. 7, § 1, D. *de auctoritate et consensu tutorum* (26.8).

²² Frag. Vat., 229. Ulpien, L. 15, D. *de testamentariâ tutela* (26.2). Hermogénien, L. 27, pr. D. *de tutoribus datis* (26.5). Marcien, L. 21, § 2, D. *de excusationibus* (27.1).

n'a pas des ressources suffisantes pour payer au pupille ce qu'il peut lui devoir ou l'indemniser du tort qu'il a pu lui causer par sa mauvaise administration. Aussi dit-on qu'ils sont donnés pour être les surveillants et les gardiens (*observatores et custodes*) de ses actes. En conséquence ils peuvent à chaque instant lui demander des comptes ; il est de leur intérêt d'exercer une surveillance incessante sur la marche de la tutelle ²³, et de dénoncer comme suspect l'administrateur, lorsqu'il se montre fainéant, ou qu'il gère d'une façon sordide, dangereuse pour le pupille (*si forte grassatus in tutelâ est, aut sordide egit, vel perniciose pupillo* ²⁴).

470 bis. Une lecture attentive du titre : *Ubi pupillus educari vel morari debet et de alimentis ei præstandis* (27,2) nous autorise à décider, malgré l'avis de Ranchin, qu'aucune disposition à cet égard ne se trouvait dans l'Édit perpétuel.

Les fragments dont ce titre se compose ne sont pas extraits des commentaires de l'Édit. Or, si le Préteur avait parlé, les commentateurs auraient exposé et discuté sa décision au lieu d'émettre dans d'autres ouvrages de simples opinions.

§ 3. De suspectis tutoribus.

471. Un tuteur, dont l'administration ou la conduite est de nature à compromettre les intérêts du pupille, peut être déclaré suspect et destitué de la tutelle.

²³ Ulpian, L. 3, §§ 4 à 7. D. h. t.

²⁴ Ulpian (Lib. 35, ad Ed.), L. 3. pr., §§ 1-5-18, D. de suspectis tutoribus (26.10).

L. un. Si quis ob dolum in tutelâ admissum fuisse dicetur; aut grassatum in tutelâ esse; aut sordide egisse vel perniciose pupillo; vel aliquid interceptisse ex rebus pupillaribus¹; vel inimicum pupillo parentibusve ejus esse²; vel ad alimenta pupillo præstanda sui copiam non ferisse³; vel non comparuisse⁴; vel repertorium non fecisse; vel pecuniam ad prædiorum emptionem non contulisse neque deposuisse⁵; vel moribus⁶, segnitie, rusticitate, inertia, simplicitate, ineptia⁷ et generaliter quolibet justâ causa⁸ talis esse ut suspectus sit, adversus eum removendum⁹ actionem dabo.

¹ Ulpien (Lib. 35, ad Ed.) L. 3, § 5, D. h. t.

² *Eodem*, § 12.

³ *Eodem*, §§ 11, L. 7, § 2.

⁴ L. 7, § 3.

⁵ L. 3, § 16; L. 7, pr. de administratione et periculo tutorum (26.7).

⁶ L. 8.

⁷ L. 3, § 18.

⁸ L. 3, § 12.

⁹ L. 3, §§ 13, 14; L. 7, §§ 1, 3. Modestin, L. 8. Papinien, L. 9, D. h. t.

Si quelqu'un est dit avoir été nommé tuteur par dol; ou être négligent dans son administration; ou agir d'une façon sordide ou dangereuse pour le pupille; ou avoir détourné des choses appartenant au pupille; ou être l'ennemi du pupille ou de ses parents; ou n'avoir pas répondu à une demande d'aliments pour le pupille et n'avoir rien fait pour lui en fournir; ou n'avoir pas placé les capitaux; ou n'avoir pas fait inventaire; ou n'avoir pas employé l'argent du pupille en achat de biens-fonds ou ne l'avoir pas déposé dans ce but; ou bien, par ses mœurs, sa paresse, sa grossièreté, son inertie, sa simplicité, son ineptie, ou par quelque autre juste cause, être tel qu'il soit suspect; je donnerai action contre lui, pour qu'il soit révoqué.

472. Tous les tuteurs, testamentaires, légitimes ou datifs, même le patron, sauf les égards qui lui sont dus, sont passibles de cette action¹, dont l'origine remonte à la loi des XII tables² et qui est populaire; les femmes elles-mêmes sont admises à l'intenter³. Mais on ne permet pas aux impubères d'attaquer leurs tuteurs comme suspects; les mineurs peuvent agir contre leurs curateurs

¹ Ulpien, L. 1, § 5, D. h. t.

² Table 8, § 20. — Ulpien, L. 1, § 2, D. h. t. Tryphonius, L. 33, § 1, D. de admin. et periculo tutorum (26.7).

³ Ulpien, L. 1, §§ 6, 7, D. h. t.

pour cause de suspicion, pourvu qu'ils soient assistés de leurs parents ⁴. Un esclave du pupille, instruit des fraudes de son tuteur, peut, sinon intenter l'action, du moins éclairer la religion du Préteur ⁵. Un affranchi du pupille peut accuser de suspicion son tuteur, à moins que ce tuteur ne soit le patron de l'affranchi ⁶. Enfin, à défaut d'accusation, le Préteur peut et même doit révoquer le tuteur, s'il a des preuves éclatantes de son état de suspicion (*si prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse* ⁷).

473. Le tuteur, destitué pour dol ou faute grave, est noté d'infamie et sévèrement puni ⁸; mais s'il ne s'est rendu coupable que de paresse, de négligence, s'il est simple d'esprit, inepte, son honneur n'aura pas à souffrir de sa destitution ⁹; s'il est patron du pupille, l'infamie ne l'atteint pas; et au lieu de la destituer, on lui adjoint un curateur ¹⁰.

Si la tutelle finit avant que le jugement sur l'accusation soit prononcé, l'instance est périmée, l'action est éteinte; car les actions de la tutelle suffisent à sauvegarder les intérêts du pupille ¹¹.

§ 4. De tutelæ actionibus.

474. Deux actions naissent de la tutelle: une action directe, une action contraire.

⁴ Ulpian, L. 7. pr. D. h. t.

⁵ Julius-Aquila, L. 12. D. h. t.

⁶ Ulpian, L. 3, § 4, D. h. t.

⁷ Ulpian, L. 3, § 4, D. h. t.

⁸ Ulpian, L. 1, § 8; L. 2; L. 3, §§ 15, 16; L. 4, 5. D. h. t.

⁹ Ulpian, L. 4, § 18. D. h. t.

¹⁰ Modestin, L. 9, D. h. t.

¹¹ Ulpian, L. 3, §§ 6, 11. Papinien, L. 11, D. h. t.

L'action directe est donnée au pupille et à ses héritiers contre le tuteur et quiconque a été mêlé à l'administration de la tutelle et leurs héritiers ¹. L'action contraire est donnée au tuteur et à ses héritiers contre le pupille et ses héritiers ².

475. DE DIRECTA TUTELÆ ACTIONE.

Le tuteur, par le seul fait qu'il est tenu d'administrer la fortune du pupille, contracte des obligations, dont celui-ci doit pouvoir poursuivre l'exécution. Ces obligations se résument dans le compte que le tuteur doit rendre après la cessation de la tutelle :

L. 1. Eum, qui tutelam gessit, rationem eo nomine reddere cogam; et in eum, qui tutelam gerere noluerit, post cæteros qui gesserint, actionem utilem dabo

Ulpien (Lib. 36, ad Ed.) L. 1, pr. D. de tutelæ actione (27.3). — Papinien, L. 39, § 11, D. de administratione et periculo tutorum (26.7).

Je forcerai de rendre compte celui qui aura géré la tutelle; et je donnerai une action utile contre celui qui aura refusé de gérer, après que les autres tuteurs, qui auront géré, auront été poursuivis.

476. Si un fils de famille a été tuteur, il faut distinguer si son père n'en a pas eu connaissance ou s'il l'a su et approuvé. Dans les deux cas l'action pourra être dirigée contre lui, mais dans le premier il ne sera responsable que jusqu'à concurrence de la valeur du pécule, tandis que dans le second sa responsabilité sera entière s'il a pris part à l'administration; et il ne devra compte que de ce dont il aura profité (*de in rem verso*), s'il lui est resté étranger ³.

Lorsque plusieurs tuteurs ont été donnés à un pupille, trois cas peuvent se présenter : A. Les tuteurs n'ont pas

¹ Ulpien (Lib. 36, ad Ed.). L. 1, §§ 16, 17. D. de tutelæ actione (27.3).

² Ulpien, L. 5. Paul. L. 6. D. de contrariâ tutelæ actione (27.4).

³ Ulpien, L. 7, D. de tutelæ actione (26.1). Marcellus, L. 21, D. de administratione et periculo tutorum (26.7).

partagé entre eux l'administration. — B. L'administration a été partagée entre eux par le testateur ou par le Magistrat. — C. L'administration a été partagée entre eux et par eux-mêmes.

A. S'il n'y a pas eu partage de l'administration, la gestion est nécessairement censée avoir été commune entre tous les tuteurs, et le pupille, devenu majeur, peut s'adresser à l'un d'eux pour lui demander de rendre compte et exiger de lui la totalité de la dette ⁴.

B. Lorsque le partage a été fait par le testateur ou par le Magistrat, il y a par cela même partage de responsabilité, et le mineur ne peut poursuivre chaque tuteur que pour la partie de l'administration qui lui a été confiée. Mais ils n'en sont pas moins soumis à l'obligation de ce surveiller les uns les autres, en vertu du principe même qui gouverne avant tout cette matière ; c'est pourquoi, s'ils ont négligé de faire révoquer un tuteur suspect, devenu débiteur et insolvable, ils sont solidairement responsables de ses actes.

C. Si les tuteurs ont partagé entre eux l'administration, c'est là un acte étranger au pupille qui pourra poursuivre l'un d'eux, sans que cette poursuite libère les autres.

On voit que dans tous ces cas les cotuteurs sont ou peuvent être déclarés solidairement responsables ; ce qui fait dire à Julien : *ex duobus tutoribus, si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur* ⁵.

Mais des différences, signalées ci-dessus, sont nées des exceptions, que les commentateurs ont nommées : *Beneficium*

⁴ Ulpien, L. 1. §§ 10 et sq., D. de tutela actione (27.3). Cette sévérité a été adoucie, en 284, par les empereurs Carinus et Numérianus, qui ont décidé que le choix du mineur lui ferait perdre tout recours contre les autres tuteurs. Carinus et Numérianus, L. 2. C. J. de dividendi tutela (5.52).

⁵ Julien, L. 48, § 1. D. de administratione et periculo tutorum (26.7).

DIVISIONIS, ORDINIS *et* CEDENDARUM ACTIONUM, introduites en faveur des cotuteurs, qui ont obtenu aussi le bénéfice d'actions utiles. On applique ici les règles relatives aux fidéjusseurs.

Beneficium divisionis : Si tous les tuteurs ont géré et qu'ils soient tous solvables, chacun d'eux peut demander que l'action soit divisée et que par suite la dette soit partagée entre eux. Si quelques-uns sont insolvables, l'action sera divisée et la dette partagée entre ceux qui sont solvables, sans que cette division et ce partage libèrent les autres ⁶. Du reste la règle relative à la solidarité des tuteurs pendant la tutelle ne s'applique pas à leurs héritiers, qui ne répondent pas réciproquement les uns des autres ⁷.

Beneficium ordinis : Lorsqu'un des tuteurs a seul administré, les autres peuvent demander que les poursuites soient dirigées d'abord contre lui. Mais ils perdent cet avantage, lorsqu'ils l'ont chargé de la gestion ou reçu de lui des cautions garantissant les biens du pupille ⁸.

Beneficium cedendarum actionum : Lorsque l'un des tuteurs a été obligé de payer la dette entière ou une somme plus élevée que ce qu'il devait personnellement, il a le droit de se faire céder par le pupille les actions que celui-ci a contre ses cotuteurs. Mais il faut pour cela qu'il soit exempt de dol ⁹. Si les actions n'ont pas été cédées en même temps que le payement, une Constitution de l'empereur Antonin-le-pieux a décidé que le tuteur, qui aurait payé, aurait une action utile contre ses cotuteurs. Il peut aussi actionner le mineur pour se faire céder les

⁶ Ulpien, L. 1. §§ 11, 12, D. *de tutelæ actione* (27.3). Papinien, L. 38. pr. § 1, D. *de administratione et periculo tutorum* (26.7).

⁷ Papinien, *eodem*, § 10.

⁸ Tryphoninus. L. 55. § 2. Papinien. L. 39, § 11. D. *de administratione et periculo tutorum* (26.7).

⁹ Ulpien, L. 1, §§ 13. 14. 18. D. *de tutelæ actione* (27.3).

actions, mais toujours à condition qu'il soit exempt de dol ¹⁰.

477. On ne peut intenter l'action que lorsque la tutelle a pris fin, c'est-à-dire quand le pupille est devenu pubère, ou bien lorsque la mort a frappé le pupille ou le tuteur. Si le pupille intentait l'action avant la fin de la tutelle, ce qu'il ferait serait nul ¹¹. C'est pour le même motif que, tant que dure la tutelle, aucune action n'est donnée à un tuteur contre son cotuteur au nom du pupille ¹². C'est encore pour le même motif que le jugement sur une tutelle finie ne peut pas être différé, sous prétexte que le tuteur gère en même temps la tutelle du frère, cohéritier de celui à qui il s'agit de rendre compte ; et si le pupille devenait héritier de son frère, il pourrait intenter contre son tuteur l'action relativement à la tutelle de ce frère auquel il aurait succédé ¹³. En un mot l'action de tutelle peut être mise en mouvement, dès que la tutelle cesse pour une cause quelconque ; tandis que les autres actions, telles que celles pour vol, dommage, injures, peuvent être intentées pendant le cours de la tutelle ¹⁴ ; toutefois elles ne sont pas données au pupille lui-même, tant que dure la tutelle ; mais, quoique ce soient des actions personnelles, elles lui compétent contre les héritiers du tuteur ¹⁵.

478. *Privilegium exigendi*. Le droit romain donne au pupille un droit de préférence sur les biens du tuteur.

¹⁰ Modestin, L. 76. Papinien, L. 95. § 10, D. de solutionibus (46.3). Ulpien, L. 1, § 43. 44, D. de tutelæ actione (27.3). Papinien, L. 38. § 2. D. de administratione et periculo tutorum (26.7).

¹¹ Paul, L. 4. pr., § 2, D. de tutelæ actione (27.3).

¹² Paul (Lib. 38, ad Ed.), L. 12. pr. Modestin, L. 32, § 7, D. de administratione et periculo tutorum (26.7).

¹³ Papinien, L. 39, § 17, D. de administratione et periculo tutorum (26.7). Ulpien, L. 7, pr. D. de tutelæ actione (27.3).

¹⁴ Ulpien, L. 9, pr., §§ 1 à 6 ; L. 7. § 1. Papinien, L. 8, D. de tutelæ actione (27.3).

¹⁵ Paul, L. 10, D. de tutelæ actione (27.3).

lorsque, pour l'exécution des obligations résultant de la tutelle, il se trouve en concurrence avec d'autres créanciers du tuteur ¹⁶.

Plus tard les Constitutions impériales donnèrent au pupille une hypothèque légale sur les biens de son tuteur, une hypothèque spéciale sur les biens achetés avec son argent, et même le droit de les revendiquer comme siens ¹⁷.

FORMULA DIRECTA

Judex esto. Quod N^s N^s Aⁱ Aⁱ tutelam gessit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex bonâ fide, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

479. DE ACTIONE DE RATIONIBUS DISTRAHENDIS. Outre l'action de tutelle, l'Édit promet une action contre le tuteur qui aurait soustrait frauduleusement des choses appartenant au pupille.

L. 2. Si quid ex bonis pupilli abesse dicetur, adversus eum, qui in administrandâ tutelâ aliquid abstulerit, in duplum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 36, ad Ed.) L. 1, § 19-24. Paul, L. 2, § 2, D. de tutelâ actione (27.3).

Si quelque chose est déclaré manquer aux biens du pupille, je donnerai action au double contre celui qui, en administrant la tutelle, l'aura enlevé.

480. Cette action a son origine dans la loi des XII tables ¹⁸; elle est donnée non seulement contre les tuteurs légitimes, mais encore contre ceux qui ont géré la tutelle ¹⁹.

¹⁶ Paul, L. 22. Hermogénien, L. 25. D. de tutelâ actione (27.3). Papien, L. 42. Paul, L. 44. § 1, D. de administratione et periculo tutorum (26.7).

¹⁷ Constantin, L. 20. C. J. de administratione tutorum (5.37). Justinien, L. un., § 1. C. de rei uxoriæ (5.13). Constantin, L. 1, 2, 3, C. Th. de administratione et periculo tutorum (3.19). Ulpien, L. 2, D. quando ex facto tutoris (26.9). Antonin, L. 3. C. J. arbitrium tutelâ (5.51).

¹⁸ Table VII, 8, selon Pothier.

¹⁹ Ulpien, L. 1, § 19, D. de tutelâ actione (27.3).

Son but est de faire condamner le tuteur, coupable de soustraction frauduleuse, au double de la valeur de la chose détournée, ce qui lui donne un caractère tout à la fois civil et pénal : civil, en ce que la restitution de la chose ou le payement de sa valeur indemnise le pupille ; pénal, en ce que le payement du double de la valeur punit le tuteur. Il en résulte que nul ne peut être tenu de cette action, s'il n'a été tuteur ²⁰. Il en résulte encore que si plusieurs tuteurs se sont rendus coupables de vol envers le pupille, et que l'un d'eux paye le double, les autres sont libérés ²¹ ; parce que ce qui distingue cette action de l'action de vol, c'est que par celle-ci on poursuit une simple peine, tandis que par l'autre on poursuit tout à la fois une peine et la réparation du dommage causé. Or, quand le pupille a reçu le double, il a reçu la valeur de la chose, et il ne peut plus exercer contre une autre une action qui contient précisément la poursuite de cette chose.

Cette action compète au pupille, lorsqu'il y a lieu à l'action de tutelle, c'est-à-dire lorsque la tutelle a pris fin. Elle est perpétuelle et elle passe aux héritiers du pupille pour ce qui lui a été volé ; mais elle n'est pas donnée contre l'héritier du tuteur, parce qu'elle est pénale ²².

Deux actions naissent donc de l'obligation de la tutelle au profit du pupille contre le tuteur. Mais ces deux actions s'excluent en ce sens que, si le pupille a d'abord intenté l'*actio tutelæ*, il ne peut plus agir par l'*actio de rationibus distrahendis* ; et que, s'il a commencé par celle-ci, l'*actio tutelæ* est éteinte ²³.

Mais il peut y avoir lieu contre le tuteur à l'action de vol ou à la *condictio furtiva*, s'il a détourné et s'est appro-

²⁰ Paul, L. 2, pr., § 2, D. de tutelæ actione (27.3).

²¹ Tryphoninus. L. 55, § 1, D. de admin. et periculo tutorum (26.7).

²² Ulpian, L. 1, § 23, 24, D. de tutelæ actione (27.3).

²³ Ulpian, L. 1, § 21, D. de tutelæ actione (27.3).

prié des choses appartenant au pupille. L'exercice de l'action de vol n'exclut pas l'*actio tutelæ*, parce que l'action de vol proprement dite poursuit la peine et l'*actio tutelæ* la chose, et qu'il y a deux obligations : l'une née de la tutelle, l'autre du vol. Toutefois la *condictio furtiva*, faisant recouvrer la chose, exclut l'*actio tutelæ* ²⁴.

FORMULA

De actione de rationibus distrahendis.

Judex esto. Si paret N^m N^m, cum Aⁱ Aⁱ tutor esset, vas argenteum vocatum, pondo tot, ex bonis Aⁱ Aⁱ abstulisse, quanti ea res est, tantæ pecuniæ in duplum N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

481. *De contrariâ tutelæ actione.*

L. 3. Si quid ex administratione honorum pupilli debeat, eo nomine in eum contrariam actionem dabo.

Ulpien (Lib. 36, ad Ed.) L. 1.
Paul, L. 6, D. de contrariâ tutelæ actione (27.4).

S'il est dû quelque chose par suite de l'administration des biens du pupille, je donnerai contre lui action à ce titre.

Suivant Ulpien, cette action est une création de l'édit du Préteur, qui a voulu garantir au tuteur que les avances faites par lui au pupille, pendant la gestion lui seraient remboursées ²⁵. Elle est accordée au tuteur, quand même l'action de tutelle ne serait pas intentée contre lui ; car, s'il n'est rien dû au pupille il n'a pas à poursuivre son tuteur, qu'on ne doit pas empêcher de réclamer ce qui lui est dû. Elle est donnée à plus forte raison au tuteur, si on intente contre lui l'*actio de rationibus distrahendis* ²⁶.

²⁴ Ulpien, L. 1, § 22. Paul, L. 2, § 1, D. de tutelæ actione (27.3).

²⁵ Ulpien, L. 1. pr. de contrariâ tutelæ actione (27.4).

²⁶ Ulpien, L. 1. § 8, D. eodem (27.4).

Mais, pour que cette disposition de l'Édit soit applicable, il faut que la tutelle ait pris fin, ou qu'il s'agisse de quelqu'un qui a géré à la place du tuteur ou d'un tuteur révoqué comme suspect. Comme dans ces cas l'action directe peut être mise en mouvement, il y a lieu également à l'action contraire ²⁷.

L'*actio tutelæ contraria* est perpétuelle. Elle se donne pour et contre les héritiers et autres successeurs qui y ont intérêt ²⁸.

482. Cette action a pour but de faire rembourser au tuteur les dépenses qu'il a dû faire pour le pupille, au delà des ressources de celui-ci. Mais ces dépenses ne lui sont allouées, qu'autant qu'elles ont été avantageuses pour le pupille qu'il a prévenu le Préteur et s'est fait autoriser par lui à les faire ²⁹. Le tuteur peut même recourir à l'action contraire, dans le cas où il s'est obligé pour le pupille, avant même d'avoir acquitté l'obligation ³⁰; et si la dette du pupille n'est pas liquide, il doit donner caution de rembourser au tuteur ce qui peut lui être dû ³¹.

483. Mais, pour se faire rembourser de ses avances, le tuteur n'est pas forcé d'actionner le pupille. Dans le compte qu'il est obligé de rendre, il peut compenser ce qu'il doit avec ce qui lui est dû. Si le Juge refuse d'admettre la compensation, le tuteur a recours à l'action contraire ³².

484. On a décidé également que l'action contraire appartient au curateur d'un pupille, d'un fou, d'un adoles-

²⁷ Ulpien, L. 1, § 3. Julien, L. 4, D. *eodem* (27.4).

²⁸ Ulpien, L. 3, § 9; L. 5, D. *eodem* (27.4).

²⁹ Ulpien, L. 2, pr., §§ 1-3. D. *ubi pupillus educari* (27.2). Ulpien, L. 3, pr. D. *de contrariâ tutelæ actione* (27.4).

³⁰ Paul, L. 6, D. *de contrariâ tutelæ actione* (27.4).

³¹ Pomponius, L. 3, D. *de tutelæ actione* (27.3). Ulpien, L. 3, §§ 7, 8, D. *de contrariâ tutelæ actione* (27.4).

³² Ulpien, L. 1, § 4; L. 3, § 6, 7, *de contrariâ tutelæ actione* (27.4). Callistrate, L. 33, § 3, D. *de admin. et periculo tutorum* (26.7).

cent, d'un prodigue, à un curateur au ventre, en un mot à toute espèce de curateurs. Elle est alors donnée, utiliter³³.

FORMULE

1. *Arbitrium tutelæ* : Judex esto. Quod N^s N^s Aⁱ Aⁱ (contrarium judicium : quod A^s A^s Nⁱ Nⁱ) tutelam gessit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, ejus Judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.³⁴.

2. *Compensatio* : Judex esto. Quod A^s A^s Nⁱ Nⁱ tutelam gessit, si paret N^m N^m A^o A^o decem millia dare oportere (A^m A^m impensas tot propter tutelam fecisse) amplius quàm A^s A^s N^o N^o debet, Judex, N^m N^m A^o A^o decem millia (impensas tot) c. s. n. p. a.³⁵.

§ 5. De Magistratibus conveniendis.

485. Le droit offre d'autres ressources au pupille, pour le cas où l'insolvabilité du tuteur met ses intérêts en péril.

Afin de mieux protéger ces intérêts, surtout si le tuteur n'offre pas de suffisantes garanties, on est dans l'usage d'exiger de lui des fidéjusseurs qui répondent de sa gestion. Si les fidéjusseurs, désignés par le tuteur, sont présents, ne contredisent pas le tuteur et laissent inscrire leurs noms sur le registre public, ils sont obligés comme s'il y avait eu stipulation. Il en est de même de ceux qui affirment la solvabilité du tuteur ; ils tiennent lieu de répondants¹.

Les fidéjusseurs d'un tuteur ne peuvent pas invoquer le bénéfice de division, tout en ayant le droit d'exiger la cession des actions². Mais ils ne répondent que des actes de

³³ Ulpian. L. 1, § 2, D. de contraria tutelæ actione (27.4).

³⁴ C. J. (5.54).

³⁵ Suprà, de compensationibus. n° 294-297.

¹ Ulpian (Lib. 36, ad Ed.). L. 4, § 3, D. de fidejussoribus et nominatoribus... (27.7).

² Papinian, L. 12, D. rem pupilli salvam fore (46.6).

la tutelle et non de ceux qu'aurait faits le tuteur après qu'elle a cessé³. Si le recours du pupille contre ces fidéjusseurs est insuffisant, il peut s'adresser aux *nominatores* et *affirmatores*, qui ont désigné le tuteur au choix du Magistrat ou ont affirmé sa solvabilité⁴.

486. Dans un ordre plus subsidiaire, l'Édit offre encore au pupille une action contre les Magistrats qui lui ont donné un tuteur :

L. un. Si quis Magistratus tutorem non idoneum pupillo dedisse, vel idoneum dedisse sed non satis exegisse dicetur, et, finita tutelâ, tutor solvendo non sit, adversus eum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 36. ad Ed.), L. 1, pr. § 11, D. h. t. T. C. J. de magistratibus conveniendis (5.75).

Si un magistrat est dit avoir donné à un pupille un tuteur insuffisant, ou, si le tuteur donné étant suffisant, le Magistrat est dit n'avoir pas exigé de lui des cautions, et que, la tutelle finie, le tuteur soit insolvable, je donnerai action contre lui.

487. Cet Édit ne concerne ni le Préteur, ni les autres Magistrats, comme les Présidents des Provinces, qui ont le droit de nommer des tuteurs. Il n'a en vue que les Magistrats municipaux chargés par les Présidents des Provinces de donner des tuteurs aux pupilles⁵.

Cela est conforme aux règles immuables de la politique romaine. Dans leurs rapports avec les peuples conquis, déditices, alliés... les Romains mettaient rigoureusement en pratique ce principe que le Président ne reconnaissait pas comme obligatoire pour lui le droit de la Province, parce qu'il était Romain, et ne pouvait pas appliquer aux provinciaux, parce qu'ils n'étaient pas Romains, le droit de la vieille Cité romaine. Par ce moyen la Province était à vrai dire sans droit ; mais dans tous les cas le gouverneur ne pouvait pas être compromis pour les actes de son admi-

³ Paul, L. 46, § 4, D. de admin. et peric. tutorum (26.7).

⁴ Ulpien, L. 4, § 3, D. de fidej. et nominat. (27.7).

⁵ Ulpien, L. 1. § 1, D. h. t.

nistration. Ici la responsabilité retombe tout entière sur les Magistrats municipaux, qui du reste agissent au nom du Proconsul et en vertu d'une délégation ; mais aussi leur responsabilité cesse si, après avoir donné un tuteur convenable et exigé des cautions, tuteur et cautions deviennent insolubles. Ils ne doivent pas en effet répondre d'événements futurs impossibles à prévoir ⁶. Mais lorsqu'ils ont reçu mission de donner des tuteurs à un pupille, s'ils diffèrent de le faire, s'ils traînent la chose en longueur de façon à atteindre l'époque où ils auront des successeurs, ils n'en seront pas moins passibles de l'action ⁷.

488. Ce n'est pas au pupille à prouver que les fidéjusseurs, donnés par le tuteur, n'étaient pas solvables quand on les a reçus ; c'est au Magistrat à apporter la preuve qu'ils étaient alors solvables ⁸. Et, alors même qu'il n'aurait pas nommé lui-même le tuteur, mais aurait été seulement chargé de prendre des renseignements sur lui, le Président se réservant la nomination, il n'en est pas moins responsable ⁹.

Cette action subsidiaire est accordée non seulement aux pupilles, mais encore à leurs héritiers ¹⁰. Quant aux héritiers du Magistrat, ils ne sont responsables que de son dol ou de sa faute lourde ¹¹ ; et au surplus l'action n'est pas donnée contre l'ordre entier des Magistrats, mais personnellement contre ceux d'entre eux qui ont eu mission de pourvoir à la tutelle ¹².

489. Si c'est par dol que les Magistrats n'ont pas exigé

⁶ Ulpien, L. 1. § 11, D. h. t.

⁷ Ulpien, L. 1, § 7, D. h. t.

⁸ Ulpien, L. 1. § 13, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 1. §§ 2, 3, D. h. t.

¹⁰ Ulpien, L. 1, § 4, D. h. t.

¹¹ Ulpien, L. 4, D. h. t.

¹² Ulpien, L. 1, pr. D. h. t.

de caution du tuteur, ils sont solidairement responsables. Dans le cas où il n'y a eu de leur part que de la négligence, ils doivent être condamnés chacun pour sa part, pourvu que le pupille soit complètement indemne ¹³.

490. Lorsque le Magistrat n'ayant pas exigé de caution, le tuteur se trouve solvable au moment où l'action de la tutelle est ouverte, l'Édit n'a pas d'application ; mais si depuis le tuteur devenait insolvable, ce serait aux cotuteurs ou au Magistrat à indemniser le pupille : aux cotuteurs qui auraient dû surveiller la liquidation du tuteur suspect, ou au Magistrat qui a négligé de prendre des garanties ¹⁴.

491. Le but de cette action est de faire obtenir au pupille du Magistrat tout ce que par l'action de tutelle il obtiendrait de ses tuteurs ¹⁵.

FORMULES

Judex esto. Quod Titius Aⁱ Aⁱ pupulli tutelam (adulti curam) gessit, quidquid ob eam rem Titium A^o A^o dare facere oportet ex fide bonâ, ejus Judex, N^{os} N^{os} duumviros (pro portione) c. s. n. p. a.

Judex esto. Si paret N^m N^m, cum de ea re admonitus esset, in magistratu suo A^o A^o pupillo tutorem non dedisse, quantum ob eam rem damni A^o A^o datum factumve est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 6. De Protutelæ actione.

492. Il peut arriver que quelqu'un ait géré une tutelle sans être véritablement tuteur ; et il est souvent difficile,

¹³ Celse. L. 7, D. h. t.

¹⁴ Ulpien. L. 4, § 12. D. h. t. Paul, L. 53. D. *de admin. et periculo tutorum* (26.7).

¹⁵ Modestin, L. 9, D. h. t.

dit Ulpien, de décider si celui qui a géré l'a fait en qualité de tuteur, ou si, sans avoir cette qualité, il a administré comme s'il avait été tuteur. C'est pour ce motif que le Préteur a cru devoir créer une *actio protutelæ* :

L. un. Si quis pro tutore pupilli negotia gessisse dicetur, in eum iudicium dabo.

Ulpien (Lib. 36, ad Ed.) L. 1, pr. D. de eo qui pro tutore negotia gessit (27.5).

Si quelqu'un est dit avoir géré les affaires d'un pupille, sans être son tuteur, mais en cette qualité, je donnerai action contre lui.

Par cela même que cette action est donnée contre celui qui a géré comme s'il eût été tuteur (*quasi tutor*), elle est gouvernée par les mêmes règles que l'action de tutelle. Le pupille a ici comme lorsqu'il se trouve en face d'un véritable tuteur le *privilegium exigendi*¹. Pourtant il y a entre ces deux actions quelques différences. Pour que l'*actio protutelæ* puisse être intentée, il faut deux conditions : que ce soient les affaires d'un impubère qui aient été gérées ; et qu'elles l'aient été par quelqu'un qui agissait en qualité de tuteur.

Si ce sont les affaires d'un pubère qui ont été gérées, ou celles d'un enfant non encore né, il n'y a lieu qu'à la gestion des affaires d'autrui (*negotiorum gestorum actio*) et non à l'*actio protutelæ*². Aussi l'action a-t-elle lieu aussi bien contre celui qui, une tutelle ayant pris fin, l'a gérée sans titre pendant l'impuberté du pupille, que contre un tuteur qui, ayant perdu cette qualité, continue à gérer comme s'il était encore tuteur³ ; parce qu'on est censé *pro tutore gerere*, lorsqu'on remplit les fonctions de tuteur, soit qu'on croie avoir cette qualité, soit qu'on sache le contraire, mais qu'on agisse comme si on la possédait⁴. Celui

¹ Hermogénien, L. 25, D. de tutelæ actione (27.3). Voir supra, n° 478.

² Ulpien, L. 1, §§ 6, 7, D. h. t.

³ Ulpien, L. 1, §§ 3, 4, D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 1, § 2, D. h. t.

qui, ignorant avoir été nommé tuteur par un testament, gère comme s'il l'était, est passible de cette action et non de l'action de tutelle, parce que, pour être obligé comme tuteur, il faut qu'il ait eu connaissance de sa nomination, sans quoi il n'a pas pu gérer *affectu tutoris*⁵. Il y a encore cette différence entre l'*actio tutelæ* et l'*actio protutelæ* qu'on peut faire rendre compte au pro-tuteur comme au curateur, sans attendre la fin de la tutelle⁶. Du reste le pro-tuteur est obligé à la même fidélité et à la même exactitude (*fidem et diligentiam*) qu'un tuteur⁷.

Puisque le pro-tuteur est soumis aux mêmes obligations et à la même responsabilité que le tuteur, il est juste qu'il ait l'action contraire contre le pupille, pour se faire rembourser des dépenses qu'il a pu faire et dégager des engagements qu'il a pu prendre à cette occasion. Il pourra agir avant la fin de la tutelle, comme, avant cette époque, on pourra agir contre lui par l'action directe⁸.

Enfin, si un tuteur a été donné à un posthume, non encore né mais qui ne naît pas vivant, et que ce *quasi-tutor* ait géré, il ne saurait être passible, ni de l'action de tutelle, puisqu'il n'y a pas eu de pupille, ni par la même raison de l'action de pro-tutelle, ni de l'*actio negotiorum gestorum*, puisqu'on ne peut pas avoir administré les affaires de quelqu'un qui n'a jamais existé. On ne pourra donner contre lui qu'une action utile⁹.

FORMULE

Judex esto. Quod N^s N^s pro tutore (utilis : pro curatore)¹⁰ Aⁱ Aⁱ

⁵ Javolenus, L. 3. D. h. t.

⁶ Paul (Lib. 24. ad Ed.). L. 26, D. de admin. et peric. tutorum (26.7).

⁷ Pomponius, L. 4, D. h. t.

⁸ Ulpien (Lib. 28. ad Ed.), L. 5, D. h. t. ; L. 4, § 1, D. de contrariâ tutelæ actione (27.3).

⁹ Paul, L. 21, D. de tutelæ actione (27.3). Conf. Ulpien. L. 19, § 2, D. de testamentariâ tutelâ (26.2).

¹⁰ Ulpien. L. 4, § 7, D. h. t.

pupilli (adolescentis) negotia gessit (contraria : quod A° A°... Ni Ni pupilli vel adolescentis negotia gessit) quidquid ob eam rem N°m N°m A° A° dare facere oportet (utilis : oporteret si liber esset) ex fide bonà, ejus Judex. N°m N°m A° A° c. s. n. p. a.

493. N. B. DE LA CURATELLE.

Nous avons vu ¹¹ ce qu'était la curatelle des mineurs de 25 ans. La loi des XII tables ¹² avait décidé que les furieux (*furiosi*) et les prodiges (*prodigi*) seraient placés sous la curatelle de leurs agnats. La Jurisprudence a étendu ces dispositions à ceux que leur état mental ou leurs infirmités mettent dans l'impossibilité de gérer leurs affaires. Les curateurs institués en vertu de la loi des XII tables sont appelés *legitimi* ; ceux qui sont donnés par le Préteur *honorarii*.

D'après la loi des XII tables, ne pouvait être mis en curatelle comme prodigue que l'ingénu *sui juris* qui, ayant hérité des biens paternels *ab intestat*, les dissipait. S'il avait hérité par testament, il échappait à la rigueur de la loi, de même que l'affranchi qui n'avait pas de biens paternels. Mais la Jurisprudence appliqua peu à peu cette disposition à tous ceux qui dissipaient leurs biens, quelle qu'en fût l'origine ¹³. Le curateur est nommé par le Préteur ; mais si un père a désigné la personne qu'il désire pour curateur à son fils, le Préteur doit avoir égard à l'expression de cette volonté ¹⁴.

L'interdit, comme le fou, quand il a des intervalles lucides, bien que privé de l'administration de ses biens, n'est pas absolument incapable de contracter. Il peut faire les actes qui lui sont avantageux et engager ainsi les tiers

¹¹ Supra, Livre 4, titre 5, § 3. *de minoribus viginti quinque annis*, n° 122.

¹² Table V, § 7. Ulpian, XII, §§ 1, 2. Gaius, III, 106.

¹³ Ulpian, XII, § 3. Paul, III, 4 A, § 7. Gaius, I, 53, *in fine*.

¹⁴ Tryphoninus. L. 16. D. *de curatoribus furioso*... (27.10).

vis-à-vis de lui ; mais il ne peut pas s'obliger ¹⁵. Du reste la curatelle des prodigues et des fous est gouvernée par les mêmes règles. Aussi prend-elle fin, quand le fou est guéri ou quand le prodigue est relevé de l'interdiction ¹⁶.

Hermogénien donne une énumération assez complète de ceux qui sont placés sous curatelle ¹⁷.

Les règles, relatives à la curatelle des pupilles et à celle des mineurs, reçoivent ici application, sauf les différences qui résultent de l'objet même de la curatelle, et qui par exemple font un véritable administrateur du curateur d'un fou, et ne donnent qu'un droit de conservation au *curator ventri datus* ¹⁸.

¹⁵ Ulpian, L. 6, D. *de verborum oblig.* (45.4). Ulpian, L. 5, § 4. D. *de acquir. vel omitt. hereditate* (29.2).

¹⁶ Ulpian, L. 1, pr. D. *de curatoribus furioso* (27.10).

¹⁷ Hermogénien, L. 1, § 4. D. *de muneribus* (50.4).

¹⁸ Hermogénien, L. 48, D. *de admid. et peric. tutorum* (26.7).

TITRE IX

DE FURTIS

(47.2)

494. Le vol est la soustraction frauduleuse, avec l'intention de se l'approprier, de la chose d'autrui, de son usage ou de sa possession ¹.

Il résulte de cette définition que, pour qu'il y ait vol, il faut la réunion de trois conditions : A. Qu'il y ait déplacement de l'objet. B, que ce déplacement soit fait avec l'intention de voler (*furandi affectus*). C, et malgré le propriétaire ou possesseur.

A. Nous disons d'abord que l'objet doit être déplacé. C'est pourquoi prêter aide ou donner des conseils à l'occasion d'un vol, ne devient un délit que lorsque l'objet a été enlevé ². C'est pourquoi celui qui est entré dans une chambre pour y commettre un vol, n'est pas encore un voleur. Il ne sera pas passible de l'*actio furti*, mais de l'action d'injures ou de violence, s'il s'est introduit par force ³. Le dépositaire qui nie le dépôt ne commet pas un vol, mais s'il intervertit son titre de façon à acquérir la possession de la chose déposée, ou s'il la cache pour se l'approprier, il est un voleur ; comme le créancier qui désintéressé ne rend pas le

¹ Paul (Lib. 39, ad Ed.), L. 1. § 3. D. de furtis (47.2). Paul. *collatio legum Mos. et Rom.*, VII, 5.

² Ulpien (Lib. 37, ad Ed.), L. 53. § 19. D. de furtis (47.2).

³ Ulpien, L. 21. § 7, *eodem*.

gage et le cache ; et comme le mandataire qui, au lieu de restituer les objets qu'il a reçus du mandant, les dissimule pour se les approprier ⁴.

B. Le déplacement doit être fait dans une intention frauduleuse ; car, si quelqu'un enlève une chose en croyant obéir à la volonté du propriétaire ou dans la pensée qu'il donnera son consentement, il est clair que ce fait ne constitue pas un vol ⁵. Il en est de même de celui qui s'approprie un objet qu'il croit abandonné, parce qu'il y a absence d'intention frauduleuse ; et de celui qui soustrait frauduleusement une chose sans maître, parce qu'il n'y a pas de vol, quand il n'y a personne qui en soit victime ⁶. Celui qui, croyant mort un homme parfaitement vivant, s'empare à titre d'héritier de choses lui appartenant, ne commet pas un vol ⁷ ; de même que n'est pas passible de l'*actio furti* celui qui détruit un testament, non pour en profiter lui-même, mais pour causer un tort à quelqu'un ⁸. Sont coupables de vol le créancier qui se sert du gage et celui qui, ayant reçu une chose pour s'en servir, la prête à un autre ⁹.

C. La soustraction doit être faite malgré le propriétaire de la chose, car il ne peut pas y avoir vol, quand il y a consentement du propriétaire ¹⁰. Mais si le propriétaire n'agit pas, est-il présumé consentir ? Celui, qui sait qu'une chose lui est soustraite et qui ne s'y oppose pas, n'en aura

⁴ Celse. L. 69. pr. Paul. L. 1, § 2. Ulprien. L. 53, § 7. D. *de furtis* (47.2). Papinien. L. 33, D. *mandati* (17.4).

⁵ Ulprien. L. 49, § 3, L. 47, § 7. L. 52, § 20, D. *de furtis* (47.2).

⁶ Ulprien, L. 44, §§ 4 et sq.. D. *de furtis* (47.2). Voyez Ulprien, L. 44, § 4. *eodem*.

⁷ Neratius. L. 85. pr.. D. *de furtis* (47.2).

⁸ Ulprien, L. 41, § 1. D. *ad legem Aquilianam* (9.2). Voyez cependant Ulprien, L. 27 à 31. D. *de furtis* (47.2).

⁹ Gaius (Lib. 13. ad Ed. prov.), L. 56, pr., § 1, D. *de furtis* (47.2).

¹⁰ Ulprien. L. 49, § 2, D. *de furtis* (47.2).

pas moins l'action de vol, parce qu'il peut avoir eu un motif grave pour s'abstenir, comme l'affranchi qui est empêché d'agir par le respect qu'il doit à son patron ¹¹. Mais si la volonté du propriétaire a consenti en cédant à une violence exercée sur lui, il peut avoir à son service une autre action que celle de vol, mais il ne pourra pas user de l'*actio furti* ¹². En effet, celui qui me prend violemment une chose, me la vole; mais celui qui me force à vouloir, ne me soustrait rien contre ma volonté, car ma volonté contrainte n'est pas moins ma volonté; il sera passible de l'*actio quod vi ou metus causâ*, mais non de l'*actio furti*. Il en est de même de celui qui vend la chose d'autrui; il ne vole pas l'argent que lui donne l'acheteur, à qui il a persuadé qu'il était propriétaire; comme de l'esclave ou du fils de famille qui emprunte de l'argent en se donnant l'un pour un homme libre, l'autre pour un *pater*; ils ne font qu'affirmer une qualité qu'ils n'ont pas ¹³.

Mais il en serait autrement si, par une substitution de personnes, on amenait quelqu'un à remettre de l'argent à un individu insolvable ou à un faux mandataire, pour ensuite partager avec lui. On serait alors tenu de l'*actio furti* ¹⁴. Se rend coupable de vol le débiteur qui vend la chose par lui donnée en gage à son créancier ¹⁵; de même que celui qui, recevant de l'argent d'un débiteur pour payer son créancier dont il est débiteur lui-même, le paie en son propre nom ¹⁶.

495. Dans les premiers temps, toute chose dont quelqu'un s'était frauduleusement emparé, pouvait donner lieu à l'action de vol. Sabinus cite le cas d'un colon qui fut

¹¹ Labéon, L. 93, D. de furtis (47.2).

¹² Ulpien, L. 14, § 12, D. quod metus causâ (4.2).

¹³ Ulpien, L. 53, § 17, 15, D. de furtis (47.2).

¹⁴ Ulpien, L. 53, § 21, Papinien, L. 82, § 6, D. de furtis (47.2).

¹⁵ Paul, L. 68, pr. D. de furtis (47.2).

¹⁶ Ulpien, L. 53, § 16, D. de furtis (47.2).

condamné pour avoir vendu un fonds de terre dont il était fermier ¹⁷. On pouvait donc se rendre coupable de vol en dépouillant un propriétaire de son champ, de sa maison. Mais les Proculéiens, recherchant l'étymologie du mot *furtum*, l'ont fait venir de *ferendo* ou *auferendo*, ce qui implique l'idée de déplacement. Cette opinion prévalut et on n'admet que les choses mobilières pouvant être l'objet du vol. Ce qui fait dire à Ulpien qu'on ne peut pas intenter l'*actio furti* à l'occasion d'un fonds de terre ; mais qu'on le peut lorsqu'il s'agit des arbres, des pierres, du sable, de la craie, des fruits enlevés frauduleusement d'un fonds ¹⁸. Il n'y a donc que la soustraction frauduleuse des choses mobilières qui puisse constituer un vol ¹⁹.

496. Il résulte de la définition du vol, donnée ci-dessus, que l'usage ou la possession d'une chose peut aussi bien que cette chose elle-même, être l'objet d'un vol.

Il est admis en effet que le créancier qui se sert du gage, se rend coupable de vol ²⁰ ; qu'un foulon ou un tailleur, qui a reçu des effets pour les nettoyer ou les réparer, commet un vol lorsqu'il les emploie à son usage personnel ²¹ ; qu'un commodataire est passible de l'action de vol, lorsqu'il emploie la chose prêtée à un autre usage que celui convenu ²². L'usufruitier d'une chose frauduleusement soustraite par son propriétaire a contre lui l'*actio furti usufructuario* ²³.

Il en est de même de la possession. Le débiteur, qui donne un objet en gage et le dérobe est tenu de l'*actio furti* comme s'il le vendait ²⁴. Un fonds a été loué, sous la

¹⁷ Aulu-Gelle. XI, 18.

¹⁸ Ulpien, L. 25, pr., § 2. Alfenuus. L. 59, D. *de furtis* (47.2).

¹⁹ Gaius, II, 51.

²⁰ Gaius (Lib. 13, ad Ed., prov.). L. 56, pr. D. *de furtis* (47.2).

²¹ Paul. L. 84, pr. D. *de furtis* (47.2).

²² Ulpien. L. 5, § 8, *commodati* (13.6).

²³ Paul, L. 15, § 1, D. *de furtis* (47.2).

²⁴ Ulpien, L. 19, § 5. Paul, L. 68, pr. D. *de furtis* (47.2).

condition que les fruits serviraient de gage pour le fermage. Si le fermier les cache ou les vend à quelqu'un qui les emporte, il commet un vol ; comme le propriétaire qui vend une chose et la dérobe à son acheteur ²⁵.

497. Un impubère ne peut être passible de l'action de vol que s'il est près de la puberté ²⁶. Et un tuteur, qui soustrait frauduleusement des choses appartenant au mineur, ne sera pas reçu à opposer à l'action de vol le droit qu'il a d'administrer. Il en est de même d'un *curateur* ²⁷.

§ 1. De furti actionibus.

498. Il y a deux espèces de vol : *furtum manifestum*, *furtum nec manifestum*, dont la poursuite s'exerce par l'*actio furti*.

L. 1. Si quis furtum fecisse aut cujus ope consilio furtum factum fuisse dicetur, quanti eam rem parret esse quæ furto ablata fuisse dicetur, ejus in quadruplum si furtum manifestum fuerit, aut si nec manifestum in duplum, adversus eum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 37, ad Ed.) L. 54, pr. et § 1, D. de furtis (47.2). Gaius, III, 189. Plaute, *Curculio*, 5, 2. Paul, II, 32, 10.

Si une personne est dite avoir commis un vol, ou seule ou avec le secours ou le conseil de quelqu'un, je donnerai action contre elle au quadruple de la valeur de la chose qu'on dit avoir été volée, si le vol est manifeste, et au double s'il s'agit d'un vol simple.

Il y a *furtum manifestum*, lorsque le voleur a été surpris en flagrant délit, c'est-à-dire au moment même ou sur le

²⁵ Africanus, L. 63, § 8, D. de furtis (47.2). Paul, L. 20, § 1, D. eodem.

²⁶ Ulpien, L. 23, Paul, L. 24, D. de furtis (47.2). Gaius, L. 111, pr. D. de Reg. Jur. (50.17).

²⁷ Ulpien, L. 33, D. de furtis (47.2).

lieu où le vol est commis, ou avant qu'il soit parvenu à l'endroit où il cherche à déposer le produit de son méfait. Toute autre espèce de vol est *nec manifestum* ¹, ou plutôt, comme le dit Paul (Coll. leg. Mos. et Rom. tit. 7 ch. 5) : *Nec manifestum est fur qui in rapiendo quidem comprehensus non est, sed eum fecisse negari non potest.*

D'après la loi des XII tables, le voleur, qui s'introduisait la nuit, pouvait être tué; mais on ne pouvait tuer le voleur surpris le jour que s'il se défendait avec une arme ².

Elle punissait ainsi le vol manifeste. L'homme libre, coupable, était battu de verges et adjugé à celui qu'il avait volé. L'esclave était également battu de verges, mais précipité de la Roche Tarpéienne. Quant aux impubères, ils étaient battus de verges *Prætoris arbitrato* et condamnés à réparer le dommage causé ³. Cette sévérité excessive eut le sort de tous les excès; le Préteur finit par remplacer une telle pénalité par une peine pécuniaire égale au quadruple de la valeur de l'objet volé ⁴. Quant au *furtum nec manifestum*, la loi des XII tables condamnait le coupable au double de la valeur de l'objet volé, peine conservée par le Préteur ⁵, à moins que les circonstances dans lesquelles le vol est découvert, n'en augmentent la gravité, ainsi que nous le verrons.

Les deux actions : *actio furti manifesti* et *actio furti nec manifesti* sont perpétuelles et ont pour conséquence l'infamie du coupable ⁶.

L'Édit offre l'action non seulement contre le voleur,

¹ Aulu-Gelle, XI, 48. Gaius, III, 484. Paul, II, 31, § 2. Ulpien, I, 3, § 7. Paul, L. 4. 6. Gaius, L. 8, D. h. t.

² Table VIII, § 13. Gaius (Lib. 13, ad Ed. prov.), L. 56, § 2. D. h. t.

³ Table VIII, § 14. Aulu-Gelle, XI, 48. Gaius, III, 489.

⁴ Ulpien, L. 51, pr. D. h. t.

⁵ Table VIII, § 16. Gaius, III, 490.

⁶ Gaius, IV, 111.

mais contre son complice *vicersus tam casus que et consilio furtum factum fuisse*. c'est-à-dire contre celui qui a donné au voleur aide et conseil.

Si quelqu'un a aidé un voleur dans l'accomplissement du vol, il y a là un fait matériel qui rend la complicité évidente; et il ne peut y avoir à cet égard aucune difficulté. Mais il n'en est pas de même, s'il s'agit de simples conseils. Dans quels cas des conseils entraîneront-ils pour celui qui les a donnés la complicité du délit?

Celui qui persuade l'agent, qui l'excite à commettre le vol et lui en indique les moyens (*instruit*) toutefois sans lui fournir aucun aide, le conseille sans doute; mais cela suffit-il pour le constituer complice? Non, répond Ulpien⁷. Pourtant il peut arriver que le conseil devienne une assistance telle que la complicité en résulte nécessairement: Si par exemple on persuade à un esclave de fuir pour le faire prendre par un autre personne, il n'y a pas seulement conseil, mais aide formel, qui rendra complice du voleur celui qui a conseillé l'esclave⁸.

Il est certain d'un autre côté que, tant que le vol reste à l'état de projet, il n'y a pas de délit, pas plus de la part de celui qui combine le vol que de la part de celui qui le conseille; parce que, pour qu'il y ait vol, il faut qu'il y ait *contractatio*⁹. La complicité naîtra donc de l'accomplissement du vol, et dans le cas où celui qui a conseillé le voleur a eu le sentiment que son avis devait contribuer au succès de l'entreprise¹⁰.

L'auteur d'un vol n'est pas toujours tenu de l'*actio furti*. Nous avons vu que par respect pour le mariage la femme qui soustrait des choses appartenant à son mari est passi-

⁷ Ulpien, l. 36, pr.; l. 31, § 3, D. h. t.

⁸ Ulpien, l. 36, pr. D. h. t.

⁹ Ulpien, l. 33, § 19, D. h. t.

¹⁰ Paul, l. 33, § 1, D. *de verb. sign.* (50.16).

ble de l'*actio rerum amotarum* et non de l'*actio furti*, dont serait tenu son complice ¹¹. Il en est de même, mais pour un autre motif d'un fils ou d'un esclave qui vole son père ou maître. Il y a bien vol et le complice serait passible de l'action, mais le fils ou l'esclave forme une même personne juridique avec le père ou le maître, dès lors aucune obligation et par suite aucune action ne peuvent naître des rapports qui peuvent s'établir entre eux ¹². Toutefois l'émancipation du fils ou l'affranchissement de l'esclave ne leur permettrait pas, par respect pour la puissance paternelle et dominicale, d'intenter contre le père ou patron l'action infamante de vol (*famosa actio* ¹³).

FORMULE

Judex esto. Si paret ope consilio Nⁱ Nⁱ A^o A^o furtum factum esse patere aureæ, quam ob rem eum pro fure damnum decidere oportet (oporteret si civis romanus esset) quanti eam rem paret esse, tanta pecuniæ quadrupli, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

499. Les circonstances, dans lesquelles le vol avait été commis ou découvert, ont amené le Préteur à créer quatre autres actions : *Actio furti concepti*, *actio furti oblatis*, *actio furti prohibiti*, *actio furti non exhibiti* ¹⁴.

500. *Actio furti concepti* :

L. 2. Si apud aliquem, testibus presentis, furtiva res quæsitâ et concepta sit, adversus eum in triplum actionem dabo.

Gaius, III, 191. Inst. J. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur, § 4 (4.1). Aulu-Gelle, XI, 18.

Si une chose volée a été cherchée et découverte chez quelqu'un, je donnerai contre lui action au triple.

¹¹ Suprà, Titre, 7, § 4, n^o 445. Conf. Ulpien, L. 52, pr., §§ 1 à 3, D. h. t.

¹² Paul. L. 16. Ulpien, L. 17, pr. D. h. t.

¹³ Ulpien. L. 5, § 1. de obsequiis parentibus et patronis præstandis (37.15).

¹⁴ Gaius, III, 191, 192. Inst. J. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur. § 4 (4.1). Gaius, L. 2, D. h. t.

L'*actio furti concepti* est donnée, lorsque l'objet volé est cherché et trouvé en présence de témoins. Que celui, chez qui cette perquisition suivie de succès a lieu, soit ou non le voleur, il est tenu de l'action ¹⁶. La recherche se fait *per lancem liciumque* ¹⁶; et, si l'objet volé est trouvé, l'action est donnée au triple. C'est une disposition de la loi des XII tables conservée par l'Édit ¹⁷.

FORMULE

Judex esto. Si paret pateram auream, q. d. a., quæ A° A° furto abesse dicitur, penes N^m N^m conceptam esse, quanti ea res est, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A° A° in triplum c. s. n. p. a.

501. *Actio furti oblati* :

L. 3. Si quis rem furtivam alteri obtulerit ea mente ut apud illum potius quàm apud se conciperetur; eaque res apud eum, cui oblata fuit, concepta fuerit; ei, cui oblata fuit, adversus eum qui obtulisse dicitur, in triplum actionem dabo.

Gaius, III, 187. Inst. J. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur, § 4 (4.1).

Si quelqu'un a offert à une autre personne une chose volée, dans la pensée qu'on découvre cette chose plutôt chez elle que chez lui; et que la chose soit découverte chez celui à qui elle a été offerte, je donnerai action au triple à celui à qui elle a été offerte contre celui qui est dit l'avoir offerte.

Lorsqu'on trouve chez une personne une chose volée qu'une autre personne lui a offerte dans la pensée qu'on trouve cette chose chez celui à qui on l'offre, il y a *furtum oblatum*; et l'action donnée est au triple, ainsi que l'avait déjà décidé la loi des XII tables. Celui qui voulait faire les recherches devait, avant de commencer la perquisition, dire ce qu'il entendait découvrir et désigner la chose par son nom et son espèce. Il pouvait être tenu de l'action de

¹⁶ Gaius, III, 186. Inst. J. eodem.

¹⁶ Gaius. III. 192, 193. XII Tables, table VIII, § 15.

¹⁷ Gaius. III. 191.

la loi *Aquila*, en cas d'insuccès ou s'il causait quelque dommage ¹⁸.

FORMULE

Judex esto. Si paret pateram auream, q. d. a., quæ Titio furto abesse dicitur, a N° N° A° A° oblatam et apud A^m A^m conceptam esse, quanti ea res est, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A° A° in triplum c. s. n. p. a.

502. *Actio furti prohibiti.*

L. 4. Si apud aliquem, qui testibus præsentibus quærere volentem prohibuerit, res furtiva concepta fuerit, adversus eum qui prohibuerit in quadruplum actionem dabo.

Gaius, III, 192. Inst. J. de oblig. quæ ex delicto nascuntur, § 4 (4.1).

Si une chose volée a été découverte chez quelqu'un qui, en présence de témoins, s'est opposé aux recherches qu'on voulait faire, je donnerai contre lui action au quadruple.

La loi des XII tables n'édicte pas de peine à l'égard du *furtum prohibitum*, mais elle ordonnait les recherches solennelles par *lancem liciumque*, et, si l'objet volé était trouvé chez celui qui s'était opposé à la perquisition, il était condamné pour vol manifeste ¹⁹. Les recherches par *lancem liciumque* furent abrogées par la loi *Æbutia* ²⁰, en même temps que les *legis actiones* (520. U. C.); mais le Préteur par cet Édite ordonne la perquisition et édicte la peine du quadruple.

FORMULE

Judex esto. Si paret A^m A^m a N° N° prohibitum esse quominus pateram auream, quam A° A° furto sibi abesse dicit, in ædibus Nⁱ Nⁱ, testibus præsentibus, quæreret, quanti ea res est, tantæ pecuniæ quadrupli, Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

¹⁸ Paul, II, 31, § 22, 23.

¹⁹ Gaius, III, 192.

²⁰ Aulu-Gelle, XVI, 10.

503. *Actio furti non exhibiti.*

L. 5. Si, testibus presentibus rem furtivam conceptam fuisse dicetur apud aliquem, qui, invito iudicis arbitratu²¹, exhiberi noluerit, adversus eum in quadruplum actionem dabo.

Inst. J. de actionibus quæ ex contractu nascuntur § 4 (4.1).

S'il est dit qu'une chose volée a été trouvée en présence de témoins chez quelqu'un qui, malgré la décision du Juge, n'a pas voulu l'exhiber, je donnerai contre lui action au quadruple.

On ne trouve nulle part dans les sources le chiffre de la condamnation prononcée par cet Édît; mais l'analogie autorise à admettre que l'action devait être donnée au quadruple. Si celui qui a empêché les recherches et chez qui on a trouvé l'objet est considéré comme s'étant rendu coupable d'un vol manifeste, ne doit-il pas en être à plus forte raison de celui qui désobéit à l'ordre du Juge lui ordonnant d'exhiber l'objet volé et chez qui on le trouve²².

FORMULE

Judex esto. Si paret pateram auream furtivam, q. d. a., in ædibus Ni Ni testibus presentibus quæsitam et inventam neque a N° N° A° A° exhibitam, quanti ea res erit, tantæ pecuniæ « quadrupli, » Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

504. Ces actions sont pénales. Mais la victime du vol peut ne pas les demander. Il a à sa disposition les actions qui tendent à lui faire recouvrer la chose : l'*actio ad exhibendum*, ainsi que nous venons de le voir ; la *rei vindictio* comme propriétaire, dont il peut se servir, à condition que le voleur soit en possession de l'objet volé ; et la *condictio furtiva*, pour laquelle nous renvoyons à ce que nous avons dit ci-dessus²³.

²¹ Voir supra, la formule *ad exhibendum*, n° 237.

²² Voir Paul, II, 31.

²³ Supra, n° 292.

Lorsque la personne volée à intenté une des actions tendant au recouvrement de la chose, elle s'est interdit par ce choix le droit de recourir aux autres. Ces actions, ayant le même but, s'excluent l'une l'autre. Mais l'exercice d'une de ces actions n'empêche pas d'intenter encore l'*actio furti*, puisqu'elle est pénale.

504 bis. N. B. La recherche de l'objet volé *per lancem licinamque* paraît avoir été, dans les temps préhistoriques, une institution commune aux peuples de race aryenne²⁴. Comment la tradition s'en est-elle conservé jusqu'au temps de Gaius qui s'en moque²⁵? on l'ignore, et on n'a aucun renseignement précis sur elle; aussi est-il impossible de l'expliquer autrement que par des hypothèses.

Il ne faut pas s'arrêter à l'idée que la nudité fut un moyen de s'assurer que le chercheur n'introduirait pas dans la maison l'objet volé ou prétendu tel; et que le plat (ou écuelle), embarrassant sa main, était une précaution du même genre. Ce n'est pas à des considérations d'un ordre aussi misérable que les institutions doivent leur naissance.

La Cité fut une confédération de *Gentes*, de Curies, de Tribus, qui respecta toujours l'indépendance des groupes dont elle était formée. Si la femme, les enfants, ne comparaissent pas devant le Tribunal de la Cité, c'est qu'il y a dans la famille la Justice du *Pater*²⁶. La demeure d'un citoyen est inviolable²⁷. Pourtant, si le citoyen a volé et

²⁴ Jhering. *L'esprit du Droit romain*, trad. de Meulenaere, II. 153. note 213.

²⁵ Gaius. III. 193 : *Lex tota ridicula*.

²⁶ *Sen.-cons. des Bacchanales*. Tite-Live, XXXIX, 8. Valère-Maxime. V, 8. 5. C'est comme *pater* et non comme consul que Brutus fit frapper de la hache ses fils coupables d'avoir conspiré le retour de Tarquin.

²⁷ Suprà, no 32.

ainsi violé la loi, peut-il encore s'abriter sous son égide. Il est difficile de refuser à sa victime d'aller, à ses risques et périls, chercher l'objet qui lui appartient dans la maison où il affirme qu'il est caché. Mais, s'il ne s'y trouve pas, il y aura eu violation de domicile, ce qui était un sacrilège aux yeux des anciens.

A-t-on voulu rendre la tentative presque impossible, en exigeant que le volé se présentât dans un état de nudité complète, sauf, par décence, le tablier de cuir ou de toile ? Ou bien peut-on admettre que, quand un homme s'est dépouillé de tout vêtement, il a comme perdu son individualité, et que dès lors le domicile de son adversaire ne serait pas réellement violé par un citoyen ? Quant au plat, au lieu d'être dans la main du chercheur un embarras, ne devait-il pas plutôt dans l'origine contenir la somme représentant l'indemnité que le chercheur devait payer au propriétaire, dans le cas où ses recherches seraient infructueuses ?

Du reste, le fait que les Romains sont le seul peuple de l'antiquité historique qui ait conservé cette singulière institution, ce fait est une nouvelle lumière jetée sur leur caractère défiant. Ils n'ont vu là probablement que l'impossibilité pour le chercheur d'introduire frauduleusement dans la maison l'objet volé ; et cela a dû leur suffire. Leur grossièreté n'a pas été choquée du spectacle que cela donnait. Mais on comprend que les Jurisconsultes aient pensé autrement et aient fait justice d'un tel procédé.

§ 2. De tigno juncto.

505. Pour empêcher la destruction des bâtiments et favoriser la culture de la vigne, la loi des XII tables avait décidé que le propriétaire de matériaux employés dans

un édifice ou de bois liés aux vignes ne pourrait pas les revendiquer; mais elle lui donnait une action au double contre celui qui les avait ainsi employés à son insu¹. L'Édit sanctionne cette disposition :

L. un. Si quis tignum furtivum
ædibus suis vineæve suæ junxisse
dicetur, adversus eum in duplum
actionem dabo.

Ulpien (Lib. 37, ad Ed.) L. 1,
pr. D. de tigno juncto (47.3).

Si quelqu'un est dit avoir em-
ployé dans la construction de sa
maison ou pour la culture de sa
vigne des matériaux volés, je don-
nerai contre lui action au double.

Par *tignum* on entend tous matériaux (*omnis materia*) employés à la construction d'un bâtiment².

L'Édit, imitant en cela la loi des XII tables, ne distingue pas entre la bonne ou la mauvaise foi du constructeur. Il suffit, pour donner lieu à l'action, que les matériaux n'appartiennent pas à celui qui s'en sert et qu'il les emploie à l'insu de leur propriétaire.

Telle ne paraît pas avoir été la pensée de Rudorf qui, dans la formule transcrite ci-dessous, semble être d'avis que l'action ne peut être donnée que contre celui qui est de mauvaise foi. Or il n'en saurait être ainsi. Il n'y a pas ici à faire une distinction entre la bonne et la mauvaise foi. Les commentateurs de l'Édit ne l'ont pas faite, ni Justinien après eux, parce que cette action n'est pas pénale, mais civile; son but n'est pas de punir le constructeur, mais d'indemniser le propriétaire des matériaux. Si l'action ne concernait que le constructeur de mauvaise foi, une loi spéciale eût été inutile, puisque la loi des XII tables punissait du double l'auteur d'un vol non manifeste. Or, que voulait la loi des XII tables, et que veut l'Édit?

¹ XII Tables, VI. 7, 8.

² Gaius, L. 7, § 40, *in fine*, D. de acquirendo rerum dominio (41.1).
Gaius, L. 62, D. de verb. sign. (50.16).

empêcher la destruction des bâtiments, ce qui ne peut se faire qu'on refusant au propriétaire des matériaux l'*actio ad exhibendum*. Par l'*actio de tigno juncto*, on concilie les intérêts des parties : le constructeur n'est pas obligé de démolir son bâtiment, ce qu'il ne pourrait faire sans de grands frais et un grand dommage, sans parler de l'impossibilité où il serait souvent de représenter les objets ; et celui à qui ils appartiennent paraît suffisamment indemnisé, en recevant le double de leur valeur ³. Cette théorie n'est pas contredite par les mots *tignum FURTIVUM* de la loi des XII tables et conservés dans l'Édit parce qu'une chose, employée par un tiers qui n'en a pas le droit est dite *furtiva*, tant qu'elle n'est pas rentrée dans les mains de son propriétaire.

Toutefois cette disposition a bien quelque chose d'anormal, puisque le constructeur de mauvaise foi est mis au bénéfice du constructeur de bonne foi ; et on ne peut l'expliquer que par la pensée du législateur de conserver les édifices. Pourtant, si telle a été la préoccupation de la Jurisprudence dans les temps primitifs, à l'époque de la formation de la société romaine ; et si l'Édit a conservé cette disposition par respect pour le vieux droit civil, il semble qu'au temps où nous sommes, ce n'est pas par l'action *de tigno juncto* que le propriétaire des matériaux pourrait poursuivre le constructeur qui les aurait volés ou les aurait employés sachant qu'ils étaient le fruit d'un vol. Ulpien dit très nettement qu'on ne doit pas ménager celui qui a sciemment incorporé à son édifice les matériaux d'autrui, et qu'on donne contre lui l'*actio ad exhibendum*. Mais comme cette action ne peut être intentée que contre le possesseur et que ce constructeur ne possède plus les

³ Gaius, L. 23, § 6. D. *de rei vindicatione* (6.1). Gaius, L. 7, § 10. D. *de acquirendo rerum dominio* (41.1).

matériaux, puisqu'ils ont cessé d'exister par le fait de leur incorporation, Ulpien a soin d'ajouter qu'on ne le poursuit pas comme possesseur (*non convenimus eum quasi possidentem*), mais comme ayant par dol cessé de posséder (*sed quasi dolo malo fecerit quominus possideat*⁴). Et Ulpien ajoute encore que, lors même qu'on aurait intenté contre le constructeur de mauvaise foi l'action *de tigno juncto*, on aurait encore contre lui la *rei vindicatio*⁵, ce qui, dans ce cas, donne à notre action un caractère pénal. Il en est du reste ainsi de celui qui a par dol cessé de posséder une chose qui lui a été confiée, et contre qui on donne une *utilis rei vindicatio*.

Si, dans le cas ordinaire, le propriétaire des matériaux ne peut intenter que notre action, parce qu'il est censé ne plus être propriétaire de choses qui ont perdu leur individualité, son droit de propriété, qui a sommeillé pendant que l'édifice était debout, se réveille dès qu'il est démoli. Il peut alors intenter l'action *ad exhibendum* et revendiquer ces choses.

Enfin nous avons dit qu'une condition essentielle du droit d'intenter cette action, c'est que les matériaux aient été employés à l'insu du propriétaire. C'est pour cela que Paul refuse à la femme, dont les matériaux ont été incorporés dans le bâtiment du mari, le droit d'intenter l'*actio de tigno juncto*, parce qu'il suppose qu'elle a consenti. Elle n'aura que le droit de les revendiquer, lorsqu'ils seront séparés de l'édifice⁶.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m tignum furtivum, q. d. a., ædibus suis

⁴ Ulpien, L. 1. § 2, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 2, D. h. t.

⁶ Paul, L. 63. D. *de donationibus inter virum et uxorem* (24. 1).

(vineæ suæ).....⁷ junxisse, quanti ea res est, tanta pecuniæ dupli N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

N. B. Cette action, créée en dehors des principes et dans un but spécial, ne peut donner lieu qu'à une interprétation confuse. Il ne faut pas chercher là la logique sévère qui caractérise à un si haut degré les institutions romaines.

§ 3. De furto a servo qui liber esse jussus erit.

L. un. Si is, qui testamento liber esse jussus erit, post mortem domini, ante aditam hereditatem, dolo malo subripuisse aut corrupisse quid dicetur, quominus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret, adversus eum, intra annum quo primum agendi potestas erit, in duplum actionem dabo.

Ulpien (Lib. 38, ad Ed.) L. 1, pr. D. h. t.

Si celui, qui a reçu la liberté par testament, est dit avoir, après la mort du maître et avant l'adition d'hérédité, enlevé ou détruit des choses dans les biens du défunt pour qu'elles ne parviennent pas à l'héritier, je donnerai contre lui l'action au double dans l'année comptée depuis le moment où l'on a pu agir.

506. Le droit civil ne contient aucune disposition sévissant contre un esclave qui, affranchi par le testament de son maître, vole ou détruit des choses de l'hérédité dans l'intervalle qui s'écoule entre le décès du *de cuius* et l'adition par l'héritier. Il ne peut être puni ni comme esclave, puisqu'il a la perspective certaine de la liberté (*spes imminentis libertatis*) ; ni comme homme libre, puisqu'il ne l'est pas encore et que le délit est commis contre l'hérédité de son maître. C'est pour combler cette lacune que le Préteur a introduit l'action qui nous occupe ¹. Elle

⁷ Rudorf dit ici : *scientem dolo malo*.

¹ Ulpien, L. 1, § 1, D. h. t.

a par cela même le caractère soit de l'*actio furti* lorsque quelque objet de l'hérédité a été soustrait, soit de l'*actio legis Aquiliae*, lorsque quelque dommage a été causé à l'hérédité².

507. Il résulte des termes de l'Édit que cinq conditions sont nécessaires pour la mise en œuvre de l'action : 1° Que le vol ou le dommage ait eu pour objet des choses de l'hérédité ; 2° que ce délit ait été commis par un esclave du *de cuius* qui, après l'adition de l'hérédité, doit être libre ou passer sous la puissance d'un maître autre que l'héritier ; 3° que le vol ou le dommage ait eu lieu par le dol ou la faute lourde de l'agent ; 4° qu'il ait eu lieu pendant que l'hérédité était jacente ; 5° que l'héritier n'ait pas un autre moyen de recouvrer ce qu'il a perdu.

1° Par choses héréditaires, il ne faut pas entendre seulement celles qui ont appartenu au défunt, mais encore celles pour lesquelles l'héritier a le plus grand intérêt à ce qu'elles ne soient ni ravies, ni détruites. Ainsi l'action est donnée dans le cas où l'esclave aurait dérobé un objet donné en gage ou prêté au défunt, ou appartenant à autrui et possédé par lui de bonne foi. L'action en un mot est donnée dans tous les cas où on agirait par l'*actio furti*, s'il s'agissait d'un homme libre, et pour tout ce que l'héritier a intérêt à trouver dans la succession, tels que les fruits perçus, les enfants des esclaves, les portées des animaux. Il en serait de même si un impubère avait acquis une chose depuis la mort de son père et qu'elle fut ravie avant que l'hérédité de l'impubère fut acceptée³.

2° Si la liberté est donnée à l'esclave sous condition, l'action ne peut pas avoir lieu, parce que l'agent est esclave et doit être puni comme tel ; mais s'il acquiert la liberté par l'avènement de la condition, l'action sera alors don-

² Ulpien. L. 1. § 44. D. h. t.

³ Ulpien. L. 1, §§ 10. 11. 12. 13. D. h. t.

née ⁴. Que si la liberté a été accordée par fidéicommiss, le délit commis par l'esclave n'autorise pas le refus de la liberté. S'il a administré, il doit rendre compte; et s'il a commis des actes prévus par l'Édit, l'action est donnée contre lui ⁵.

3° Pour que cet esclave affranchi puisse être poursuivi en vertu de l'Édit, il faut qu'il ait agi par dol ou qu'il se soit rendu coupable d'une faute lourde. Si donc il commet quelque dommage sans dol, il sera simplement tenu de la loi *Aquiliana* ⁶.

4° Le délit doit avoir été commis pendant que l'hérédité était jacente, c'est-à-dire après le décès du *de cuius* et avant l'adition de l'hérédité. Si donc le dommage a été causé sans fraude ou avec fraude, mais du vivant du maître, l'action n'a pas lieu. Elle n'a pas lieu non plus si le délit, bien que commis après la mort du maître, l'a été après l'adition, parce qu'alors c'est un homme libre qui doit être poursuivi ⁷. Il en est encore ainsi dans le cas où, avant qu'il fut libre, l'esclave a dérobé ou détérioré quelque chose et que son maître l'a ignoré. Après la liberté acquise, le maître n'obtiendra aucune action ⁸.

5° Il faut enfin que l'héritier n'ait pas d'autre moyen d'obtenir réparation, parce que l'action tend à faire condamner le coupable à indemniser l'héritier de l'intérêt qu'il avait à ce que le délit ne fut pas commis; si donc il peut atteindre à ce résultat par une autre action, on lui refuse celle-ci qui est essentiellement une exception ⁹.

508. Cette action, qui est pénale, n'est pas un obstacle

⁴ Ulpien, L. 1, §§ 3. 4; L. 3, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 1, § 7, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 1, § 2, D. h. t. Paul (Lib. 39, ad Ed.). L. 48, D. *ad legem Aquilianam* (9.2).

⁷ Ulpien, L. 1, §§ 2. 8, D. h. t.

⁸ Gaius (Lib. 13, ad Ed., prov.). L. 2, D. h. t.

⁹ Ulpien, L. 1, § 16, D. h. t.

§ 4. D. FURTI ADVERSUS NAUTAS, CAPONES,.... (47.5). 507

à l'exercice de la *rei vindicatio*, puisqu'elle a été introduite à l'imitation de l'*actio furti*. Elle compète à l'héritier et autres successeurs du défunt. Et si plusieurs esclaves, à qui la liberté est donnée, commettent par dol un délit contre l'hérédité, ils seront poursuivis solidairement au double, et, à l'exemple de ce qui a lieu pour l'*actio furti*, la poursuite contre l'un d'eux et le paiement fait par lui ne libéreront pas les autres ¹⁰.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m in hoc anno, cum A^o A^o experiundi potestas esset, rem illam, quæ in bonis Titi tum fuit, post mortem ejus, ante aditam hereditatem, subripuisse (amovisse, corrupisse) dolo malo, quanti ea res est tantæ pecuniæ in duplum, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 4. Furti adversus nautas, copones, Stabularios ¹.

L. un. In eos qui, naves, cauponas, stabula exercebunt, si quid à quoquo eorum, quosve ibi habebunt, furtum factum fuisse dicetur, sive furtum ope, consilio exercitoris factum fuerit, sive eorum cujus qui navis navigandæ, cauponæ aut stabuli exercendi causâ ibidem erunt, in duplum judicium dabo.

Ulpien (Lib. 38, ad Ed.) L. 1, pr., §§ 1, 2, D. h. t.

Je donnerai action au double contre ceux qui exploitent navires, cabarets, étables, s'il est dit que quelque chose a été volé par quelqu'un d'entre eux ou par ceux qu'ils auront à leur service, soit que le vol ait été commis avec le secours ou d'après le conseil du commandant du navire, soit par un de ceux qui sont sur le navire pour la navigation, ou avec le secours ou le conseil du maître de l'auberge ou de l'étable.

509. Il résulte des termes de l'Édit que le batelier,

¹⁰ Ulpien, L. 1, §§ 17, 18, 19, D. h. t.

¹ Voir supra, Titre 5. § 2, *nautæ, copones, stabularii, ut recepta restituant*. t. 1, n^o 155.

l'aubergiste, le logeur d'animaux sont responsables du vol commis ou du dommage causé, au préjudice des voyageurs qui ont déposé des objets dans le bateau, l'auberge ou l'étable, non seulement par eux, mais par ceux qu'ils emploient pour le service des dits bateaux, étables ou auberges; ce qui permet à la personne lésée d'agir d'après le droit civil directement contre le voleur, ou en vertu de l'Édit contre le maître responsable³. Toutefois si le maître du bateau, auberge ou étable a reçu l'objet déposé avec promesse de le rendre intact (*receperit salvum fore*), l'action est donnée non plus au propriétaire de la chose, mais à celui qui s'est chargé du risque⁴.

Si l'auteur du vol ou du dommage est un esclave, le maître (*exercitor*) peut l'abandonner à titre de noxe; si c'est un homme libre, il est solidairement responsable⁴.

L'aubergiste répond non seulement du fait de ceux qu'il emploie, mais de celui des personnes qui demeurent chez lui. Il ne répond pas du fait des voyageurs, car il ne les choisit pas et ne peut pas refuser de recevoir les passants. C'est pour cela qu'il répond de ceux qui sont chez lui à demeure; n'ayant pas refusé de les recevoir ou ne les ayant pas fait sortir, il les a en quelque sorte choisis. Le maître d'un navire ne répond pas du fait des passagers⁵.

FORMULE

Judex esto. Si paret a quoquo eorum quos N^o N^o, cum navem (cauponam, stabulum) exerceret, navigandi causâ (cauponæ exercendæ causâ) ibi habebat, A^o A^o (Titio) ⁶furtum factum esse rei illius, quanti ea res est, tantæ pecuniæ dupli N^{um} N^{um} A^o A^o c. s. n. p. a.

³ Ulpien, L. 1, § 3. 6. D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 1, § 4. D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 1, § 5. D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 1, § 6. D. h. t.

⁶ Pour le cas où le maître ou un employé s'est chargé du risque.

§ 5. **Si familia furtum fecisse dicetur.**

L. un. Si familia furtum fecisse dicetur, ignorante domino, ei arbitrium dabo : aut omnes noxios servos noxæ dedere qui participaverunt furtum, aut tantum præstare quantum si unus liber furtum fecisset.

Ulpien (Lib. 38, ad Ed.) L. 1, pr., §§ 1, 3, D. h. t.

Gaius (Lib. 7, ad Ed., prov.) L. 32, pr. D. *ad legem Aquiliam* (9 2).

Si des esclaves ont commis un vol à l'insu de leur maître, je lui donnerai le choix : ou de livrer à titre de noxe les esclaves qui ont pris part au délit, ou de payer autant que si un homme libre l'avait seul commis.

510. L'Édit s'applique également au cas où, au lieu d'un vol, il s'agit d'un dommage¹.

Pour que le maître puisse bénéficier de la disposition de l'Édit, il faut qu'il ait ignoré le délit, ou que l'ayant su il ait fait tous ses efforts pour l'empêcher; s'il l'a su, il peut être poursuivi personnellement et au nom de chaque esclave par l'action noxale, et il n'est pas libéré par le paiement de la valeur du dommage comme le serait un homme libre (*nec unâ æstimatione, quam homo liber sufferret, defungi poterit*)².

L'action passe aux héritiers de celui qui a souffert du délit; mais ils ne peuvent tous ensemble obtenir que le double de la valeur du dommage causé à leur auteur³.

L'Édit veut empêcher qu'un maître soit ruiné par l'abandon noxal de tous ses esclaves, ou par la nécessité de payer pour chacun d'eux la valeur du litige. Si la condamnation est exécutée par le paiement d'une somme d'ar-

¹ Ulpien, L. 1, § 2, D. h. t.

² Ulpien, L. 1, § 1, D. h. t.

³ Julien, L. 4. Scévola, L. 6, D. h. t.

gent, il ne peut y avoir de difficulté. Mais s'il y a abandon noxal d'esclaves, il faut estimer leur valeur de façon que la victime du délit obtienne le double de la valeur du dommage; et de plus, quand il y a vol, celle de l'objet volé dont elle a le droit de poursuivre la restitution (*non tantum duplicationis sed et condictionis rationem habendam Julianus putat*)⁴. Lorsque les choses ont été ainsi réglées, toutes actions sont éteintes⁵.

FORMULE

Judex esto. Si paret familiam Ni Ni A° A° (Titio cui A° A° hæres est) furtum fecisse pateræ aureæ, quanta pecunia ob eam rem N^m N^m pro fure damnum decidere oporteret, si id furtum unus liber fecisset, tantæ pecuniæ aut noxæ dare, Judex, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

§ 6. **Arborum furtim cæsarum.**

L. un. Si quis arborem furtim cædere, cingere¹, subsecare ausus fuerit, in duplum adversus eum judicium dabo; factâ præterea æstimatione quanti domini intersit non lædi.

Ulpien (Lib. 38, ad Ed.) L. 7.
Paul (Lib. 39, ad Ed.) L. 8, D. h. t.

Si quelqu'un a osé couper, écorcer, trancher furtivement un arbre. je donnerai action au double contre lui, après estimation faite de l'intérêt que le maître avait à ne pas souffrir de dommage.

511. Cet Édît a en vue les arbres et les vignes, qui sont considérées comme des arbres, mais non les roseaux, les lierres, une saussaie², lorsque l'arbre ou le pied de vigne a été coupé, écorcé, tranché³; ainsi celui qui arrache un

⁴ Paul, L. 31. D. de noxalibus actionibus (9.4). Julien. L. 2, D. h. t.

⁵ Ulpien, L. 3. D. h. t.

¹ Paul, L. 5. pr. D. h. t.

² Ulpien, L. 3. Gaius. L. 4, D. h. t.

³ Paul. L. 5. pr. D. h. t.

arbre n'est pas tenu de cette action, mais de l'action de la loi *Aquilia*⁴.

Il faut de plus que l'arbre ait été coupé furtivement, c'est-à-dire clandestinement, c'est-à-dire à l'insu du propriétaire⁵.

Bien que le mot *furtim* soit employé dans l'Édit, ce n'est pas le cas d'assimiler cette action à celle de vol, parce qu'on peut couper des arbres pour causer du dommage et sans intention de vol, ou même par violence et à la connaissance du propriétaire. Dans ces cas on n'est pas tenu de cette action⁶. Cela est si vrai que si quelqu'un a coupé un arbre et l'a déplacé dans l'intention de se l'approprier, il est tenu de l'action de cet édit pour l'avoir coupé, et de l'action de vol et de la *condictio furtiva* et de l'action *ad exhibendum* pour le bois emporté⁷.

Si un arbre pousse ses racines dans le fonds du voisin, celui-ci n'a pas le droit de les couper; s'il le fait, il est tenu de l'action, parce qu'il peut faire décider, comme pour une poutre ou un toit en saillie, que le propriétaire de cet arbre n'a pas le droit d'avoir ses racines dans le fonds voisin⁸.

La cause de cette action est la même que celle de la loi *Aquilia*⁹; en conséquence elle compète à quiconque a éprouvé un dommage par suite d'arbres lui appartenant et furtivement coupés. Ainsi elle n'est pas donnée à l'usufruitier, tandis qu'elle peut être demandée par celui qui tient un fond tributaire (*fundum vectigalem*), qui a aussi l'action pour écarter l'eau de pluie (*aque pluvie arcendæ*) et l'action

⁴ Ulpien, L. 7, § 2, D. h. t.

⁵ Paul, L. 8, § 1, Ulpien, L. 7, pr, D. h. t.

⁶ Ulpien, L. 7, § 1, Paul, L. 8 § 3, D. h. t.

⁷ Paul, L. 8, § 2, D. h. t.

⁸ Pomponius, L. 6, § 2, D. h. t.

⁹ Paul, L. 5, § 1, D. h. t.

en bornage (*finium regundorum*)¹⁰, parce que le premier n'est pas propriétaire et qu'il peut se faire rendre justice par l'*actio confessoria*, et parce que le second, s'il n'a pas le *dominium*, a tout au moins le fonds dans ses biens (*in bonis*).

Celui qui a vendu un champ peut intenter l'action d'arbres furtivement coupés, tant qu'il n'a pas fait la délivrance¹¹. Il n'est plus propriétaire, mais il faut supposer qu'il est responsable; et si le même arbre furtivement coupé appartient à plusieurs personnes, il leur sera payé ensemble une seule et même indemnité¹².

L'action est donnée contre l'auteur du dommage, soit qu'il ait coupé l'arbre de ses propres mains, soit qu'il l'ait fait couper par un esclave, soit qu'il ait ordonné à un homme libre de le faire¹³. Que si l'esclave a commis le délit sans l'ordre de son maître, mais de son propre mouvement, il y a lieu à l'action noxale, comme pour les autres délits commis par les esclaves¹⁴.

Si plusieurs personnes ont coupé le même arbre, elles sont tenues solidairement¹⁵.

Cette action, bien que pénale, est perpétuelle; elle passe aux héritiers et autres successeurs de la victime du délit; mais, en raison de son caractère pénal, elle n'est pas donnée contre l'héritier du coupable¹⁶.

La Loi des XII tables avait prononcé la peine de 25 as pour chaque arbre furtivement coupé¹⁷. L'Édit n'a pas conservé cette pénalité. Il promet la condamnation au dou-

¹⁰ Paul, L. 5, §§ 2, 3. D. h. t.

¹¹ Javolenus, L. 12, D. h. t.

¹² Pomponius, L. 6, § 1, D. h. t.

¹³ Ulpien, L. 7, § 4, D. h. t.

¹⁴ Ulpien, L. 7, § 5, D. h. t.

¹⁵ Pomponius, L. 6, pr. D. h. t.

¹⁶ Ulpien, L. 7, § 7, D. h. t.

¹⁷ XII Tables, VIII, 11.

ble de la valeur du dommage causé¹⁸. Mais nous venons de voir que la personne lésée peut dans certains cas user de diverses actions; elle peut aussi avoir recours aux interdits contre les actes entachés de violence ou de clandestinité; mais il ne peut jamais y avoir cumul des peines. Dès que la juste indemnité est payée, les actions sont éteintes¹⁹.

FORMULE

Judex esto. Si paret arborem, q. d. a., a N° N° furtim cæsam esse, quanti Aⁱ Aⁱ interest id factum non esse, tantæ pecuniæ dupli, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

§ 7. De furto a familiâ Publicanorum.

L. un. Si familia publicanorum furtum fuisse dicetur, item si damnum injuriâ fecerit, et id, ad quos ea res pertinet non exhibetur, in dominos sine noxæ deditioe judicium dabo.

Ulpien (Lib. 38, ad Ed.) L. 12, § 1, D. de publicanis (39.4).

Si des esclaves de publicains sont dits avoir commis un vol ou causé méchamment un dommage, et que le ou les coupables ne soient pas représentés à ceux que cela intéresse, je donnerai action contre leur maître, sans qu'il puisse s'y soustraire en les abandonnant.

512. N. B. Par respect pour l'ordre qu'indiquent les extraits des commentaires de l'Édit, que nous trouvons dans les Pandectes, nous donnons ici la partie de celui que le Préteur avait rendu contre les Publicains, et dont Ulpien a parlé dans son 38^{me} livre. Mais nous avons le texte complet de cet Édit extrait de son 55^{me} livre¹, avec le commentaire qui l'accompagne, ainsi que des extraits

¹⁸ Ulpien, L. 7, § 7. Paul, L. 8. pr. D. h. t.

¹⁹ Paul, L. 14, D. h. t.

¹ Ulpien, L. 1, pr. D. de publicanis (39.4).

de Paul et de Gaius qui l'ont commenté dans les livres 52 et 21 de leurs ouvrages, correspondant précisément, dans l'ordre des matières, au travail d'Ulpien ². Il est donc probable qu'Ulpien n'en a parlé dans son 38^me livre qu'incidemment et à l'occasion des vols, réservant les développements pour l'Édit général, quand le moment serait venu pour lui de s'en occuper. — Ainsi nous ferons ³.

Nous donnons néanmoins la formule de Rudorf.

FORMULE

Judex esto. Si paret familiam Nⁱ Nⁱ A^o A^o furtum (damnum injuriâ) fecisse rei d. q. a., neque eos ad quos ea res pertinet exhibitos esse, quanti ea res est, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A^o A^o in duplum (quadruplum) c. s. n. p. a.

² Paul (Lib. 52. ad Ed.). L. 4. Gaius (Lib. 21. ad Ed.. prov.). L. 2; (ad Ed., *præt. urb.*). L. 5; (Lib. 13. ad Ed.. prov.). L. 13, D. *de publicanis* (39. 4).

³ *Infrà*, t. II, n^o 779.

TITRE X

DE JURE PATRONATUS

513. Les rapports d'intérêt entre le patron et l'affranchi sont réglés par l'Édit à propos des *bonorum possessiones* et du droit de succession ¹.

Ici il ne s'occupe que de ce qui est relatif à l'état des personnes et aux obligations qui en résultent :

Si une personne en servitude, demande judiciairement la reconnaissance de son ingénuité (*ad ingenuitatem proclamata*), c'est un procès de liberté (*liberalis causa*), pour lequel le droit civil donne une action (*legitimam actionem*²).

Si quelqu'un, réclamé comme affranchi, demande judiciairement la reconnaissance de son ingénuité ou nie être l'affranchi du demandeur, ou si les services exigés de l'affranchi sont exorbitants ou excèdent les engagements qu'il a pris, la cause est instruite par le Préteur extraordinairement, ainsi que l'Édit le décide dans les deux §§ suivants :

§ 1. **Si ingenuus esse dicetur.**

L. un. Quoties de hoc contentur an quis libertus sit : sive ope-

Toutes les fois qu'une contestation s'élève sur le point de savoir si

¹ Voir infra, t, II, n° 590 et sq., 633 et sq.

² Inst. J. de *actionibus*. § 13 (4.6). Voir infra. n° 774.

ræ petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in jus vocetur qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat, non ultra quinquennium quàm libertatem amiseric vel instrumenta ingenuitatis suæ reperisse adseveraverit, præjudicium dabo.

Item et quoties qui libertinum quidem se confitetur, libertum ¹ autem actoris se negat, alterutro desiderante, sed actoris partibus semper eo, qui se patronum dicit, fungente, probareque libertum suum necesse habente, præjudicium dabo.

Ulpien (Lib. 38, ad Ed.) L. 6. Saturninus, L. 2, § 1. Papinien, L. 4, D. h. t.

quelqu'un est un affranchi : soit qu'on lui demande des travaux ou des services, soit qu'il veuille appeler en justice celui qui se dit son patron ou intenter contre lui une action infamante, soit qu'aucune discussion d'intérêts n'ait lieu entre eux, je donnerai une action préjudicielle dans les cinq années à compter du moment où la liberté a été perdue, ou bien dès l'instant où il sera déclaré qu'on a retrouvé des actes constatant l'ingénuité.

De même toutes les fois qu'un affranchi avoue sa qualité, mais nie qu'il soit l'affranchi du demandeur, que ce soit l'un ou l'autre qui commence l'instance, je donnerai une action préjudicielle, sur laquelle celui qui se dit patron remplira le rôle de demandeur et aura à prouver que son adversaire est son affranchi.

514. Lorsqu'il s'agit d'une réclamation d'ingénuité, l'Édit impartit un délai de cinq années, au delà duquel l'action est refusée. Ce délai court à partir du jour de la perte de la liberté ou de la découverte d'actes prouvant l'ingénuité. Il y a là un intérêt d'ordre social qui justifie le délai.

Lorsqu'un affranchi nie avoir pour patron celui qui prétend avoir des droits sur lui, c'est une question d'intérêt purement privé, pour la connaissance duquel le Préteur n'avait pas de délai à fixer. Mais l'Édit, tout en offrant l'action à l'un ou à l'autre, décide que celui qui se prétend patron devra prendre le rôle de demandeur dans l'instance et prouver que le défendeur est son affranchi. S'il ne le prouve pas, il est débouté de sa demande (*si non probet, vincitur* ²).

¹ *Libertinus* signifie l'affranchi par rapport à sa condition ; *Libertus* l'affranchi relativement à l'auteur de l'affranchissement.

² Ulpien, L. 6, D. h. t. Ulpien (Lib. 38, ad Ed.), L. 12, D. *de exceptionibus* (44.1).

L'action offerte par l'Édit est préjudicielle. Elle doit donc être instruite et jugée avant tout débat [sur la constatation, s'il y en a une. S'il n'y en a pas (*si nulla causa interveniat*)], elle prend le caractère d'action principale ; et celui, que l'on dit affranchi, peut être admis à prouver son ingénuité ³.

Le principe : *res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest* est applicable ici. Si un affranchi a été déclaré ingénu contradictoirement avec un individu qui se disait son patron, il ne pourra pas opposer ce jugement à son véritable patron ; et cela, même après les cinq ans du jour où cet affranchi a été déclaré ingénu vis-à-vis d'un autre ⁴.

FORMULE

Judex esto. Si paret N^m N^m libertum Aⁱ Aⁱ esse, quanti Aⁱ Aⁱ interest N^m N^m libertum suum esse, tantæ pecuniæ, Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

N. B. Rudorf donne une formule négative, et il s'appuie sur le frag. 14 d'Ulpien *de probationibus* (22,3). De ce fragment il résulte au contraire qu'il ne peut y avoir lieu à une formule négative, puisque la preuve doit toujours être faite par celui qui est constitué demandeur. Rudorf reconnaît du reste que son opinion est combattue par Bethman-Hollweg et Heffter.

§ 2. De operis libertorum.

L. un. Si operæ à patrono, pa- Si des services sont demandés à
tronâ liberisve eorum petantur, ad- leurs affranchis et affranchies par

³ Ulpien, L. 14. D. *de probationibus* (44. 1).

⁴ Marcellus, L. 1. Papinien, L. 3. D. h. t.

versus libertos et libertas de his, qua jure licito imposita sunt, iudicium dabo.

Ulpien (Lib. 38, ad Ed.) L. 2, pr., § 1, D. h. t.

le patron, la patronne ou leurs enfants, je donnerai action contre les affranchis et affranchies pour les services qui sont exigés équitablement.

515. Cet Édît a été inspiré par la pensée de protéger les affranchis contre la dureté et la rapacité de leurs patrons. C'est pour pouvoir apprécier à leur juste valeur les demandes de ceux-ci et pour les restreindre dans ce qu'elles ont d'excessif, qu'il promet de leur donner action contre leurs affranchis ¹.

516. L'obligation *libertatis causâ impositorum* se contracte par caution juratoire et par stipulation ². Mais pour que le serment et la promesse soient valables, il faut que celui qui les fait soit homme libre et que la promesse et le serment aient pour cause la liberté qu'il reçoit; l'engagement doit donc être pris après l'affranchissement. Si l'affranchissement a eu lieu sans qu'aucun service ait été imposé à l'affranchi, il ne peut être obligé à en fournir, quand même il l'aurait fait pendant quelque temps ³. Il doit jurer qu'il fournira son travail (*operas*), qu'il fera un don en général (*donum*) ou un présent (*munus*) à l'occasion de quelque événement, comme à l'occasion de mariages ou de naissances ⁴. Mais la règle est que les services, dons, présents, ne peuvent pas rendre lourde la liberté accordée, la gêner. Dans ce cas l'engagement pris par l'affranchi est non avenu. Ainsi un patron ne peut pas imposer à celui qu'il affranchit l'obligation de s'associer avec lui; la société serait nulle ⁵.

¹ Ulpien, L. 2, pr., § 1, D. h. t.

² Pomponius. L. 3, pr. Ulpien, L. 7, pr., § 1. Gaius (Lib. 14, ad Ed. prov.), L. 22, pr., D. h. t.

³ Ulpien, L. 7, pr., § 2. Modestin, L. 31. D. h. t.

⁴ Ulpien, L. 7, § 3, D. h. t. Ulpien (Lib. 43, ad Ed.), L. 194. D. de verb. sign. (50.16).

⁵ Modestin, L. 32. Ulpien, L. 36. Paul. L. 39, pr., § 1, D. h. t.

Toutefois cette règle est loin d'avoir, surtout dans la pratique, le caractère absolu que Modestin semble lui donner. Il semble, si l'on s'en tient à certains fragments, que les obligations contractées par l'affranchi, si elles ne sont pas entièrement gracieuses en ce qui le concerne, ne doivent jamais être pour le patron de la nature des faits ou des choses qui constituent un gain (*questum*) ; or il n'en est pas ainsi :

L'obligation ne peut être contractée qu'envers le patron ; mais il faut distinguer entre les *operæ officiales*, devoirs envers la personne, et les *operæ fabriles*, travaux qui équivalent au paiement d'une somme d'argent (*quæ quasi in pecuniæ prestatione consistunt*). Les premiers ne passent pas à l'héritier du patron ; les seconds peuvent être exigés par lui ; et ils sont si bien un gain à réaliser pour le patron que s'ils consistent dans un travail manuel, le patron peut ordonner que l'affranchi les fournisse à une autre personne⁶. Nous allons voir du reste que la règle est bien l'expression de la pensée des Jurisconsultes luttant dans cette occasion, comme dans tant d'autres, contre la dureté et la rapacité du caractère romain, mais ayant aussi à combattre la mauvaise foi des affranchis toujours disposés à soutenir que les services, par eux promis, leur ont été imposés *onerandæ libertatis causâ*. La distinction entre les *operæ officiales* et les *operæ fabriles* est du reste la preuve que la règle n'est posée que pour l'honneur du principe, car il n'est besoin ni de serment, ni de stipulation pour rendre les premiers obligatoires ; ils sont dus *verecundiâ juris patronatus*, tandis que les autres sont *impositæ libertatis causâ*.

Si l'obligation ne peut être contractée qu'envers le patron, lui seul peut imposer des services à un esclave

⁶ Ulpian, L. 6, 9. § 1, D. h. t.

qu'il gratifie de la liberté. Quelqu'un, qui est chargé par un fidéicommiss d'affranchir un esclave, ne peut l'obliger à aucune fourniture de services, ni exiger de lui celles qu'il lui aurait imposées ⁷.

Les services promis ne peuvent être exigés par les fils du patron qu'autant qu'ils sont héritiers de leur père ; et s'ils ont été institués pour des parts inégales dans sa succession, ils n'en auront pas moins le droit de réclamer ces services par portions égales ⁸. L'obligation contractée par l'affranchi par les *operæ fabriles* est assimilée à une dette d'argent et son exécution peut dès lors être exigée dans les mêmes conditions ⁹.

517. Les services, dus par l'affranchi à son patron, doivent être fixés eu égard à l'âge, à la dignité, à la santé, aux besoins et aux autres exigences de la vie de l'un et de l'autre ¹⁰. De son côté, l'affranchi doit les services qu'il peut rendre honnêtement et sans danger pour sa vie, et sans être astreint à d'autres obligations que celles qui ont été contractées par lui lors de son émancipation ¹¹ ; et, s'il a été convenu que le patron fixerait lui-même ces services, sa volonté ne sera observée que si la demande est conforme à l'équité ¹².

Le caractère de cette législation se manifeste clairement par des distinctions qu'ont soin de faire les Jurisconsultes entre les *operæ officiales* et les *operæ fabriles* : qu'un affranchi soit ouvrier, comédien, médecin, le patron pourra exiger de lui qu'il travaille pour lui ou pour un autre, qu'il joue sur les théâtres de ses amis ou qu'il les

⁷ Marcien, L. 29. *de bonis libertorum* (38. 2). Papinien, L. 42. D. h. t.

⁸ Gaius, L. 22, § 1. Ulpien, L. 7. §§ 6 à 9, D. h. t.

⁹ Pomponius, L. 4. Ulpien, L. 7, § 6. D. h. t.

¹⁰ Paul (Lib. 40. ad Ed.), L. 16. § 1 ; L. 17. Nératius, L. 30. D. h. t.

¹¹ Paul, L. 16. pr. Callistrate, L. 38. pr., § 1. D. h. t.

¹² Celse, L. 30, pr. D. h. t.

soigne gratis, car, dit Julien, le patron ne peut pas toujours donner des spectacles ou être malade ¹³; mais il n'en serait plus ainsi s'il s'agissait de simples devoirs *operæ officiales*, le patron ne pourrait pas exiger qu'ils fussent fournis à un autre; toutefois si l'affranchi l'avait fait, il ne pourrait pas en répéter la valeur: ni contre le tiers, parce qu'ils ont été fournis en considération d'une autre personne qui a reçu ainsi ce qui lui était dû, ni contre le patron parce qu'ils lui étaient dus naturellement (*quia naturâ ei debentur*); que si ce sont des *operæ fabriles* qui ont été faits sans être dus, l'affranchi pourra en répéter la valeur ¹⁴. Le principe, suivant lequel un patron ne peut pas imposer à son affranchi des services *onerandæ libertatis causâ*, reçoit un éclatant démenti par ce fait qu'il peut louer les services qui lui sont dus. S'il les loue, il reçoit un salaire (*mercedem*), et tous les efforts de Julien pour chercher à sauver le principe n'aboutissent qu'à démontrer que le patron fait un bénéfice, et que la liberté de l'affranchi est singulièrement alourdie ¹⁵. N'en est-il pas de même de la décision donnée par Alfenus-Varus et suivant laquelle un patron médecin a le droit de s'opposer à ce que ses affranchis, médecins comme lui, fassent de la médecine; et celui d'exiger qu'il lui servent d'escorte sans rien faire, pourvu qu'il les laisse se reposer à midi. Et si les affranchis refusent, le Jurisconsulte est d'avis qu'ils doivent payer à leur patron une indemnité calculée sur les bénéfices qu'ils pourraient faire et non sur les avantages que le patron retirerait, s'il les empêchait d'exercer leur art ¹⁶. La liberté de l'affranchi peut difficilement être plus gênée.

¹³ Julien, L. 23. pr.; L. 27. D. h. t.

¹⁴ Ulpian, L. 26, § 12. D. *de conditione indebiti* (12.6).

¹⁵ Julien, L. 25. pr., §§ 1 à 4, D. h. t.

¹⁶ Alfenus-Varus. L. 26. pr., § 1, D. h. t.

518. Pourtant la Jurisprudence a apporté quelques tempéraments à la dureté de ces exigences : Si l'affranchi est malade au temps où les services sont dus, il en est dispensé, parce qu'il ne dépend pas de lui de s'en acquitter. Il en est de même si une femme affranchie est parvenue à une dignité qui ne lui permette pas, sans inconvénient grave, de tenir sa promesse ou si elle a atteint l'âge de cinquante années ¹⁷.

Le mariage de l'affranchi ne le dispense pas de fournir les services qu'il a promis, mais le patron ne peut pas les exiger de l'affranchie mariée, quand il a consenti à son mariage ¹⁸. Toutefois cette disposition ne s'appliquerait qu'aux services à venir ; quant aux services antérieurs au mariage et encore dus, le patron peut les demander ¹⁹ ; ce qu'il est difficile de concilier avec la faveur qui semble être accordée en mariage ; et cela avec autant plus de raison que s'il s'agit d'une femme affranchie par une patronne, et qui se marie de son consentement, elle n'est pas dispensée des services qu'elle peut lui devoir, parce que, dit Hermogène, elle peut les lui rendre sans inconvenance (*indecore præstantur* ²⁰). Que si l'affranchie devient veuve ou si son mariage est nul, le patron recouvre ses droits ²¹.

519. La loi *Julia de maritandis ordinibus* a accordé aux affranchis le privilège de la paternité, en exemptant des services promis celui qui a deux ou plusieurs enfants, et même un seul enfant âgé de cinq ans ²².

FORMULES

1. Judex esto. Quod A^s A^s de N^o N^o operas stipulatus est, quidquid ob

¹⁷ Ulpien, L. 15. Pomponius, L. 34. Paul, L. 35. D. h. t.

¹⁸ Ulpien, L. 13, §§ 3, 5. Hermogène. L. 48, pr. D. h. t.

¹⁹ Celse, L. 30, § 1, D. h. t.

²⁰ Hermogène, L. 48, § 2, D. h. t.

²¹ Terentius-Clemens, L. 14. Hermogène. L. 48, § 1, D. h. t.

²² Paul. L. 37, D. h. t. — *Infrà*, t. II, *de liberto exhibendo*, n^o 1119.

eam rem N^m N^m dare facere præstare oportet, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

2. Judex esto. Quod N^s N^s A^o A^o operas libertatis causâ se daturum juravit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere præstare oportet, ejus Judex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.



TABLE

	Pages
PREFATIO EDICTI ADVERSUS EOS QUI QUID ADVERSUS EDICTUM FECERINT	1

PREMIÈRE PARTIE

LIVRE I

PRÆPARATORIA JUDICIORUM	3
--	----------

TITRE I

De Jurisdictione.

%% 1. De Actione dandâ vel denegandâ à Prætorè	4
%% 2. De Magistratibus municipalibus	6
%% 3. De Vadimonio	9
%% 4. De Satisfando	10
%% 5. De mandatâ jurisdictione et judice dando	14
%% 6. Quod quisque juris in alterum statuerit ut ipse eodem jure utatur	20
%% 7. De Albo corrupto	21
%% 8. Si quis jus dicenti non obtemperaverit	22
%% 9. De Edendo	23
%% 10. De Pactis	28

TITRE II

De In jus vocando.

%% 1. De his qui in jus vocari non possunt	32
%% 2. In jus vocati ut eant et qui neque sequantur, neque ducantur	34
%% 3. De Cautione judicio sistendi et Vadimonio deserto	37
%% 4. De postulando	52
%% 5. De his qui notantur infamiâ	55
%% 6. De plus petendo	61

TITRE III

De his per quos agere possumus.

	Pages
§ 1. De cognitoribus	64
§ 2. De procuratoribus	67
§ 3. Quod cujuscunque Universitatis nomine vel contra eam agatur.	70
§ 4. De negotiis gestis	74
§ 5. De Calumniatoribus	77

TITRE IV

De In integrum restitutionibus. 80

§ 1. De Metu	82
§ 2. De dolo malo	86
§ 3. De Minoribus viginti quinque annis	90
§ 4. De Capitis diminutione	97
§ 5. Ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur	101
§ 6. De eo quod falso tutore gestum erit.	107
§ 7. De alienatione judicii mutandi causa	109

TITRE V

De Receptis. 118

§ 1. Qui arbitrium receperunt. ut sententiam dicant.	119
§ 2. Nautæ, Caupones, Stabularii, ut recepta restituant	123

LIVRE II

DE JUDICIIS OMNIBUS. 127

TITRE I

De Universitatum rerum petitionibus.

§ 1. De inofficioso testamento	130
§ 2. De hereditatis petitionibus.	139

TITRE II

De Singularum rerum petitionibus. 148

§ 1. De rei vindicatione.	154
Droit d'accession.	158

TABLE.

527

	Pages
§ 2. De Publiciana in rem actione	161
§ 3. Si ager vectigalis seu ad tempus conductus petetur	166
§ 4. De servitutibus	168
A. De usufructu	169
B. De servitutibus prædiorum	177

TITRE III

De Damno dato.

§ 1. De noxalibus actionibus	190
Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur	193
Ad Legem Aquiliam	195
§ 2. De effusis, de dejectis, de positis et de suspensis	199
§ 3. De Iudice litem suam faciente	201
§ 4. De interrogationibus in iure faciendis	203
§ 5. De servo corrupto	204
§ 6. De Aleatoribus	207
§ 7. Si mentor falsum modum dixerit	209
§ 8. Ad Exhibendum	212
§ 9. De inspiciendo ventre custodiendoque partu	216
§ 10. De Religiosis	220

TITRE IV

De Duplicibus judiciis. 229

§ 1. Communi dividundo	230
§ 2. Familiæ erciscunda	233
§ 3. Finium regundorum	238

TITRE V

De Intercessione. 243

§ 1. De Fidejussoribus	247
§ 2. Ad Senatus consultum Velleianum	250

TITRE VI

De Rebus creditis.

§ 1. De Certi condictione	254
§ 2. De Iurejurando	258
§ 3. De Conditione triticariâ	262
§ 4. De Conditionibus sine causâ	264
§ 5. De pecuniâ constitutâ	272

	Page
§ 6. De Compensationibus	275
§ 7. De Commodato	280
§ 8. De pigneratiâ actione	283
Lex Commissoria	288
§ 9. De exercitoriâ actione	291
§ 10. De Institoriâ actione	295
§ 11. Quod cum eo qui in alienâ potestate est negotium gestum esse dicetur	297
§ 12. Quod jussu	299
§ 13. De peculio et de in rem verso	300
§ 14. De Tributoriâ actione	314
§ 15. De deposito	317
Du Séquestre	322
§ 16. De Mandato	324
§ 17. De Societate	334
§ 18. De præscriptis verbis et in factum actionibus	349
§ 19. De Æstimato	358
§ 20. De rerum permutatione	359
§ 21. De Emptione et venditione	361
§ 22. Locati-Conducti	390

TITRE VII

De Re familiari. 399

§ 1. De Sponsalibus	401
§ 2. De Nuptiis	403
De Concubinis	417
§ 3. De dote	419
§ 4. De actione rerum amotarum	444
§ 5. De alendis liberis	448
§ 6. Si ventris nomine muliere in possessionem missâ, eadem pos- sessio dolo malo ad alium translata esse dicatur	452
§ 7. Si mulier, ventris nomine, in possessionem calumniâ causâ esse dicetur	454

TITRE VIII

De Tutelis. 457

§ 1. De Satisfactione tutorum et curatorum	463
§ 2. De Administratione et periculo tutorum	465
§ 3. De Suspectis tutoribus	469
§ 4. De Tutelâ actionibus	471
§ 5. De Magistratibus conveniendis	480
§ 6. De Protutelâ actione	483

TITRE IX

	Pages
De Furtis.	488
§ 1. De Furti actionibus.	492
§ 2. De Tigno juncto.	500
§ 3. De Furto a servo qui liber esse jussus erit.	504
§ 4. Furti adversus Nautas, Capones, Stabularios	507
§ 5. Si Familia furtum fecisse dicetur.	509
§ 6. Arborum furtim cæsarum.	510
§ 7. De Furto à familiâ Publicanorum.	513

TITRE X

De Jure Patronatus.

§ 1. Si ingenuus esse dicetur.	515
§ 2. De Operis libertorum.	517





2

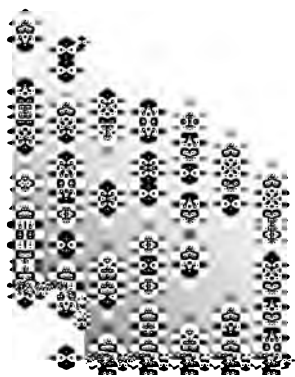




① 4-11-58
② 4-11-58
③ 4-11-58
④ 4-11-58
⑤ 4-11-58
⑥ 4-11-58
⑦ 4-11-58
⑧ 4-11-58
⑨ 4-11-58
⑩ 4-11-58
⑪ 4-11-58
⑫ 4-11-58
⑬ 4-11-58
⑭ 4-11-58
⑮ 4-11-58
⑯ 4-11-58
⑰ 4-11-58
⑱ 4-11-58
⑲ 4-11-58
⑳ 4-11-58
㉑ 4-11-58
㉒ 4-11-58
㉓ 4-11-58
㉔ 4-11-58
㉕ 4-11-58
㉖ 4-11-58
㉗ 4-11-58
㉘ 4-11-58
㉙ 4-11-58
㉚ 4-11-58
㉛ 4-11-58
㉜ 4-11-58
㉝ 4-11-58
㉞ 4-11-58
㉟ 4-11-58
㊱ 4-11-58
㊲ 4-11-58
㊳ 4-11-58
㊴ 4-11-58
㊵ 4-11-58
㊶ 4-11-58
㊷ 4-11-58
㊸ 4-11-58
㊹ 4-11-58
㊺ 4-11-58
㊻ 4-11-58
㊼ 4-11-58
㊽ 4-11-58
㊾ 4-11-58
㊿ 4-11-58
1. 4-11-58
2. 4-11-58
3. 4-11-58
4. 4-11-58
5. 4-11-58
6. 4-11-58
7. 4-11-58
8. 4-11-58
9. 4-11-58
10. 4-11-58
11. 4-11-58
12. 4-11-58
13. 4-11-58
14. 4-11-58
15. 4-11-58
16. 4-11-58
17. 4-11-58
18. 4-11-58
19. 4-11-58
20. 4-11-58
21. 4-11-58
22. 4-11-58
23. 4-11-58
24. 4-11-58
25. 4-11-58
26. 4-11-58
27. 4-11-58
28. 4-11-58
29. 4-11-58
30. 4-11-58
31. 4-11-58
32. 4-11-58
33. 4-11-58
34. 4-11-58
35. 4-11-58
36. 4-11-58
37. 4-11-58
38. 4-11-58
39. 4-11-58
40. 4-11-58
41. 4-11-58
42. 4-11-58
43. 4-11-58
44. 4-11-58
45. 4-11-58
46. 4-11-58
47. 4-11-58
48. 4-11-58
49. 4-11-58
50. 4-11-58
51. 4-11-58
52. 4-11-58
53. 4-11-58
54. 4-11-58
55. 4-11-58
56. 4-11-58
57. 4-11-58
58. 4-11-58
59. 4-11-58
60. 4-11-58
61. 4-11-58
62. 4-11-58
63. 4-11-58
64. 4-11-58
65. 4-11-58
66. 4-11-58
67. 4-11-58
68. 4-11-58
69. 4-11-58
70. 4-11-58
71. 4-11-58
72. 4-11-58
73. 4-11-58
74. 4-11-58
75. 4-11-58
76. 4-11-58
77. 4-11-58
78. 4-11-58
79. 4-11-58
80. 4-11-58
81. 4-11-58
82. 4-11-58
83. 4-11-58
84. 4-11-58
85. 4-11-58
86. 4-11-58
87. 4-11-58
88. 4-11-58
89. 4-11-58
90. 4-11-58
91. 4-11-58
92. 4-11-58
93. 4-11-58
94. 4-11-58
95. 4-11-58
96. 4-11-58
97. 4-11-58
98. 4-11-58
99. 4-11-58
100. 4-11-58







4



Standard Law Library



3 6105 06 169 435 7



Standard Law Library

3 6105 06 169 435 7

]