

X 45859
RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1932-1933

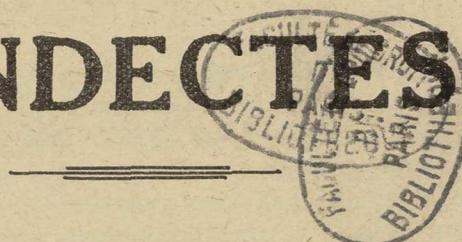
89

DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES
Droit Romain - Histoire du Droit

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

PANDECTES



rédigées d'après le Cours et sous le contrôle
de

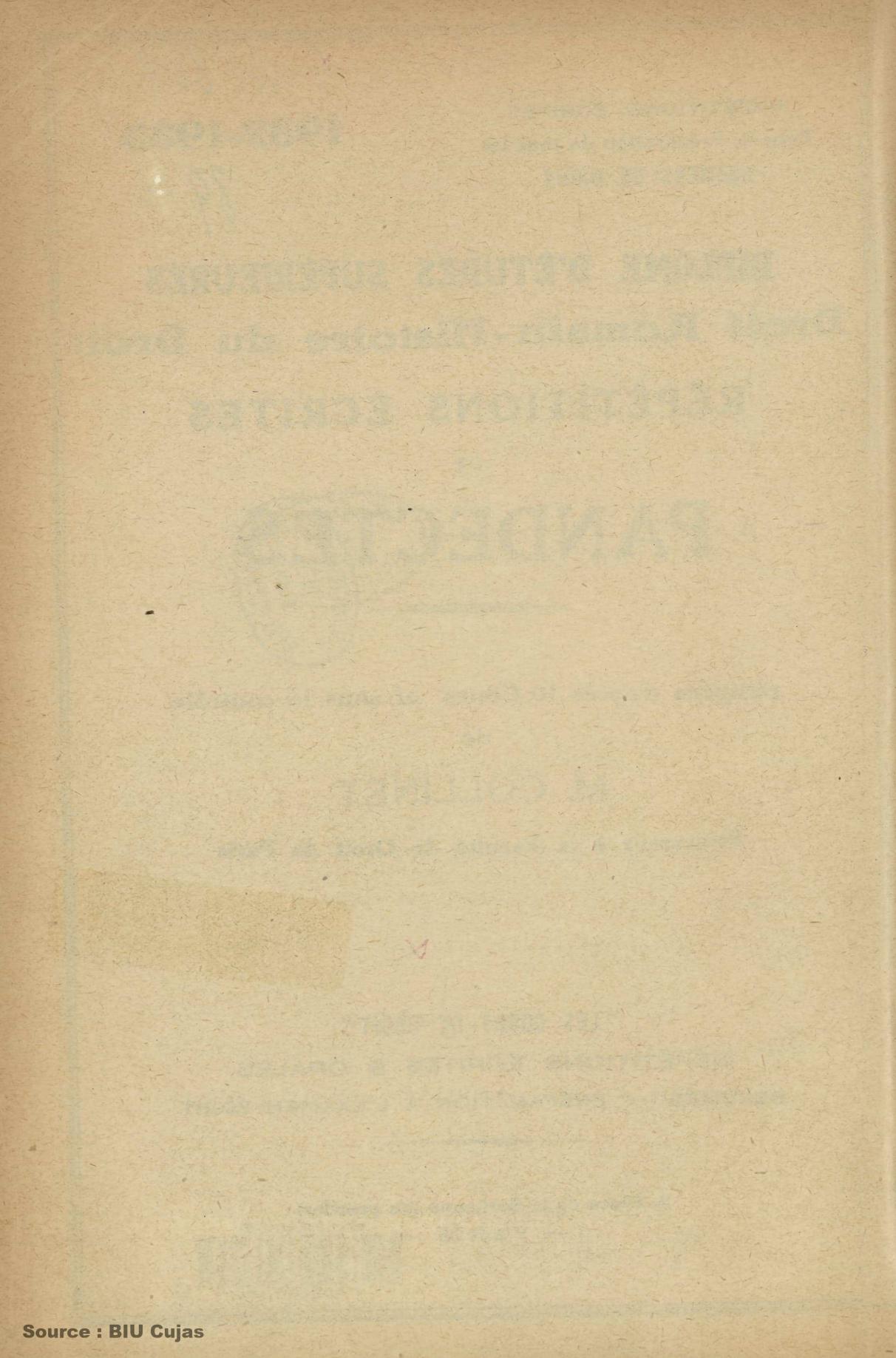
M. COLLINET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris



"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —



L'ELARGISSEMENT DES OBLIGATIONS.

AVANT - PROPOS.

A quels étudiants convient le Cours de Pandectes ?

Les programmes des Diplômes d'Etudes supérieures (D.E.S.) du Doctorat en Droit organisés par le décret du 2 Mai 1925 sont assez compliqués. Les Etudiants ne s'y reconnaissent pas aisément. En particulier ils ne voient pas toujours clairement la place du Cours de Pandectes dans leurs programmes. Monsieur COLLINET va donc la préciser, avant de montrer l'intérêt que présente ce cours, non seulement pour les spécialistes en Histoire du Droit, mais même pour les civilistes.

1° - D'après le Décret (art. 4), le Cours de Pandectes s'adresse aux Etudiants préparant le D.E.S. de Droit Romain et d'Histoire du Droit - à titre facultatif, comme seconde interrogation de Droit Romain. Donc les Etudiants de cette catégorie qui désirent être interrogés sur le Cours doivent le déclarer formellement au Secrétariat. Pour eux, l'interrogation sera faite suivant le mode traditionnel (en usage avant 1925 au 1er Examen de Doctorat ès-sciences juridiques): traduction et explication d'un ou plusieurs des textes du programme des Pandectes.

2° - Malgré le silence du Décret et en fait le Cours de Pandectes peut servir aussi à d'autres candidats.

a)- Il peut servir aux candidats au D.E.S. de Droit Romain et d'Histoire du Droit qui ne choisissant pas les Pandectes comme 2ème interrogation se sont abstenus de faire la déclaration ci-dessus. Pour eux si le Professeur du Cours les fait passer, il les interrogera sur une matière du cours sans explication de texte (mais sans préjudice d'une interrogation sur

le programme de Droit Romain général qui comprend "les Institutions du Droit Romain privé", moins la procédure).

b) Il peut servir aux candidats au D.E.S. de Droit Romain et d'Histoire du Droit combiné avec le D.E.S. de Droit Privé - Examen B (une interrogation de Droit Romain; obligations) - puisque cette année le sujet du Cours est pris dans la matière des Obligations. Les Etudiants seront interrogés - s'ils passent avec le Professeur - sur un point du Cours et sur un point des Obligations;

c) Il peut servir aux candidats au D.E.S. de Droit Privé (non combiné, comme de juste); ceux-ci peuvent choisir le Droit Romain (Obligations) comme matière de leur 1ère option (art. 5) s'ils passent avec le Professeur, ils seront interrogés comme les précédents candidats de l'Examen B.

§ I - Utilité du Cours de Pandectes.

I. L'enseignement du Droit romain dans les Facultés françaises a subi des fluctuations nombreuses sous des influences diverses, dont nous n'avons pas à considérer ici l'importance, le bien ou le mal fondé. Malgré ces fluctuations et même ces avatars, la chaire de Pandectes à Paris subsiste depuis un siècle. Il semble qu'il y ait là déjà quelque chose qui milite en faveur de l'utilité de ce cours. Il est probable qu'on a considéré en haut lieu qu'il correspondait à un besoin, besoin qu'on aperçoit peut-être de moins en moins à mesure que l'étude de l'Antiquité classique apparaît à certains comme de moins en moins utile et où tout ce qui n'est pas le présent est de plus en plus attaqué.

Le Cours de Pandectes est, comme tous les cours de Doctorat, un cours spécial et approfondi. On n'y étudie qu'une seule matière plus ou moins vaste, mais cette matière unique on l'étudie sous ses différents aspects, on la retourne et on s'efforce d'aller au fond des choses. Il y a, à la Faculté de Droit de Paris qui est la plus importante de France, et la plus grande Faculté de Droit du monde, un autre cours de Droit Romain destiné aux Etudiants de doctorat, le Cours de Droit Romain approfondi. La question pourrait donc se poser de savoir pourquoi l'autorité supérieure a éprouvé le besoin de créer ce Cours à côté de celui de Pandectes ou de maintenir celui-ci à côté de l'autre.

C'est que la méthode et le but de ces deux cours diffèrent. Dans le Cours de Droit Romain approfondi, on suit la méthode qu'on suit dans les cours spéciaux

Caractéristique du
Cours de
Pandectes
consistant
essentiellement dans
l'étude de
textes du
D.R.

de Doctorat, par exemple dans ceux de Droit Civil approfondi. Dans le Cours de Pandectes on suit une méthode très particulière qui en fait la caractéristique dans tous les pays où il existe un Cours analogue. Le professeur doit examiner les textes et ceci est caractéristique de son enseignement. La discussion de ces textes forme la trame même du cours. Comme parmi ces textes les plus importants sont ceux extraits du Digeste (ou Pandectes), le titre du cours se comprend de soi.

Bien entendu, on n'impose pas au professeur l'obligation de s'en tenir à l'examen des seuls textes des Pandectes se rapportant au sujet. Il est libre d'ajouter à ces textes fondamentaux les autres textes de Droit Romain, textes juridiques de la compilation de Justinien ou antérieurs à celui-ci, textes littéraires ou même épigraphiques et papyrologiques (1).

Le but du cours de Pandectes est donc de montrer telle ou telle institution telle ou telle doctrine des jurisconsultes dans les matériaux mêmes qui nous les font connaître. (En licence on se borne à citer les textes sans les analyser).

Sa méthode est de remonter aux Sources pour en tirer l'état du Droit Romain sur tel point particulier.

Mais dès qu'on doit travailler sur les sources et surtout sur les sources anciennes soit de l'Antiquité classique, soit de la vieille France, une difficulté se présente. C'est la difficulté de comprendre ces textes écrits en latin, en grec, en vieux français, et qui doivent par conséquent être interprétés. La première difficulté d'un Cours de Pandectes tient précisément à la méthode qu'on y doit suivre, c'est-à-dire l'étude de textes latins. Le professeur allègera la tâche des étudiants durant ses leçons. Tous les textes qui seront susceptibles d'être demandés à l'examen (aux candidats énoncés plus haut sous le n°1°) seront spécifiés et indiqués nominativement dans le programme de fin d'année (2). Le professeur traduira ces textes. Cette traduction sera faite pour ainsi dire mot à mot sans chercher l'élegance, en suivant autant que possible le texte latin pour mieux rendre la pensée de l'auteur.

(1) Sur l'intérêt que peuvent avoir les textes extra-juridiques pour la meilleure connaissance du Droit Romain, cf. Girard, Cours d'introduction aux Pandectes, Mélanges I. 1912 p. 451 à 559.

(2) Le professeur conseille aux élèves de copier les textes qu'il indiquera sur un mince cahier où chaque page sera divisée en deux parties, à gauche le texte latin, à droite la traduction.

Difficultés
du cours de
Pandectes:
1° - Compré-
hension et
interpréta-
tion des
textes.

2° Caractère exégétique du Cours.

I. Utilité du Cours justifiée par son caractère historique.

Bien que reposant sur l'exégèse des textes; ce cours a subi l'influence de la méthode historique et par suite présente la même utilité que tous les enseignements de Droit Romain, pour la formation de l'esprit et la connaissance des origines de nos institutions.

Le Cours de Pandectes ne se confond pas avec le Pandectisme.

Une deuxième difficulté du cours de Pandectes qui est beaucoup plus sérieuse, tient à l'esprit, à la méthode, au fond même de ce cours. Les étudiants, même sympathiques au Droit romain, n'aperçoivent pas du premier abord l'utilité de ce cours, à cause même de sa conception, (l'étude directe des textes). Alors que depuis longtemps en Droit Civil, on a renoncé à l'étude exégétique des textes, même dans les Cours de Droit civil approfondi, pour suivre une méthode qui paraît moins scolaire, plus vivifiante, qui tient compte, semble-t-il, beaucoup plus des nécessités présentes, pourquoi conserver dans un cours de Droit romain une méthode qui peut sembler archaïque, la méthode traditionnelle d'exégèse des textes ?

En laissant de côté l'argument de comparaison tiré de l'exemple de l'étranger, on peut invoquer des arguments très sérieux en faveur de cette méthode.

D'abord, qu'on ne se laisse pas prendre aux mots, Le Cours de Pandectes lui-même, dans lequel il est entendu qu'on explique, commente et interprète des textes de latin juridique, malgré son aspect archaïque et sa méthode vétuste, a été rajeuni, comme tout l'enseignement du Droit Romain. Les cours de Droit romain, en licence ont subi depuis quarante ans une transformation profonde: ce ne sont plus des cours d'exégèse et de dogmatique, mais des cours d'historique destinés à faire comprendre les origines de notre Droit. De même, le Cours de Pandectes a été grâce à la science des maîtres qui ont occupé cette chaire en dernier lieu (MM. Gérardin, Jobbé-Duval, Girard), touché lui-même par cette influence de l'esprit novateur.

Ce qui nuit le plus à ce cours, c'est son nom, parce que dans l'esprit de ceux qui savent un petit peu de droit, ce mot éveille l'idée du Pandectisme, or celui-ci n'a pas une bonne presse. Le Pandectisme est une méthode qui a principalement fleuri en Allemagne, mais qui existait également en Italie et en France presque autant. C'est une méthode purement dogmatique qui tendait à construire un Droit romain artificiel plutôt qu'à reconstituer le Droit romain tel qu'on peut supposer qu'il a existé dans la réalité. Cette méthode a eu autrefois son utilité, elle a été indispensable dans les pays et dans les temps où n'existaient pas de C. Civ. (en Allemagne surtout avant 1900). L'étude des pandectes, avec cette méthode exégétique et dogmatique qui a constitué le Pandectisme, y correspondait en somme à l'étude du Droit civil. Le but visé était de construire un système complet et harmonieux de Droit, d'après les seuls textes du Droit romain. C'est ainsi que sont conçus les traités de

Pandectes (1).

Mais aujourd'hui que la plupart des nations possèdent un Code Civil, les juristes construisent leur système complet et harmonieux de Droit sur la base de ce Code et délaissent le Droit romain en tant qu'il pouvait servir aux mêmes fins, ce qui est tout à fait logique.

Si le Cours de Pandectes était resté ce qu'il était autrefois, c'est-à-dire s'il s'inspirait encore de l'esprit pandectiste, s'il était conforme à l'enseignement que l'on trouve dans les traités de Pandectes, on comprendrait qu'on le trouvât déplacé et périmé. Mais le Cours de Pandectes ne se confond pas avec le Pandectisme dont le nom toutefois influence l'opinion et nuit au cours de Pandectes, tellement les mots ont d'influence sur les hommes. En réalité, l'effort de nos maîtres et des générations de tous les pays depuis trente ou quarante ans, à porté sur la transformation de ce cours comme des Cours de Droit romain élémentaires, comme les cours de Droit romain de licence, il obéit à la méthode historique. Le grand changement dans l'enseignement du Droit romain a été en effet la substitution de la méthode historique à la méthode dogmatique. Pourquoi le Cours de Pandectes n'aurait-il pas lui aussi subi l'effet bienfaisant de cette novation ? Et on le sait, la méthode historique conquête du XIX^e siècle, "le siècle de l'histoire" a éclairé

(1) En consultant les divers traités de Pandectes eux-mêmes, on y verra la différence avec les manuels de Droit romain historique. Parmi ces traités celui qui a eu en France le plus de succès est le *Précis de Droit romain d'Accarias*, deux volumes qu'il est encore utile de consulter pour l'étude interne des institutions du Droit romain. Un autre plus complet, écrit en français par Van Wetter, professeur à Gand, donne beaucoup plus de renseignements que le précédent; mais ce traité n'est plus lui-même au courant car le Droit romain est une des Sciences où la bibliographie s'est le plus renouvelée depuis trente ans. En Allemagne le plus fameux est l'ouvrage de Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* - 9^e Ed. 3 vol. in⁸ 1906, trad. italienne par Bensa et Fadda. Pour les autres, cf. l'*Introduction aux Manuels de P.F. Girard* (8^e éd. 1929, due à M. Félix Senn) et Edouard Cuq (2^e éd. 1928). Pour connaître la Bibliographie en italien et en français du droit romain, consulter les ouvrages de MM. P. de Francisci et P. Collinet. Pour la bibliographie en allemand, cf. le generalregister zu den Bänden I - L (par Erich Sachers) de la Zft. d. Sav. Stift., rom. Abt. (Weimar, 1932).

Les caractères de la méthode historique par opposition à la méthode dogmatique.

quantité de choses que nos Anciens avaient tant de peine à comprendre; elle a donné à l'étude de l'Antiquité et du Droit romain un intérêt qu'ils n'avaient pas autrefois. Dans son ensemble, cette méthode est toute différente de la méthode dogmatique. Elle cherche surtout à reconstituer le Droit romain tel qu'on peut supposer qu'il a été et à le reconstituer dans son évolution. Cette méthode décrit plus qu'elle ne systématisé. La méthode historique appliquée aux Pandectes aboutit à décrire les institutions d'après les textes, plutôt qu'à forger un système juridique. Elle interprète les textes, non d'après l'esprit du commentateur, non en vue d'un système subjectif qu'il voudrait édifier, mais d'après l'esprit même du Droit romain autant qu'on peut le connaître ou l'imaginer. La méthode historique fait état de toutes les sources, alors que le Pandectisme ne se servait volontairement que des textes de Justinien, sans tenir compte de la différence d'époque des éléments qui composent sa codification. Enfin la méthode historique critique les textes pour y distinguer ce qui vient des classiques et ce qui vient des Byzantins, alors que le Pandectisme ne le faisait que rarement.

La méthode historique qui s'applique aux cours de Droit romain généraux, s'appliquera d'autant plus facilement au Cours de Pandectes que celui-ci est un cours d'explication de textes et que l'étude des sources n'est vraiment féconde qu'en fonction de la méthode historique.

Les opérations dont l'ensemble constitue la méthode historique sont loin d'être des opérations simples et faciles. La plus petite découverte, celle qui paraît la plus simple, a coûté de la peine; elle ne nous paraît simple que parce qu'elle est simplifiée par le fait qu'elle dure. En histoire du droit, la méthode nouvelle est bien plus compliquée que l'ancienne. La méthode dogmatique est relativement simple, étant essentiellement déductive et voisine de la méthode mathématique. La méthode historique est autrement compliquée, puisqu'il s'agit de retrouver dans un texte ancien le substratum de la pensée de l'Ancien qui l'a écrit. Alors qu'il est si difficile d'avoir un témoignage exact sur le présent, on voit la difficulté d'interpréter un témoignage sur le passé, alors que les textes nous sont parvenus par des manuscrits plus ou moins impurs et que nous n'avons pas souvent en mains le criterium nécessaire pour distinguer ce qui appartient à son auteur, ou ce qui procède d'additions postérieures.

Monsieur Collinet a essayé de définir les éléments

opérations
dont l'emploi
constitue la méthode historique.

de la méthode historique dans ses Etudes historiques sur le droit de Justinien Tome I 1912 (Préface générale), et il a eu le bonheur de constater que le regretté Huvelin avait émis des idées très voisines dans les premières pages de sa remarquable étude sur le fur-tum I. 1915.

Sans insister sur ces opérations, il est indispensable de les indiquer, puisqu'il faudra en faire l'application constante dans ce cours. Cette méthode inaugurée par la philologie, étendue à l'histoire, a passé enfin au Droit. Le retard de notre science provient du fait qu'après les grands humanistes du XVI^e siècle (Cujas); les romanistes sont devenus trop juristes et que ceux du XIX^e siècle ignoraient le mouvement philologique et historique des Facultés de Lettres.

I^o - Etablissement du texte; opération critique.

I^o - Etablissement du texte. Bien entendu, si le manuscrit est bon et si le texte est reconnu pur, il n'y a qu'à le prendre comme il est. Au cas contraire, établir le texte, c'est le reconstituer, (d'où une difficile étude des Manuscrits), c'est l'épurer (d'où également l'expurgation hors du texte des gloses ou des interpolations qui ont pu s'y glisser (1)). Ce sont là des opérations critiques.

2^o - Date du texte.

2^o - Date du texte. La chronologie est la base de l'histoire. Il est donc extrêmement important de fixer la date du texte étudié. Cette date est quelquefois certaine (celle de quelques lois, des constitutions des Codes romains); le plus souvent, la date est approximative. Les gloses ou interpolations doivent être datées aussi (2).

3^o - Recherche des sources.

La recherche des sources sert au point de vue historique car la règle que l'on trouve dans un texte du III^e S. (Paul, p. ex.) ne date pas du III^e s., mais du II^e s., si l'on découvre qu'il a été emprunté par Paul à Julien. Elle ne sert pas moins comme opération critique, car elle permet parfois de rétablir la leçon exacte d'un texte altéré.

4^o - Exégèse du texte suivant une méthode à la fois juridique et critique.

4^o - Avec l'exégèse du texte, il s'agit avant de l'interpréter de faire l'analyse de tous les mots de bien comprendre leur sens. Dans cette exégèse on a longtemps appliqué la méthode des juristes, la méthode proprement juridique. Sans la négliger, aujourd'hui l'exégèse ne se fait plus en dehors des rapports que peut présenter cette analyse avec la critique elle-même. Il ne s'agit plus de méthode purement juridique

(1) Pour découvrir les interpolations, consulter l'Index interpolationum de Levy et Rabel, + I, et Supplementum I, Weimar 1929 t. II, 1931.

(2) Cf. P. Collinet R.H.D. 1928. 561-583. 1929. 5.35.

mais d'une méthode beaucoup plus souple et pénétrante, plus complexe, mais plus délicate et qui est à la fois juridique et critique.

5° - L'interprétation du texte.

5° - L'interprétation du texte qui est distincte de l'exégèse, et qui est à certains égards une opération critique autant que juridique et historique, car le texte ne peut s'interpréter qu'en fonction de considérations de tous ordres, notamment des doctrines du jurisconsulte. Il y a là des choses très délicates, heureusement tous les textes n'offrent pas les mêmes difficultés, mais pour certains il est difficile de savoir ce que l'auteur a voulu dire au juste. La "méthode" des inscriptions rend beaucoup de services à cet égard.

6° - Synthèse des résultats obtenus par l'analyse des textes pour suivre l'évolution de l'institution.

7° - Explication de cette évolution.

6° - Les textes analysés fournissent une série de solutions individuelles. Il faut faire la synthèse de ces résultats. Pour y parvenir, on appliquera la méthode historique au sens strict; on classera les textes dans l'ordre chronologique; on suivra à travers les textes la genèse et la marche de l'institution ou de la législation, ou de la doctrine.

7° - La dernière opération sera l'explication de cette genèse ou de cette évolution de l'institution, explication qui prêtera naturellement à de nombreuses hypothèses. L'historien s'efforce d'expliquer la marche des institutions par l'état social, politique, économique du monde romain, ou par la psychologie des jurisconsultes, des Empereurs autant que nous pourrons les reconstituer. Il y a donc là, après des opérations critiques, juridiques, historiques, emploi de la méthode sociologique, assez différente de celle de certains sociologues réputés. Tout cela est utile pour la formation de l'historien du droit, mais aussi du juriste, qui acquerra au cours de Pandectes l'esprit de finesse, si le cours répond à notre programme.

II.- Précisément on va voir comment le Cours de Pandectes redevient un Cours d'esprit moderne.

En ce moment se dessine en France dans l'enseignement du Droit Civil auquel celui du droit romain est lié, un mouvement en faveur de l'étude de cas ou d'espèces juridiques.

Tout en conservant dans leurs cours la méthode des maîtres de la fin du XIX^e siècle, les civilistes poussent de plus en plus leurs élèves à l'étude "des espèces" de Jurisprudence. Cette étude comporte la restitution du cas qui se présente, la difficulté qu'il soulève, la discussion de celle-ci, sa solution et la critique de cette solution.

On peut se réjouir de voir ce retour (on explique le mot plus bas) à l'étude des cas, à une con-

dition: c'est que nous n'adoptions pas complètement la méthode américaine, c'est-à-dire un enseignement purement "scolastique" car ce jour là nous aurions fait un pas en arrière croyant faire un pas en avant. Il faut que nous restions dans notre tradition française d'enseignement de principes et de déduction de principes, méthode très admirée d'ailleurs des Américains et aussi de l'Ecole Anglaise de Jenks (et des associés au Digest of English Law traduction française 2 vol. Paris 1923)(I).

A cette condition, c'est un mouvement à encourager, d'autant plus que c'est un retour non pas seulement à la tradition du Moyen-Age, mais un retour à la méthode de l'Ecole de Bologne illustrée au XI^e siècle par Irnerius, et même un retour à l'école de Beyrouth, fondée au III^e et peut-être au II^e siècle de notre ère, qui a duré jusqu'en 551, date où elle fut détruite par un tremblement de terre. Il y a là une coïncidence heureuse entre la tendance moderne et celle de Beyrouth sur laquelle a paru en 1925 un ouvrage de Monsieur Collinet.

Ainsi au moment où le Cours de Pandectes paraissait périmé, il recouvre par là son actualité.

Ce retour de faveur des "cas", il est tout à fait naturel qu'il se manifeste aussi dans l'étude du Droit romain. M. Ch. Appleton a lancé dans la Revue Internationale de l'Enseignement 1924, p. 142 un appel en ce sens. Il note que cette étude se faisait en Allemagne sous la forme d'exercices pratiques qui avaient un grand succès. M. Ch. Appleton désirerait que les Romanistes de France y reviennent; il voudrait que nous adoptions comme base de ces exercices le Digeste qui est le plus beau recueil existant de casuistique juridique, où nous trouvons tous les éléments d'étude des "cas" même en droit moderne; position du cas, exposé de la difficulté, discussion, solution du juriste, raison donnée par lui ou imaginée par nous, s'il ne la donne pas, enfin discussion de sa solution.

(I) La preuve en est le succès du petit livre "Espèces juridiques" (2^e édit. 1927) avec deux préfaces de MM Capitant et Ed. Lambert. Il est inutile de chercher quelle est l'origine de ce mouvement en faveur des "cas"; y a-t-il là, consciente ou inconsciente, une influence de la Grande République des Etats-Unis où comme dans tout le monde anglo-américain, l'esprit juridique est très en honneur où les cas tiennent la plus grande place dans l'enseignement par opposition à l'esprit généralisateur et logicien du monde latin, dans lequel l'étude des principes tient plus de place?

Cette méthode n'est pas appliquée actuellement dans le Droit Romain général, car le professeur de Droit Romain a tant à faire qu'il lui est difficile de donner la place désirable à des exercices pratiques. Mais il y a un cours où le "case system" se trouve naturellement et nécessairement appliqué, c'est le Cours de Pandectes. Là, le professeur étudie les textes en les traduisant, en exposant le cas. Il en montre la difficulté, les raisons de celle-ci, et étudie les solutions de juristes. Le professeur du Cours de Pandectes réalise grâce à la méthode des "cas" qu'on nous recommande aujourd'hui.

En effet, qu'avons-nous à montrer dans ce cours de Pandectes?

Le Professeur veut montrer comment le Droit Romain était un droit essentiellement pratique formé par des praticiens supérieurs dignes d'admiration (I) quand les civilistes veulent vulgariser une méthode pragmatique qui, poussée trop loin arrêterait le progrès, on oublie qu'il y a un cours où l'on étudie des cas pratiques, c'est le cours de Pandectes. Ce cours le plus archaïque, le plus désuet en apparence, se trouve être en fait le plus moderne.

Mais, dira-t-on, c'est de la pratique romaine, des cas romains, des difficultés romaines.

Il n'y a pas de cas romains, de difficultés romaines, parce que les hommes ne changent pas et parce que les problèmes du Droit ne changent pas. La preuve en est que nous recourons encore dans certains cas à des précédents lointains, et que ces textes de Droit romain ont été traduits mot pour mot dans les articles du C. Civ. Pour interpréter ceux-ci il est naturel qu'on prenne les textes Romains qui leur ont servi de modèle. Il peut y avoir des solutions romaines qu'il serait bon d'acclimater chez nous.

Mais il y a une autre objection. Le passé est tellement peu en honneur à notre époque pratique qu'on emploie toute espèce d'argument pour tâcher de démolir l'enseignement du passé. On reconnaît bien que les jurisconsultes romains ont été des praticiens dont les textes peuvent servir à éclaircir le Droit moderne. Mais il s'agit là dit-on de jurisconsultes de la période de la formation du Droit Romain du VII^e siècle de Rome, ou de ceux de la belle époque classique, c'est-à-dire du I^{er}, II^{er} et début du III^{er} siècles de notre ère (228 mort d'Ulprien, 235 fin d'Alexandre Sé-

Les juristes peuvent tirer utilité de l'étude des cas prévus dans les textes du D.R. car les cas sont les mêmes à toute époque.

Le progrès du D.R. ne s'est pas arrêté à la fin du Droit classique. Il s'est continué à l'époque byzanti-

(I) Lire les excellents développements du Manuel de M. Cuq p. 39- 49.

ne où s'est réalisée la pénétration dans le droit d'idées de morale et de justice.

vère). On dit qu'on peut justifier le Droit romain tel qu'il est exprimé par les jurisconsultes de ces époques, mais qu'après 235 il ne présente plus la même valeur ni le même caractère qu'il y a donc dans le Droit romain toute une bonne part (de 235 à Justinien) qui perd beaucoup de son intérêt, le Byzantinisme n'étant plus le vrai droit romain ne présente, dit-on, qu'un intérêt absolument secondaire.

Or les historiens avertis qui travaillent le droit primitif, le droit classique, le Droit Byzantin à la fois ou à fortiori ceux qui travaillent spécialement sur le Byzantinisme, constatent que le progrès ne s'est pas arrêté ni avec Alexandre Sévère, ni avec la fin des grands jurisconsultes, Papinien, Paul, Ulpien, quoi qu'on dise le progrès s'est continué chez les Byzantins des V^e et VI^e siècles. Ce progrès est un progrès réel, vérifiable dans les textes; il s'exprime par des théories que tout le monde peut constater. C'est d'un mot, l'élargissement du droit par l'extension de la notion d'équité, la marche vers le bien, vers la réalisation de l'idéal de justice. L'introduction de la morale dans le droit s'est manifestée plus d'un siècle avant J.C., elle persiste chez les grands jurisconsultes, mais elle n'a pas été arrêtée par la décadence de l'Empire. Après une éclipse, le mouvement s'est même accentué, en particulier sous l'influence chrétienne et philosophique il a trouvé son couronnement dans les œuvres de Justinien qui a appliquée ces idées nouvelles d'équité, soit directement, soit en recourant à l'instrument favori des compilateurs, instrument décrié, mais à tort, l'interpolation.

Le progrès s'est accentué au V^e siècle grâce à l'influence de l'Ecole de Beyrouth et ce, parce que dans cette Ecole, les notions d'équité ont trouvé leur expression dans des corrections additions faites aux textes classiques sous la forme d'interpolations. La recherche des interpolations qui est considérée par tant de spécialistes comme un sport est donc en réalité extrêmement féconde pour la connaissance de l'histoire du Droit et de la genèse des théories modernes. Car la coupure entre l'antiquité et le monde moderne s'est faite beaucoup plus tôt qu'on ne l'enseigne d'ordinaire; elle s'est faite soit au IV^e soit au V^e siècle (Cf. Ferrero La Ruine du monde antique); avec Constantin ou plus tard, en tout cas avec Justinien (527-565).

Le Cours de Pandectes va donc peut-être retrouver un regain de jeunesse du fait qu'il oriente les esprits vers les cas pratiques et le maniement de la casuistique juridique.

III.- Le Cours de Pandectes présente ainsi une utilité générale pour la culture de l'esprit, il contribue aussi à la formation pratique des juristes, mais il ne remplira sa fonction, ne donnera son utilité véritable qu'à condition de n'être pas essentiellement historique. Le danger est de transformer ce cours en un cours d'erudition.

Pour éviter ce danger, il suffit de prendre quelques précautions.

Il importe que le sujet du cours de Pandectes soit un sujet juridique plutôt qu'un sujet purement historique (ce qui ne veut pas dire qu'on n'y fera pas d'histoire).

Il instruira d'autant plus d'élèves qu'il sera pris dans une matière plus voisine du Droit moderne. Il serait moins intéressant s'il avait pour sujet une matière purement historique par exemple l'esclavage.

Il est bon également que l'étude des textes qui est l'étude principale du Cours, faite suivant la méthode exégétique, critique, historique, ne soit jamais séparée du rappel des conceptions juridiques. Ce qui nous fait redouter la propagation du "Case-system", c'est précisément que si l'on s'engage à fond dans cette voie, on perd de vue les principes, les conceptions juridiques comme il arrive bien souvent aux praticiens. Il ne faut pas exagérer, voilà en somme à quoi nous arrivons. L'excès en tout est un défaut. La vérité, et il y en a dans l'enseignement, c'est le juste milieu. Pascal a dit que le difficile ce n'est pas d'être à l'extrême, c'est d'être au milieu et de bien tenir les deux bouts. Ce n'est pas difficile d'être révolutionnaire d'être à l'extrême au point de vue scientifique et de renier tout ce qu'ont enseigné les anciens et les modernes. C'est ce que font un peu certains Allemands et certains Italiens. Ils se sont lancés à la conquête du Droit Romain pour faire de la nouveauté: ils l'ont renversé voyant partout des interpolations, ce qui facilite leurs théories. Ils rencontrent tout de même des difficultés et une réaction se produit en ce moment - en particulier dans un article remarquable d'un Professeur de Cambridge, W.W. Buckland, qui vient de mettre au point certaines brochures italiennes dont il montre l'exagération. En France où nous sommes moins ardents que nos voisins, nous nous efforçons de modérer leur ardeur et de leur montrer que la vérité est quelquefois d'accord avec le juste milieu. (I)

(I) Lire l'article de M. Collinet Rev. hist. de Droit 1928 . 1929 (Cité plus haut).

Il ne faut donc pas trop d'érudition. A l'inverse, il ne faudrait pas que ces cours fussent des cours de pure dogmatique. Il faut qu'il y ait dans ces cours de l'histoire, mais pas trop. Mépriser l'histoire, c'est se priver d'une grande leçon. Elle est notre grande maîtresse à tous. Politiques ou Savants ne peuvent rien sans sa connaissance. Il nous faut aussi des vues pratiques, mais sans négliger les principes

IV.- Mais il ne suffit pas d'avoir une méthode, d'en connaître les règles et de les appliquer aussi rigoureusement que possible à un sujet donné, car tous les romanistes modernes ont la conviction d'utiliser la même méthode, la méthode historique et cependant, d'une part il reste encore dans l'histoire du Droit Romain bien des points à élucider et, d'autre part, sur les questions étudiées selon la méthode nouvelle et parfois même étudiées à fond par maint et maint romanistes des différents pays où notre science est le plus poussée (Allemagne, Autriche, France, Italie), les savants n'arrivent pas à se mettre d'accord: les controverses persistent, plus âpres que jamais à mesure que l'on découvre des gloses et des interpolations plus nombreuses dans le Corpus Juris Civilis et dans les sources extérieures au Corpus, comme les Institutes de Gaius et les Sentences de Paul (I).

Comment donc faire pour présenter aux élèves une reconstitution historique du Droit Romain assez sûre (car elle ne l'est jamais complètement en raison des lacunes dans les sources) pour leur inspirer confiance ?

Il faut que le savant non seulement pratique la saine méthode, mais encore qu'il ait une doctrine. Une doctrine ? Alors, dira-t-on, on revient au dogmatisme ? Non point. Voici ce que M. Collinet entend par là. La doctrine, dont le savant doit se pénétrer, consiste essentiellement, à suivre quelques principes dont voici l'énoncé:

I°- Ne pas se soumettre aveuglément au dogme (car c'en est un pour beaucoup) de l'évolution "lente et continue" ou graduelle". C'est une formule qui est devenue un vrai poncif. "Peu à peu" c'est une expression que répètent traditionnellement les étudiants à l'examen et ils n'en sont nullement les inventeurs.

Le dogme de l'évolution "lente et continue" vient d'une application à l'histoire du droit du dog-

(I) M. Collinet ne veut citer en exemple que l'histoire des contrats innomés encore si discutée dans sa reconstitution.

me de l'évolution en histoire naturelle, du transformisme de Lamarck ou de l'évolution de Darwin. Mais cette thèse n'est qu'une hypothèse, aujourd'hui rejetée par d'éminents naturalistes (1).

L'histoire des Institutions du Droit Romain pour nous en tenir à elle, est infiniment plus compliquée que ne le laisserait croire l'Evolution "lente et continue" considérant le droit "comme un produit organique de la conscience d'un peuple". (Savigny)(2).

Il y a à distinguer entre l'évolution proprement dite, c'est-à-dire le développement (qui peut être d'ailleurs brusque et morcelé) d'une institution et la révolution, c'est-à-dire l'apparition d'une face nouvelle, inédite, sans rapports avec les précédents, dans l'institution ou l'apparition d'une règle nouvelle, d'une interprétation nouvelle.

L'histoire du Droit Romain se compose à la fois d'évolutions et de révolutions.

Et en terminant sur ce point nous formulons une 1ère règle de conduite en disant: "Quand une institution nouvelle se présente avec des caractères juridiques diamétralement opposés aux caractères juridiques de l'institution antérieure, elle ne peut sortir de l'ancienne" (3).

2° - Il convient alors de rechercher d'où vient l'institution nouvelle. Le problème est le même que celui qui tend à découvrir l'origine de toute institution autonome. Y a-t-il création des Romains ? Y a-t-il imitation par les Romains d'institutions étrangères c'est-à-dire en fait, helléniques ou hellénistiques, ou, peut-être étrusques (pour quelques-unes) ?

(1) Lire en dernier lieu H. de Varigny. Revue des Sciences. La crise du transformisme, Journal des débats 17 Juillet 1930 (sur la brochure l'Evolution en Biologie).

(2) Sur les limites du Dogme de l'Evolution en Droit Romain, cf. Ed. Cuq, Manuel 2ème Edit. p. II n° 2; P. Bonfante, Corso di diritto romano, vol VI. p. 71-78.

(3) Un exemple très caractéristique, mais encore discuté, se rencontre dans l'histoire de la vente romaine. Le système de M. Collinet fondé sur la doctrine qu'il expose ici même, se trouve formulé dans son Cours de IIème Année (1927- 1928); la vente consensuelle, synallagmatique, et de bonne foi ne peut être une transformation de la vente par double stipulation (dont il n'existe au reste, aucun exemple) qui aurait été formaliste, composée de deux actes unilatéraux et de droit strict- Pour la Procédure V. P. Collinet La

Cela dépend. Le problème est encore ici plus compliqué qu'il n'apparaissait à nos Anciens.

Il va de soi que, pour découvrir l'origine de l'institution romaine par imitation, il faut percevoir une ressemblance - non de surface - (1) mais profonde (2) entre l'institution romaine et l'institution étrangère.

L'utilisation du droit comparé antique sera donc notre 2ème règle de conduite.

3°- S'il résulte des recherches que l'institution nouvelle ou ancienne n'est pas imitée, qu'elle est une création des Romains - et ils en ont fait beaucoup - parce qu'ils avaient à un haut degré l'esprit pratique et juridique - il faut, pour en découvrir l'origine, se référer à l'état social, religieux moral, économique (3), politique de Rome ou du monde romain (4).

Le tableau toujours présent à nos yeux de l'état social, économique, politique, moral de Rome, et du monde romain dans ses variations au cours de cette longue histoire de mille ans (des XII Tables, 454 - 450 av. J.C. à Justinien 527-565 ap. J.C.), nous servira à expliquer bien des choses. C'est notre 3ème directive. M. Collinet la précisera ainsi: "La reconstitution du développement historique d'une institution doit toujours s'adapter aux grandes lignes de la marche de l'histoire en général et de celles du Droit Romain en particulier". Ainsi:

a) Quand les auteurs écrivent qu'un principe de Droit a surgi très tôt après les XII Tables, surgi tout de suite avec une portée illimitée - puis qu'il s'est restreint ensuite en droit classique - qu'enfin il a repris, sous Justinien de l'ampleur, mais sans atteindre à la généralité de ces origines (5) - on peut être sûr que leur doctrine est fausse, car elle

(1) Telles l'hypothèque grecque et la romaine.

(2) Tels le receptum argentarii et les pratiques grecques correspondantes.

(3) Tels les contrats consanguins.

(4) Telles les nouveautés du Bas-Empire s'expliquant probablement par la lutte du Gouvernement contre les "potentes", en faveur des "humiliores".

(5) Telle l'histoire des condictiones et de l'enrichissement sans cause d'après Pernice, Girard- Réfutation au Cours de II^e Année (1927 - 1928) et au Cours de Pandectes (1929-1930).

choque l'idée simple que le droit ne commence pas par les principes généraux.

b) Quand les auteurs imaginent qu'une règle à base psychologique ou morale a précédé, dans le temps, une règle à base réaliste (1) - on peut être sûr qu'ils se trompent, car le Droit commence par tenir compte de règles objectives avant de faire état de règles psychologiques, c'est chose connue.

D'où proviennent de telles erreurs si surprenantes de la part de savants romanistes ? Du fait qu'ils étudient une question limitée sans se préoccuper des questions voisines et sans avoir l'esprit toujours fixé sur l'histoire générale du Droit Romain, sur le développement même de l'ensemble des idées qui régissent l'histoire de l'humanité, sur la solidarité des phénomènes sociaux, car dans l'histoire de la civilisation d'un peuple, tout se tient, religion, morale, économique, commerce, science, art, droit et l'histoire du Droit s'éclaire par l'histoire même des facteurs du Progrès (ou du "Regres", des régressions, s'il y a lieu) (2).

4°- Dans l'histoire des institutions romaines, enfin il convient de ne pas négliger la matière dont s'est opérée leur transformation, c'est-à-dire pour préciser de découvrir le rôle respectif des divers organismes qui concourent à cette transformation : en Droit Romain, c'est le rôle, assez négligé des sources du Droit, lesquelles pour parler d'une façon moins abstraite, sont l'œuvre de personnages divers mais chacun pourvu d'une autorité propre, peuple (pour la loi) sénateurs (pour le S. Consulte), préteurs et autres magistrats (pour l'édit), empereurs (pour les constitutions ou lois) pontifes, prudents ou jurisconsultes (dont le rôle, immense selon M. Collinet, n'est pas encore mis assez en lumière).

La 4ème directive résidera donc dans la fixation de leurs rôles respectifs. Spécialement, dans la mise en relief du rôle des prudents, (en tant qu'avocats consultants, conseillers des magistrats, des juges ou des empereurs) et du rôle des juges mêmes (3).

(1) Telle, dans la théorie d'Esmein, l'antériorité de l'exigence du titre putatif par rapport à celle du titre réel dans l'usucaption.

(2) Telle la régression du Droit Romain devenu un Droit populaire, en Occident, au moment des invasions barbares.

(3) Voir l'article de L. Collinet dans les Mélanges Geny (paraîtra en 1933).

§ 2-Intérêt du sujet choisi.

Sujet du cours: l'élargissement des obligations constituées à la fin de la République.

Le sujet du cours est l'élargissement des obligations. Sur le programme il est porté : l'élargissement des obligations classiques. Le titre est changé parce que le mot "classique" prêtait à confusion, étant donné que le mot "classique" aurait été pris dans un sens un peu différent du sens ordinaire. Le sens ordinaire vise les institutions qui existent à l'époque classique du droit romain, c'est-à-dire du Ier siècle (début de l'Empire, Auguste 27/727) au début du III^e siècle de l'ère chrétienne (Ulprien 228). D'après le titre primitif, on pourrait croire que l'élargissement portait sur les obligations qui existaient dans ces siècles-là, croire que l'élargissement était celui qui s'était produit après le III^e siècle. Mais en réalité, il s'agit d'autre chose. Il s'agit de l'élargissement des obligations que l'on pourrait appeler les obligations constituées, les obligations formées. L'obligation, pas plus que n'importe quelle institution ne s'est formée d'un seul coup. Toute institution implique une période de formation, or, il ne s'agit pas de prendre la période où les obligations se constituent, la période d'enfance des obligations. On suppose que les obligations sont formées; elles l'ont été par les efforts des jurisconsultes, et auparavant des Pontifes, et surtout par les efforts des jurisconsultes de la fin de la République. Depuis les fondateurs du droit civil jusqu'à Labéon qui vit aux confins de la République et de l'Empire et qui est mort avant 22 ap. J.C., c'est là que se constitue le droit romain et que se forment les institutions; c'est la période des Veteres, période de la fin de la République que l'on a appelée parfois la période pré-classique. Cette période très importante, dont Cicéron a été le témoin, nous ne sommes pas renseignés sur elle aussi complètement qu'on pourrait le désirer.

C'est de cette époque que nous partons pour voir comment, à partir de ce moment, se sont élargies les obligations. Le sujet comportera dans son domaine la période qui précède la période classique et la période classique elle-même, avant d'arriver au Droit de Justinien.

L'épithète employée conviendrait à toutes les institutions de cette époque: "constitué, formé", cela désigne une institution sortie de l'enfance et qui a déjà une certaine tenue. Cette épithète "formé" peut se défendre, car précisément nous verrons que les extensions des obligations et de toutes les institutions

viennent très souvent d'une déformation. On peut donc se reporter à l'institution telle qu'elle était auparavant, donc quand elle était "formée".

L'intérêt du sujet doit apparaître avant même qu'on ne le précise, si on dresse le tableau de l'obligation formée, le tableau très rapide des caractères des obligations telles qu'elles existaient à la fin de la République, ou au début de l'Empire, dans cette période pré-classique. C'est notre point de départ; l'époque de la formation est un tout autre sujet et un sujet surtout d'érudition.

Les obligations ont plusieurs sources : contrats quasi-contrats, délits et loi.

L'obligation est définie par Justinien, Inst. III I4 pr.

L'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer une certaine chose, conformément au droit de notre patrie.

Obligatio est juris vinculum, qua necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura.

L'obligation s'analyse en deux sujets, un objet et un rapport (qui est l'élément le plus important. On pourrait oublier le rapport quand on étudie la condition de la validité des contrats, mais quand on analyse l'obligation il ne faut pas l'oublier). Deux sujets: un sujet actif créancier, un sujet passif débiteur. Un objet qui peut varier (dare, facere, non facere) et un rapport. Il ne faudrait pas parler de rapport entre les sujets et l'objet, mais de rapport existant à propos de l'objet, celui-ci est l'occasion du rapport. Ce rapport en réalité, existe entre les sujets et il ne peut pas en être autrement puisque l'obligation est un vinculum juris. Le rapport obligatoire est le lien qui unit le débiteur au créancier, ce qui constitue l'obligation même, l'assujettissement. Tout cela indique une contrainte possible qui porte sur le débiteur. L'obligation est sanctionnée par une action *in personalia* une action personalis.

L'obligation exige en plus des parties certains éléments spécifiques, c'est-à-dire des éléments qui permettent de distinguer telle source de telle autre. Il y a donc des éléments généraux de formation et des éléments spécifiques de formation qui font qu'un contrat se distingue de l'autre, que le furtum se distingue de l'injuria, la vente du louage.

Eléments spécifiques de l'obligation.

Les caractères fin de la République.
de l'obligation.

Source : BIU Cujas

Elle comporte les caractères suivants:

I° - Au point de vue du sujet actif, l'obligation

résulte de rapports de droit, sources, établis pour

au point de vue actif le paterfamilias peut être seul sujet d'une obligation.

une société que nous pouvons qualifier d'encore fermée, encore très nationalisée encore une grande partie quiritaire, puisque ont seuls des droits, en principe, les citoyens patresfamilias, les citoyens sui juris; donc a contrario n'ont pas de droits en principe les autres individus, mais si le contraire est vrai pour les esclaves, les fili i et filiae familias, (alieni juris) qui n'ont pas de droits propres, la règle n'est plus absolue pour les périgrins. Ils peuvent déjà devenir créanciers puisqu'à cette époque tout un droit s'est formé à côté du jus civile, le jus gentium, le droit des nations. Ce sont les actes commerciaux qui servent au commerce international, la vente, le louage... Sans doute le paterfamilias peut acquérir des créances par l'intermédiaire des alieni juris. Cela ne provient pas d'un droit appartenant aux alieni juris eux-mêmes. Ils sont "au droit d'autrui", c'est-à-dire que quand ils exercent un droit ils ne l'exercent qu'en vertu d'une sorte de délégation de leur pater. Mais il n'y a dans tout ceci rien de juridique (il est même inexact de dire qu'ils représentent leur pater, ce n'est ni une délégation ni une représentation). Ils acquièrent des droits à leur pater mécaniquement, car ils sont comme les "appendices" de leur père, ils sont pour le pater des instruments d'acquisition, des prolongements de sa personnalité.

Mais l'idée de représentation n'existe pas au VII^e siècle quoique la vieille civilisation romaine commence déjà à se transformer (qu'on n'oublie pas les plaintes de Caton: la religion est abandonnée, la morale chancelle). Cette époque civilisée ne connaît pas la représentation, le père ne peut acquérir per extraneam personam et la stipulation pour autrui est ruelle.

2°-Au point de vue des sujets passifs. La conception de l'obligation est moins stricte que du côté actif. L'obligation grève les citoyens patresfamilias. Elle grève aussi les périgrins dans les actes du jus gentium. Mais déjà à cette époque, les esclaves peuvent s'obliger par leur délit, le fils de famille peut également s'obliger par ses délits et par son contrat. Mais les filles de famille ne peuvent pas encore s'obliger; elles ne le pourront qu'au Bas-Empire. Les pupilles, c'est-à-dire les sui juris en tutelle, les jeunes gens de moins de 14 ans et les jeunes filles de moins de 12 ans, sont incapables en fait.

Au point de vue des rapports entre les alieni juris et le paterfamilias et du côté passif, un progrès considérable a été réalisé dans l'intérêt des créanciers. D'abord il y a longtemps que les patresfamilias peuvent être poursuivis par les actions noxiales, pour les délits des alieni juris puisque la noxalité est une

Au point de vue passif une certaine activité est reconnue aux alieni iuris.

théorie très archaïque. D'autre part, il y a déjà un certain temps, depuis que les préteurs ont le droit de faire des Edits (or il n'y en a pas sous les actions de la loi, dit Gaius 4.II), dans le courant du VI^e siècle et le début du VII^e siècle ont été créées tout un ensemble d'actions, qu'on appelle les actions adjectitiae qualitatis, qui sont des modifications de la formule permettant d'agir contre le paterfamilias, à raison de l'acte passé par l'alieni juris. A contrario la représentation n'existe pas davantage au point de vue passif qu'au point de vue actif. Encore à la fin de la République l'obligation contractuelle une extranea persona ne grève l'intéressé pas plus que le contrat ne lui aurait profité et la promesse pour autrui est nulle.

Dans l'ensemble donc, société fermée, mais tout de même moins fermée qu'au point de vue actif.

3°- Au point de vue des éléments constitutifs de chaque source d'obligation, ces éléments spécifiques ont été, à la fin de la République, fixés par le travail des prudents.

A cette époque ces éléments sont des éléments que l'on peut qualifier de purs. L'ensemble de ces éléments, conditions propres à l'efficacité de telle ou telle opération, ne porte pas de nom en droit romain classique, et ce sont les Byzantins qui ont trouvé un mot pour désigner l'ensemble de ces éléments qui caractérisent chaque contrat ou chaque délit, le mot "natura", que les Romains n'ont pas employé dans ce sens (Cf. R.H.D. 1929).

Cette expression c'est l'expression grecque "physis". (Cf. Etudes T.I).

Ici encore et plus encore que tout à l'heure, nous trouvons la rigidité romaine. Il ne faut pas d'ailleurs exagérer ce caractère de rigidité des institutions romaines. La formule qu'on prétend si rigide en pratique ne l'était pas tant que cela. Elle nous apparaît comme rigide parce que nous la voyons chez Gaius qui ne donne que des modèles et un modèle est toujours raide. Cette raideur existe bien dans les institutions du VII^e siècle ab U.C. Chacune présente ses caractères distinctifs. Tout est bien réglé, organisé. Il n'y a pas de confusion possible; c'est l'ordre, le classicisme comme le gouvernement d'Auguste et notre XVII^e siècle.

Seulement, c'est le revers de la médaille, avec un ordre aussi parfait, une réglementation aussi rigide, la vie sociale, économique risque d'être négligée. Sous le classicisme du XVII^e siècle coule un courant que l'on n'aperçoit pas et qui se révélera au XVIII^e siècle par la Révolution, 75 ans après la mort du grand roi.

Ici c'est la même chose. Tous les jurisconsultes

Les éléments spécifiques de chaque source d'obligation sont dégagés.

Les besoins de la pratique et la rigidité romaine.

anciens qui ont construit le droit ignorent les institutions de la pratique qui ne sont pas érigées encore en institutions juridiques sanctionnées. Vous pouvez faire une opération d'échange, c'est comme si vous ne faisiez rien du tout. On s'en rapporte en réalité à la foi de chacun. De même vous ne pouvez donner en paiement autre chose que ce à quoi vous êtes tenu, la datio in solutum est inexistante. De même le damnum injuria datum s'interprète de façon restrictive. S'il n'est pas donné corpori corpore il n'y a pas de sanction, la loi Aquilia ne s'applique pas.

Mais nous avons dit tout à l'heure que sous ce clacissisme admirable se manifestent des courants qui venaient de la vie et que personne ne peut jamais arrêter. Tout change et évolue. Il fallait donc que cet ordre admirable fut entamé un jour ou l'autre.

Le régime que nous avons exposé, et qui était construit d'une façon très logique, ne pouvait se maintenir tel dans la suite des temps. Mais si on considère un régime quelconque de droit, une institution quelconque, on s'aperçoit que, d'après une loi générale, il se produit en elle un élargissement, c'est-à-dire que la tendance générale de la civilisation est une extension de plus en plus grande des rapports qui n'existaient d'abord que d'une façon limitée. Cette loi générale peut se vérifier dans l'histoire. Cette "loi d'extension" amène à reconnaître et à sanctionner des rapports de plus en plus nombreux et au profit de personnes de plus en plus nombreuses. Si on prend la société romaine, il est évident que la situation n'était pas la même au temps des XII Tables, à la fin de la République, sous l'Empire et sous Justinien. Le progrès se fait dans le sens de l'élargissement des droits et corrélativement aussi des obligations. Il était donc normal que le régime précédemment décrit des obligations ne se maintint pas.

Leur élargissement se produisit parce que le régime antérieur devait, à un certain moment, apparaître trop étroit, sous la pression des courants politiques, religieux, économiques, sociaux. L'extension des obligations s'est faite dans tous les sens, sous tous les angles, c'est-à-dire tant au point de vue des sujets des obligations que des éléments existant dans les rapports obligatoires. Mais ce qu'il faut considérer, c'est que cette extension s'est produite dans des directions différentes, sous des influences différentes et à des époques différentes. En effet, c'est une idée trop simpliste que celle qui s'imagine que tout marche en même temps. Un ensemble lié d'institutions n'évolue pas, ne change pas tout d'une pièce. C'est un ensemble trop vaste et trop disparate que les obliga-

L'extension des obligations tant au point de vue de leurs sujets que de leurs éléments.

tions pour pouvoir se mouvoir tout d'une pièce. De même chez nous la législation sociale ne se modifie pas d'un seul coup. Le progrès se fait par zones, par vagues.

Triple intérêt du sujet.

1° - intérêt juridique.

2° - intérêt technique.

L'importance de la technique en Droit Romain à raison de la prédominance de la notion de l'action sur celle de droit.

Le sujet a plusieurs intérêts:

- 1° - intérêt juridique ou dogmatique,
- 2° - technique,
- 3° - historique,

1° - L'intérêt d'un tel sujet est juridique ou dogmatique.

En effet, il faut de toute nécessité partir d'une situation donnée. Si nous voulons chercher les extensions de la vente, il faut rappeler ce qu'était la vente, d'où nécessité de décomposer les éléments qui constituent tel ou tel contrat ou tel ou tel délit pour voir dans quel sens s'est produit son élargissement. De même, au point de vue des personnes qui figurent dans l'obligation, il faut voir quels en sont les sujets primitifs, pour voir quelles autres personnes en bénéficieront ou la supporteront au point de vue passif. Ainsi l'extension de l'obligation à l'égard du pupille quand locupletior factus est, l'extension de la vente, du louage, du délit de la loi Aquilia.

2° - L'intérêt technique est le second intérêt. La technique est très à la mode. On peut dire que le mérite de lui avoir donné sa place revient à M. Gény. En droit romain, il y a bel âge que la technique avait été étudiée, dans un ouvrage qu'on ne lit peut-être plus assez, et qui est de la plus haute valeur: l'Esprit du droit romain de Ihering. Sans doute il a vieilli et il ne pouvait en être autrement dans une matière comme le droit romain où on a fait tant de découvertes et rénové tant de choses grâce à la méthode historique et au droit comparé. On pourrait refaire un Esprit du Droit romain qui, sur certains points, conserverait les idées de Ihering et qui, sur d'autres, le modifiaient ou le complèteraient.

Si nous comparons ce qui se passe aujourd'hui et ce qui se passait à Rome, nous constatons une très grande différence qui est le fruit du progrès des idées et de la technique juridique.

Aujourd'hui le point de vue technique, en ce qui concerne l'élargissement des institutions est réduit au minimum. L'élargissement des institutions, et spécialement des obligations, se fait soit dans la doctrine qui doit être le flambeau (et doit précéder la jurisprudence et non pas la suivre), soit dans la jurisprudence et dans la pratique des affaires. Jurisprudence, doctrine, législation ne font bien souvent que légaliser la pratique. Cet élargissement est commandé par cette grande loi naturelle du progrès et

l'évolution se fait sous l'empire des mêmes nécessités qu'en droit romain. Du moment que nous sommes en face d'une civilisation, les mêmes nécessités agissent dans les mêmes directions, que ce soit la civilisation romaine de 27 av. J.C. à Justinien ou la civilisation chez nous depuis le Moyen-Age à nos jours, c'est schématiquement la même chose. C'est la marche de la vie sociale, ses courants et contre-courants qui ne s'arrêtent jamais et dont beaucoup sont alimentés par les relations internationales; on sait que déjà elles étaient considérables dans le monde romain et qu'on leur doit beaucoup d'améliorations et d'élargissements des institutions.

Comparaison entre les procédés d'élargissement des institutions en droit romain et aujourd'hui.

Aujourd'hui l'élargissement étant à la fois moins nécessaire et plus aisément, la technique est réduite à presque rien. L'élargissement est plus aisément parce que le droit moderne obéit à deux grands principes en matière d'obligations: le principe de l'art. 1134 pour les contrats, celui de l'art. 1382 pour les délits et qu'il suffit dans de nombreux cas d'appliquer l'un ou l'autre pour sanctionner des opérations ou des délits auxquels le droit romain n'aurait pas pensé. C'est un très grand progrès et les Romains, les Byzantins s'en sont approchés mais sans jamais faire le pas définitif pour assimiler la convention et le contrat.

La Cour de Cassation, dans les considérants de ses arrêts, si elle veut faire une innovation, appliquera, car il le faut, un article de loi. Mais cet article dont il faut tirer une nouveauté, auquel il faut faire rendre un son nouveau, on le torturera plus ou moins pour en faire sortir ce qu'on veut, ou bien on peut également appliquer tel article au lieu de tel autre et cela change complètement la solution. C'est ce que la Cour de Cassation a fait pour les accidents d'automobile, en appliquant l'art. 1384 au lieu de l'art. 1382 (arrêt du 13 Février 1930). Un autre procédé consiste dans l'opération contraire, à restreindre l'application d'un texte, par exemple à restreindre l'application de l'art. 1119 pour arriver à sanctionner l'assurance-vie. Tout cela ne constitue pas à proprement parler la technique. Ce ne sont que des procédés d'interprétation très simples, parce qu'aujourd'hui c'est le non formalisme qui règne et que, nous, nous vivons sous un régime de liberté juridique. La substance, le fond l'emporte sur la forme et la doctrine, la jurisprudence n'ont plus à se préoccuper du mécanisme technique comme en droit romain.

La technique (techné, art) l'art juridique par opposition à la science, est bien plus importante à Rome qu'aujourd'hui et le maniement de cette technique est beaucoup plus délicat qu'aujourd'hui. C'est que dans tout le développement du droit romain, il faut

bien se convaincre que ce sont les actions et non les droits qui tiennent la plus grande place et jouent le rôle principal. Ce sont les actions qui tiennent la plus grande place, non pas que les Romains ignorent les droits, mais parce que les droits sont intégrés dans les actions, alors que chez nous l'action est réduite au minimum.

Nous prenons toujours les questions par le côté droit, ici par le côté obligations; en droit romain nous cédons à la technique moderne et nous parlons du côté droit ou obligation. Nous n'ignorons pas que Gaius déclare que tout le droit se réfère aux personnes, aux choses, aux actions. Mais il n'empêche que dans tout le cours du droit romain c'est le côté action qui l'emporte et les Romains maintiennent aux actions une place prépondérante. Il y en a des preuves nombreuses. Voyez la rubrique du titre *De obligationibus*, elle est accompagnée des actions et "de actionibus"; Voyez les titres relatifs aux contrats: *de actionibus empti et venditi* à côté du titre de *contrahende emptione*. Le louage est présenté dans un titre *locati*, le mandat dans un titre *mandati vel contra*. Comparez également la place que tiennent dans les commentaires des jurisconsultes qui donneront la substance du Digeste, ces *Libri ad Edictum* qui sont les commentaires de l'*Edit*, c'est-à-dire du répertoire des sanctions des droits, actions, exceptions, interdits, etc,... Les *Libri ad Edictum* ont servi du reste de matière à l'enseignement jusqu'à la réforme de la constitution *Omnem* de 534. Surtout nous verrons constamment dans les textes, quand il s'agit de l'élargissement de l'obligation que l'on parlera de l'extension de l'action et il en sera ainsi non seulement dans les textes classiques, mais aussi dans les interpolations et les textes de Justinien. L'action a dominé le droit romain, la construction des actions a dominé le droit romain. Ce qui n'empêche pas l'obligation d'exister aussi.

Importance de l'action à Rome.

L'action domine parce que les jurisconsultes sont des esprits pratiques et les esprits pratiques considèrent tout par rapport à la sanction, donnent la prépondérance à l'action, à la procédure, parce qu'il faut que le droit soit appliqué, que la parole donnée est respectée, qu'aucun tort n'est causé à autrui le droit n'a rien à faire. Mais comme il en est rarement ainsi, des procès surgissent et la pratique doit jouer son rôle. Il est inutile d'insister sur l'importance des *Legis actiones* et des formules qu'on a trop tendance à ne considérer qu'au point de vue de la forme alors qu'il faut aussi considérer le fond. A ce point de vue Gaius (IV.47) oppose à l'action *in jus de dépôt*

l'action in factum; il faut également considérer le fond des choses et à ce point de vue on constate que si dans l'action in jus l'action a sa source dans le contrat, dans l'action in factum l'action a sa source non seulement dans le "fait" du dépôt, mais aussi dans un autre fait capital "que la table d'argent n'a pas été rendue par le dol de N.N.". C'est là la base de l'action in factum: la non restitution par le dol du dépositaire. Il ne faut donc pas parler là de rupture de la foi (comme M. Buckland), le dol n'est pas la rupture de la foi.

L'importance de la procédure tient à ce que dans les actions, les exceptions, les droits sont intégrés et que de la rédaction de la formule les Romains tiennent des conséquences considérables.

On s'imagine quelquefois que l'obligation va prendre le pas sur l'action au Bas-Empire puisque dans la procédure extraordinaire le formalisme est réduit au minimum, que le caractère substantiel va l'emporter sur le caractère formel. Il semblerait que le droit et l'action fussent plus unis que jamais. Sans doute, il y a progrès de l'obligation par rapport à l'action. Mais ce serait une erreur de croire que le développement de l'obligation a tué l'action. Le Digeste est encore plus plein d'actions que les sources classiques et dans les constitutions personnelles de Justinien les réformes se font encore avec l'action. Donc c'est encore l'action qui domine. Cette constatation n'était en somme qu'un point de départ, une idée d'introduction.

Si les actions dominent à toute époque du droit romain, il s'ensuit que l'extension se produira sous forme de l'extension des actions. En droit romain, nous avons affaire à une technique très savante, attendu qu'il ne s'agira pas de technique d'obligations, mais de technique d'actions. De quoi s'agit-il ? Il s'agit d'étendre les obligations à telle ou telle personne, au point de vue actif ou au point de vue passif, au regard des éléments constitutifs de l'obligation. Comment va-t-on faire ? On va étendre les actions, ou même on crée des actions nouvelles, par conséquent on ne doit pas être surpris que les actions prennent souvent le pas sur l'obligation. Nous partirons des actions (par. ex. action ex stipulatu, empti, furti, de la Loi Aquilia), dans leur pureté, dans leurs éléments simples et suffisants à la fin du VII^e siècle et nous chercherons comment, de ce point de départ, on est arrivé à appliquer les actions à d'autres personnes que celles auxquelles elles s'appliquaient au début, ou à d'autres faits qu'aux faits auxquels elles s'appliquaient d'abord, ou comment des

le rôle de
l'action et
la procé-
ure dans
l'extension
du droit.

Passons en revue les procédés qui ont servi à l'extension des obligations.

Procédés utilisés pour réaliser l'extension des obligations: action directe (évolution du droit civil), actions fictives, à transposition et actions in factum (élargissement prétorien par voie d'imitation ou de création.

1° - Nous savons, par rapport aux titulaires de l'obligation, c'est-à-dire des sujets actifs, créanciers, que l'extension se fait par voie d'action fictice (Gaius IV.34 et 35 ssq.) ou par voie d'action utile. (Ainsi l'action aquae pluviae sous forme d'actio utilis est concédée à des personnes qui n'y avaient pas normalement droit à la fin de la République, à l'usufruitier ou au fermier de l'ager vectigalis, au titulaire de la servitude de passage).

2° - Par rapport aux sujets passifs, aux débiteurs on trouve les mêmes procédés: l'action fictice (Gaius IV.34.35.37.38), l'action utilis (action aquae pluviae arcendae utilis contre les mêmes personnes, usufruitier fermier de l'ager vectigalis, titulaire de la servitude de passage). - De même les actions sont données à titre utile contre le pupille rendu locupletior.

Mais il y a en plus une autre voie, celle des actions dites à transposition de personnes ou de sujets: un nom figure dans l'intentio, un autre dans la condemnatio (actions adjecticiae qualitatis, formule utilisée contre le bonorum emptor, Gaius IV.35, ou en matière de procuratelle).

3° - En ce qui concerne l'obligation elle-même, c'est-à-dire des éléments spécifiques des contrats ou des délits, des cas nouveaux s'étant présentés, on voudrait appliquer aux rapports nouveaux le contrat, le délit existant. Voilà le problème. Comment le résoudre ? Ici encore les Romains ont fait preuve d'imagination créatrice et de variété. Ils vont appliquer l'action existante soit sous sa forme directe, à titre d'action directe, c'est-à-dire sans modification de la formule, soit sous forme d'action utile, soit en créant une formule in factum.

Il va de soi que l'extension à des cas nouveaux de l'action directe constitue un progrès autonome du droit civil. C'est le droit civil lui-même qui se développe. Le droit civil se développe lui-même sur le plan civil, c'est la même formule qui est appliquée dans de nombreux cas nouveaux. Nous en verrons un exemple à propos des condiciones.

Mais beaucoup plus répandu a été l'emploi de la formule utile et des actions in factum de l'ordre prétorien.

Il y a donc là trois types: le premier, l'action directe représente l'évolution normale, le deuxième l'extension par analogie ou par assimilation; le troisième l'extension par voie de création, l'action in factum n'imiter pas, elle est une création propre, particulière et autonome.

Deux remarques encore sur la technique:

1° - On voit la variété des procédés techniques à Rome

et en particulier la variété des types de formules pré-toriennes (fictice, utile, à transposition, in factum). Tout cela concourt au même but: étendre l'obligation. Cela montre une fois de plus la souplesse et la richesse du droit romain, c'est-à-dire des préteurs et des prudents, car on est de plus en plus convaincu que ce sont ceux-ci qui proposaient les formules aux préteurs et ont joué le rôle le plus important dans l'extension des droits (Cf. article de M. Lévy-Bruhl).

La variété des types qui ont été employés pour développer les actions (action directe, fictice, utile, à transposition de sujets, in factum) indique le caractère "plastique" du droit romain.

2° - En empiétant un peu sur ce qui va suivre, disons que le mouvement d'élargissement a continué pendant l'époque post-classique (III^e, IV^e siècles), préjustinienne (V^e siècle), et à l'époque de Justinien (VI^e siècle). Ce mouvement s'est produit par les mêmes voies. Les actions fictives et les actions à transposition liées à la formule même, ont disparu, mais les actions utiles et in factum subsistent; on les trouve dans des textes interpolés et dans des constitutions de Justinien. Qu'est-ce que cela peut signifier et quel peut être leur sens au Bas-Empire? Quelle peut être la raison d'être des actions qui ont passé dans le droit de Justinien, actions utiles et actions in factum? Quel est leur rôle en fonction de la procédure extraordinaire? On le recherchera.

3° - Le sujet présente un intérêt historique. Ceci nous amène, suivant les idées directrices indiquées dans notre Introduction, à rappeler que la chronologie est à la base de l'histoire, observation qui a en droit romain une très grande importance. Il sera donc nécessaire de chercher autant que se pourra la date des institutions, la date où se sont produites les extensions. Cette recherche est difficile, parfois impossible. Mais on peut toujours circonscrire la date entre deux points à une certaine période. Il est rare que nous connaissons les dates exactes en droit romain (sauf pour les constitutions). Pour notre sujet nous aurons peu de dates sûres, Gaius nous fournit quelques indications sur la formule Rutilienne par exemple. De même Justinien fournit quelques données certaines parce que ses constitutions sont datées et que dans ses constitutions il peut y avoir eu quelques extensions; de même pour quelques constitutions antérieures. Hors de là la date se circonscrira dans des limites plus ou moins incertaines.

En outre, il y a une difficulté qui est une caractéristique de la science moderne, et dont la ca-

Continuation
de l'élargis-
sement des
obligations
dans le Droit
post-classi-
que.

3° - Intérêt
historique
du sujet -
Difficulté
qu'il présen-
te à raison
du problème
des inter-
polations.

rence allégeait beaucoup le travail des anciens Romanistes. C'est le problème de l'authenticité ou du classicisme du texte. Toutes les fois qu'une règle apparaît dans un texte de jurisconsulte transmis par le Digeste et même dans les textes en dehors des Compilations de Justinien, dans une constitution d'un empereur du Haut-Empire, ou dans des textes remaniés à l'époque post-classique, la question se pose de savoir si la règle, ici l'extension, appartient bien à l'auteur sous le nom duquel elle figure, jurisconsulte au Digeste, empereur au Code, ou si sous ce nom ce n'est pas un autre auteur qui est responsable.

Longtemps on a considéré un seul côté de la question, le côté le plus naturel. On recherchait les glosses, les interpolations pour "épouiller" le texte. On ne se préoccupait pas du tout, après ce travail, de ce que révèle cette épuration. La méthode était mauvaise, car si l'innovation a été faite, elle avait un but.

Il faut se préoccuper non seulement de reconstituer le texte classique, mais aussi des altérations et de trouver leur date et leur but. C'est un repère, un témoin sur la route qu'a suivie le développement du droit romain. Si nous pouvons démontrer qu'une altération est de l'époque post-classique, III^e siècle, IV^e siècle et en même temps qu'elle vient d'Occident, nous avons obtenu un résultat que n'avaient pu obtenir nos prédecesseurs. Si nous montrons l'origine pratique, ou l'origine scolaire de l'institution, il y a là un résultat nouveau, deux institutions différentes. Ces altérations qui sont bonnes à rechercher, il faut s'en servir comme de jalons sur la route du développement du droit romain post-classique. On s'y attache de plus en plus et on arrive à remplir les vides qui s'y trouvaient encore il y a quelque temps.

Notre sujet présente donc plusieurs intérêts. Il mettra en œuvre toutes les opérations indiquées au § I et évitant une méthode trop simpliste, ou trop absolue, nous suivrons la vraie méthode historique: complexe et relative.

(anciennement)

ancien et

§ 3- Le plan du cours.

Première partie: quelques questions choisies. Le plan ne se fera qu'au fur et à mesure. Cependant nous pouvons dire que le Cours aura deux parties dans la Première Partie nous étudierons des cas choisis, des questions choisies dans le vaste domaine de l'élargissement des obligations. Il y a de larges morceaux du droit romain qui seront exclus parce que pour les étudier d'un peu plus près il faudrait un cours spécial pour chacun.

Questions à éliminer.

Le premier, ce sont les condictiones dont l'étude pourrait faire l'objet d'un cours spécial, puis les obligations naturelles qui rentrent aussi dans le développement des obligations. Le troisième sujet (qui sera traité peut-être, mais de façon un peu ramassée) ce sont les contrats innomés qui constituent un magnifique morceau du développement des obligations.

Schématiquement, voici ce que M. Collinet pense du développement des condictiones. C'est un sujet très important sur lequel il n'a pas du tout les idées de Girard. Le cours exposé suivant nous montrera à la fois le point de départ, le point d'arrivée et les directions que nous suivrons dans ce cours.

Sur le développement des condictiones, il faut rejeter le système de Pernice, adopté et perfectionné par P.F. Girard; parce que ce système est contraire à la vraisemblance historique. (Cf. F. de Visscher). La condictio et le système de la procédure formulaire, 1923. C.R. de M. Collinet R.H.D. 1924 pp. 532 et ss).

Les condictiones se sont développées en proliférant par une seule voie technique, la voie de l'action directe. C'est la condictio elle-même qui s'applique à des cas de plus en plus nombreux et se développe normalement. On reste sur le terrain de l'ordre civil, la technique prétorienne n'a rien à voir avec la condictio. On peut se demander pourquoi, car le reste du cours ne nous montrera pas beaucoup d'exemples de développement par la voie de l'action directe. On se rappelle que Gaius, IV, 33, déclare qu'il n'y a aucune formule fictice de la Legis actio per condictionem. C'est le seul cas, car Gaius parlait d'actions fictives des autres legis actiones, même si son énumération n'a pas pu être complètement lue par Studemund. S'il n'y a pas de formule fictice de la legis actio per condictionem, c'est parce que la condictio était une dénonciation et qu'on ne voit pas bien une fiction de dénonciation. On était déjà arrivé à une telle

Quelques mots sur le développement des Condictio - nes.

Le développement de la condictio exemple d'élargissement des obligations par voie d'action directe; rai- sons pour lesquelles il a pu se faire sans intervention du préteur.

simplification qu'on ne voit pas bien ce qu'il y aurait à imaginer par fiction. D'autre part, la caractéristique de la condictio est d'être une action abstraite comme la stipulatio et le contrat litteris auxquels elle sert de sanction. La condictio n'exprime pas sa cause, sa source. La formule est très simple, dans l'actio certae creditae pecuniae: elle est réduite au minimum : "si paret Numerium Negidium Aulo. Agerio centum dare oportere centum condemnna. Si non paret absolve". Il va de soi qu'une formule abstraite comme celle-là ne comporte pas d'extension possible par fiction et n'est pas générée dans son développement. Une action abstraite est une action passe-partout et peut servir à tout.

Les bases de la condictio; une datio ou le fait qu'une chose se trouve chez autrui ex injusta causa.

Les Lois Silia et Calpurnia qui ont créé la condictio n'ont prévu que l'objet : certa pecunia, alia certa res. Hors de là rien n'est prévu, le champ était libre. Le point de départ de notre étude peut être l'époque des Veteres. Nous trouvons-là, chose rare, un texte de Cicéron pro Roscio Comoedo, Ch. V § 14 qui nous dit que la condictio naissait quand la pecunia avait été aut data aut stipulata aut expensilata (variante Ch. IV § 13: adnumerasse au lieu de data). Il faut tenir compte des deux textes pour bien comprendre le point de départ. A quoi s'applique le dare? Dare indique un transfert de propriété, donc la condictio est donnée dans des cas où l'argent a été transféré. On voit un certain nombre de cas où il en est ainsi dès l'époque de Cicéron, plutôt par hypothèse que par des textes : on voit le mutuum, l'indebitum (car la condictio indebiti doit être ancienne par le fait même qu'elle porte un nom technique) la condictio ob turpem vel injustam causam, ou tout au moins certains cas de condictio ob turpem vel injustam causam. Il faut faire attention, et ceci est capital, que dare ne couvre pas la condictio furtiva (ancienne aussi à cause de son nom) attendu que quand elle naît c'est qu'il y a un furtum et que celui-ci n'a rien d'une datio, d'un transfert de propriété. Ceci est très important, car c'est la preuve qu'à côté des faits qui donnent naissance à la condictio pecunia aut data, aut stipulata, aut expensilata, on trouve une autre base à la condictio puisque la condictio furtiva existe dès les Veteres, dès avant Servius Sulpicius). Cette autre base est fournie par un texte très célèbre et très discuté: Ulprien I8 Ad Sabinum D. 12. 5. de condictione ob turpem vel injustam causam, 6: Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex injusta causa apud ali-

Toujours Sabinus a approuvé l'opinion des anciens qui pensaient que ce qui se trouvait chez quelqu'un

Ulprien
D. 12. 5. 8.

veterum
opinionem
existimantium
id, quod ex
injusta causa apud ali-

quem sit, posse
condici. In qua sen-
tertia etiam Celsus
est.

en vertu d'une cause in-
juste pouvait faire l'ob-
jet d'une condicatio. De
cet avis était également
Celsus.

Impossibili-
té d'entendre
ce texte comme
sanction-
nant d'une
façon géné-
rale au
temps des
Vetores le
principe de
l'enrichis-
sement sans
cause.

Ce texte nous montre une autre base pour la con-
dicatio que celle indiquée par Cicéron: ce qui se trouve
chez autrui ex injusta causa. La chose peut se trouver
chez quelqu'un par suite d'une datio mais elle peut
aussi s'y trouver à la suite d'un autre fait. D'un
côté il y a un transfert (du reste inopérant puisqu'il
permet la répétition, par exemple dans le cas d'inde-
bitum), mais il se peut aussi que la chose se trouve
chez autrui sans transfert ex injusta causa, dans le
cas de condicatio furtiva. Mais le texte n'a pas dû
être écrit pour elle. Ceci résulte du titre sous le
quel il a été placé. Il y a donc eu un moment où on
est passé de l'idée de datio à l'idée de présence chez
autrui ex injusta causa, premier exemple d'extension.

Mais une controverse qui dure toujours est
relative à la portée du texte: Fernice & Girard avaient
construit sur ce texte un système d'après lequel les
Vetores auraient admis la condicatio pour enrichisse-
ment sans cause d'une façon générale. Le principe pos-
sé par Sabinus et les Vetores serait absolu: tout ce
qui se trouve chez autrui peut faire l'objet d'une
condicatio. Tous les cas d'enrichissement sans cause
seraient sanctionnés à cette époque par la condicatio.
Mais comme à l'époque classique les textes prouvent
que tous les cas d'enrichissement sans cause ne sont
pas sanctionnés (impenses du possesseur de bonne foi),
nos auteurs disaient qu'à l'époque classique les con-
dictiones ont été l'objet d'une classification par les
jurisconsultes romains et qu'à cette classification
certaines condictiones ont échappé. Comme sous Jus-
tinien les cas de condictiones sont plus nombreux, on
rattache ce fait à un développement de la condicatio
sous Justinien. L'évolution se schématiserait en "dia-
bolo": large au début, étroite à l'époque classique,
de nouveau large à la fin. Cette évolution est évidem-
ment fausse. On n'a jamais vu une évolution se mani-
festant sous un tel schéma: toute évolution commence
petitement, puis grandit.

Le texte d'Ulprien se comprend autrement. Il se
réfère à quelques cas particuliers que nous ne connais-
sons pas, à quelques hypothèses de condicatio ob turpem
vel injustam causam peut-être à la condicatio furtiva.
Le texte est général, sans doute, mais il faut bien
observer que cette généralité n'est qu'apparente.
C'est un argument général, mis au service de cas par-
ticuliers. Ce n'est pas du tout l'annonce d'une sanc-

Développement
progressif de
la condicatio
sine causa
sans qu'elle
soit jamais ar-
rivée à une
application
Source : BIU Cujas

générale à tous les cas d'enrichissement sans cause.

tion générale, car si tous les cas d'enrichissement sans cause avaient été sanctionnés au VIII^e siècle, ils le seraient encore à l'époque classique. S'il y avait une condic平 pour sanctionner au VIII^e siècle de Rome, tout enrichissement sans cause, pourquoi aurait-elle disparu par la suite ? Ne nous laissons pas tromper par des arguments généraux ou d'une généralité apparente.

De ce que l'on trouve en droit romain le principe "Nul n'a le droit de s'enrichir au détriment d'autrui", allez-vous tirer que tous les cas d'enrichissement sans cause sont sanctionnés ? Non. Le principe n'a qu'une généralité apparente et il y a des cas où on peut s'enrichir au détriment d'autrui. Ce principe général: "Nul n'a droit de s'enrichir au détriment d'autrui" ne s'est pas intégralement appliqué. De même l'argument général: "tout ce qui se trouve injustement chez autrui est sanctionné par une condic平" est un principe d'apparence générale mais qui ne s'applique pas intégralement. Il est impossible que la théorie de l'enrichissement sans cause fut complète dès les Veteres et à vouloir le soutenir on va contre la vraisemblance historique car une évolution se fait en partant de points d'éruption; l'extension commence sur tel ou tel point, puis gagne progressivement et se généralise pour arriver au couronnement et encore pas toujours; ainsi, les Romains n'y sont jamais arrivés pour l'enrichissement sans cause.

Le développement des condic平nes sine causa s'est fait à l'époque classique. Puis il y a eu une reprise (intéressante à étudier) à l'époque byzantine préjustinienne: le classement des condic平nes a été refait d'après leur objet (condic平 certi, incerti) et d'après leur cause (car dans cette action qui n'avait pas primitivement de cause on est amené à préciser la cause: condic平 ob turpem vel injustam causam). Si bien que dans l'œuvre de Justinien beaucoup de noms de condic平nes ne sont ni classiques, ni occidentaux (condic平 certi, incerti, triticaria, ex lege) et les causes sont probablement aussi des expressions trop ambiguës et trop peu élégantes pour être classiques: causa data causa non secuta, re data re non secuta...

Tout cela a pu être accueilli par Justinien d'après la pratique préjustinienne ou dans l'enseignement des Ecoles, mais le fond est classique et ce sont les jurisconsultes de la belle époque qui ont fait le plus.

La II^e partie examinera les procédés techniques d'élargissement, en insistant sur le droit de Justinien.

PREMIERE PARTIE

CAS CHOISIS DE L'ELARGISSEMENT DE L'OBLIGATION.

Chapitre I

L'ELARGISSEMENT DU DÉPÔT.

Définition et caractères du dépôt.

Le dépôt est un contrat gratuit par lequel l'accipiens, le dépositaire, s'engage à garder la chose déposée, qui est une chose mobilière et non fongible (une species), sans s'en servir et à la restituer au tradens, au déposant, à première réquisition. Le dépôt, comme tout contrat re, se forme par une traditio; mais la traditio est un acte neutre qui prend sa physionomie particulière avec chaque contrat re. Ici la traditio ne confère au dépositaire que la pure détention. Tels sont les traits du dépôt romain normal, dit dépôt régulier (Cf. art. 1915, 1917, 1918 1919 C.C.).

Sa sanction sur le terrain délictuel avant sa reconnaissance comme contrat.

La formule in jus et la formule in factum de dépôt.

Le dépôt romain a d'abord été sanctionné comme délit civil par les XII Tables, par voie d'action in duplum pénale. (Paul, Sentences II, 12.II). La non restitution du dépôt constituait un délit et c'est une idée qu'on retrouve en droit comparé. Ce dépôt est devenu, à un certain moment, un contrat sanctionné par une action in jus de bonne foi et par bonheur Gaius IV, 47 a conservé la formule intégrale de cette action in jus de bonne foi; c'est la seule de ce genre que nous ayons au complet. Le même texte conserve la formule in factum depositi, c'est-à-dire la formule de l'action prétorienne qui ne sanctionne pas un véritable contrat (lequel ne peut être en connexion qu'avec l'action in jus). Le véritable fondement de cette action in factum c'est le dol; c'est parce que le dépositaire n'a pas restitué la table d'argent "par son dol", qu'il est poursuivable. C'est donc, sinon une action pénale, du moins une action qui y ressemble.

On pourrait discuter sur l'antiquité respective de ces deux formules. L'opinion générale déclare que la plus ancienne est l'action in factum. Quoi qu'il en soit, ces actions datent de la procédure formulaire. L'action depositi de bonne foi in jus ne figure pas dans la liste célèbre de Q.M. Scaevola. Elle n'existe pas donc au VII^e siècle av. U.C. et est inconnue de Cicéron. Les auteurs l'aperçoivent seulement chez Gaius IV,62 qui donne la 2^e liste célèbre des actions de bonne foi: "ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae" (Girard 8^e Ed. 1082 n. 7). Mais au sujet de la date approximative de création de la formule in jus, nous avons un autre point de repère et nous n'avons pas le point de repère indiqué par Girard. L'action depositi in jus existait au temps de Sénèque qui dans le de beneficiis, (IV,5,5 et 6,1) (écrit entre 62 et 64 ap. J.C.) parle de la compensation impossible entre l'action depositi et l'action furti. C'est de l'action depositi in jus qu'il s'agit; elle existait donc à cette époque. Girard croit même qu'elle remonte plus haut (p. 561) et que ce contrat existait du temps d'Auguste. Le texte auquel il renvoie de façon incomplète est un texte d'Ofilius (D. 34.2,39,1 - Cf. Cuq 2^e Ed. 446,8). Mais l'action visée dans le texte du Digeste ce n'est pas l'action in jus (Cuq) mais l'action in factum et ceci pourrait être un argument sur l'antériorité de cette formule.

Il a existé aussi une action depositi in jus dite contraria, mais la date des actions contraires et leur contexture procédurale est très discutée. Elle correspond au caractère synallagmatique imparfait du contrat de dépôt.

L'action in factum est citée encore dans l'interpretatio Gai d'Autun. Le professeur d'Autun du IV^e siècle commente le § 47 de Gaius, mais en modifiant la formule (Cf. Congrès de Rome, 1903). Puis l'action in factum disparaît avant Justinien, ces formules doubles étant devenues inutiles dans la procédure extraordinaire.

Il existe plusieurs variétés de dépôt. Le dépôt régulier proprement dit (ordinaire), qui consiste à remettre un objet à quelqu'un qui le garde jusqu'à première réquisition et qui est le dépôt volontaire par opposition au dépôt dit nécessaire et enfin au dépôt sequestre.

Les Romains, comme les modernes, connaissent une autre variété de dépôt qui va nous retenir plus longtemps et que les interprètes appellent le dépôt régulier, depositum irregulare, ou usurarium, le dépôt avec intérêts parce que dans la pratique il s'accompagne de rémunération.

Variétés de dépôt.

Le dépôt irrégulier; ses caractères.

pagnait d'une promesse d'intérêts.

Ce dépôt a été appelé irrégulier, parce qu'il offre des traits diamétralement opposés à ceux du dépôt régulier. On peut le définir: "un dépôt portant sur une somme d'argent, c'est-à-dire sur une chose fongible, sur une quantité (ou genus) dont le dépositaire est autorisé à se servir, à charge de rendre, non pas la chose même, idem, mais l'équivalent, le tantumden".

On comprend très bien pourquoi, du moment qu'il s'agit d'une quantité et qu'on a le droit de s'en servir, on ne peut rendre qu'un équivalent (Cf. CC. art. 1932).

Les caractères de ce dépôt irrégulier sont diamétralement opposés à ceux du dépôt régulier, car, outre les deux caractères que nous venons d'indiquer, il peut porter des intérêts, alors que le dépôt régulier est essentiellement gratuit.

Pour comprendre le dépôt irrégulier, il suffit de comprendre à qui il s'adresse, en prenant les choses, non d'une façon abstraite, mais pratique, sous l'angle de l'Economie politique. Le dépôt irrégulier est une catégorie juridique qui se conçoit très bien: c'est le contrat passé avec un banquier. Il se fait lorsqu'une personne dépose de l'argent chez un banquier qui aura le droit de s'en servir (aussi fixe-t-on des intérêts) et de ne restituer que l'équivalent des deniers à première réquisition "à vue".

A quel moment les Romains ont-ils reconnu le dépôt irrégulier? Cela revient à se demander: à quel moment ont-ils admis que l'action depositi, intentée pour sanctionner le dépôt régulier, s'applique-t-elle au dépôt irrégulier? Quand l'actio depositi a-t-elle été étendue au dépôt irrégulier? C'est une question d'élargissement d'action ou d'obligation.

Avant d'examiner cette question, indiquons dans la bibliographie assez abondante sur cette question, l'opinion qui a été émise le plus récemment. M. Bernhard Kübler, professeur à l'Université d'Erlangen, dans l'une des conférences tenues à l'Université catholique de Milan, 1931, pour célébrer le XIV^e centenaire du Digeste s'attache à réhabiliter les jurisconsultes classiques qu'il trouve trop diminués par l'Ecole critique. En fait, quand on voit les choses d'un peu près, M. Kübler a été beaucoup trop loin. Ce n'est pas l'Ecole critique qu'il combat, c'est l'Ecole hypercritique, ce qui n'est pas tout à fait la même chose. M. Kübler arrivant au dépôt irrégulier, (p. 122-123) constate que d'éminents chercheurs en attribuent la création aux Byzantins, parce que le texte fondamental, Papinien, au D. XVI.3 depositi, 24

L'élargissement de la notion de dépôt provient-elle des jurisconsultes classiques ou de Justinien seulement?

serait interpolé. C'est tout le problème de notre étude. Mais on trouve indiquée dans cet article la méthode de M. Kübler. Voici les deux arguments qu'il donne contre cette thèse, arguments assez singuliers.

1^o- Le dépôt irrégulier, dit-il, était très répandu en Egypte au II^e siècle ap. J.C. et il était même réglé par une loi comme le prouvent les papyri. Les juristes romains étaient-ils arriérés ? C'est-à-dire arriérés en n'admettant pas le dépôt irrégulier ? Cet argument n'est pas un argument de discussion. Ils pouvaient être arriérés sur un point et pas sur les autres.

2^o - La décision (disons : l'une des décisions) de Papinien se trouve au L. III Resp. (D. 16,3,25,1). Or, son texte est pur, parce que c'est au même livre que se rencontre l'action quasi institoria, discutée elle aussi, mais qui est regardée par M. Rabel comme "un titre de gloire" de Papinien. C'est encore un argument singulier, car une de ces actions peut être classique et l'autre ne l'être pas, ou toutes deux peuvent être classiques ou toutes deux ne l'être pas.

Ces arguments étant donnés, M. Kübler ajoute : ici encore, peut-être, des influences grecques ont-elles joué. Pas de référence ; en fait à des conclusions identiques étaient arrivés antérieurement divers auteurs (Cf., Références de P. Collinet, Etudes I. 114-123 - Cuq p. 448-449).

Le point de départ de M. Kübler et d'autres auteurs (G. Segré etc,...) c'étaient des papyrus greco-égyptiens qui semblaient nous livrer des exemples de dépôt irrégulier, lesquels auraient attiré l'attention de Papinien et ensuite auraient entraîné une dérivation chez les Byzantins. L'origine du développement du dépôt irrégulier chez les Byzantins viendrait d'une pratique orientale. Cette dérivation rencontre aujourd'hui quelque résistance de la part de M. V. Arango-Ruiz, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei Papiri* (Milan 1927) (Publication de l'Université du Sacré-Cœur de Milan XVIII) p. 58-64, suivi par M. F. Weber, *Untersuchungen zum gräko-égyptischen Obligationenrecht*, Munich 1932, pp. 143-147. Ces deux auteurs déclarent après étude des différents papyrus qu'on ne trouve pas dans les papyrus qu'on rapporte traditionnellement au dépôt irrégulier, un seul véritable exemple de dépôt (paratétie). Ces actes ressemblent à des actes de dépôt irrégulier, mais ne se réfèrent pas positivement à la notion juridique de dépôt. Ces auteurs vont-ils pour cela repousser toute dérivation entre le droit ancien du monde grec et le droit byzantin ? Cette constatation va-t-elle ruiner l'opinion que le système byzantin du dépôt

irrégulier viendrait d'une influence du monde grec ? Pas du tout, il est même assez curieux de constater que M. Arangio-Ruiz admet tout de même que le système byzantin du dépôt irrégulier peut venir d'une influence orientale, mais différente de celle qu'on trouve dans le droit gréco-égyptien, sans qu'il puisse préciser laquelle.

Voilà l'état actuel de la question dans la grande controverse que nous retrouverons souvent : l'élargissement remonte-t-il à l'époque classique ou est-il le fruit de la doctrine byzantine ? Question de date qui a une importance incontestable. Les classiques possèdent-ils déjà la largeur d'esprit suffisante pour faire dévier les institutions de l'ancien droit, pour accepter des institutions moins rigides - ou bien cet élargissement des institutions est-il l'œuvre des Byzantins, moins bons juristes cependant ?

Arrivons aux textes. Le dépôt n'est pas un dépôt régulier. Il ne répond pas du tout aux éléments de celui-ci. Il se fait sur des pièces de monnaie, sur un genus; le récipiendaire a le droit de s'en servir et même le dépôt pourra produire des intérêts. La notion en est très bien donnée par un texte Dig. XIX.2.31. *Nam si quis....solveri*, qui est certainement interpolé (Etudes I. p. 107 n. 5. cf. Index interpolationum de Ernst Lévy et Ernst Rabel-T. I. Col. 362).

Pour traiter la question d'après les textes, nous allons commencer, dans un § 1, par voir les actes de la pratique.

§ I - Les actes de la pratique.

La commenda-
tio. Exemple
dans un tri-
ptyque de
Transylvanie.

Cette opération s'appelle dans les textes latins commendatio (et non pas depositum), commendare (et non deponere confier). La terminologie se conserve jusqu'au Bas-Empire (V. Infra, § IV).

Le premier acte est un acte qui existe encore, un des Triptyques de Transylvanie de 167 ap. J.C. (Girard p. 863-864).

Vero III Quadrato cons. III
kal. Junias denarios quinqua-
ginta L commendatos Lupus Ca-
rentis dixit se accepisse et
quos ei reddere debet sine ul-
la controversia.
Actum Alburno majori.....

Consulat de Verus pour
la troisième fois et de
Quadratus, le 3 des Ka-
lendes de Juin. Lupus
fils de Carens a dit
avoir reçu 50 deniers
confiés et il les a re-
çus (effectivement) de
Julius Alexander, les-
quels (deniers) il doit
lui rendre sans contro-

verse aucune.

Fait à Alburnus Major.....

Le mot commendare se retrouve chez Papinien D. XVI.3,24, comme le remarque Girard. C'est donc bien l'acte qui nous intéresse. Au point de vue diplomatique c'est un chirographum émanant de l'accipiens, un acte unilatéral, une reconnaissance unilatérale de dette.

Un 2ème exemple est donné par un texte juridique que nous allons étudier en détail, Papinien I.IX. Quaest. D. XVI.3. Deposit. 24.

Cette loi commence par rapporter un acte concret c'est-à-dire un acte de la pratique qui avait été soumis à Papinien. Il est rédigé sous forme d'une lettre.

I- Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberet, hac epistula manu mea scripta, tibi notum facio : quae, quando voles et ubi voles, confestim tibi numerabo.

Lucius Titius à Sempronius salut. Les 100 deniers que tu m'as confiés ce jour, ton esclave l'intendant Stichus me les comptant, pour que tu aies connaissance qu'ils sont chez moi, par cette lettre écrite de ma main, je te le fais savoir, lesquels quand tu voudras et où tu voudras je te compterai aussitôt.

Au point de vue diplomatique, cet acte est une lettre autographe qui émane de l'accipiens Lucius Titius. C'est une reconnaissance unilatérale de la commendatio et qui fait connaître à Sempronius que les cent deniers ont bien été reçus par lui Lucius Titius. La traditio avait eu lieu par l'intermédiaire d'un esclave - intendant , actor (souvent cet emploi était confié à un affranchi).

L'accipiens s'engage à compter ces deniers en retour (à les restituer) à Sempronius quand il voudra et où il voudra: Donc remboursement "à vue" et sur une "place" désignée par celui qui a versé les deniers même donc sur une autre place. Il est évident que la lettre peut émaner d'un particulier quelconque ou d'un banquier et pour celui-ci la remise de place à place est une opération courante. Les Anciens ont connu cela comme le change.

Le terme technique (cf. Acte de Transylvanie) est commendare. L'opération est une commendatio; quelle est sa nature juridique et par quelle action le commendans agira-t-il contre l'accipiens ?

§ 2 - Sanction de la commendatio.

La commendatio
est-elle un
dépôt ou un
mutuum?

Il existe à ce sujet dans les sources une controverse bien connue, que nous nous bornerons à rappeler. Certains jurisconsultes romains voyaient dans l'acte sus mentionné non pas un dépôt mais un prêt (mutuum), on aperçoit tout de suite la raison. Pour que l'acte soit un dépôt il faudrait qu'il s'agisse d'une chose individualisée, d'une species. Ici il s'agit d'une somme d'argent qu'on remboursera en équivalent, non pas idem mais tantundem. On comprend donc qu'il y ait eu des résistances dans la doctrine.

On pourrait être tenté de faire une autre opposition: les jurisconsultes ont admis qu'il y a dépôt parce que la somme est remboursable à vue et que le mutuum comporte naturellement un terme. Mais le mutuum aussi pouvait être remboursable à vue (Weber, op. cit. p. 147) lorsque certains actes où figure qua die petitur: quel que soit le jour où l'on réclame.

La première théorie se fondait aussi sur cette idée que l'acciopiens peut disposer librement des fonds tandis que dans la notion de dépôt il ne peut se servir de la chose. Aussi certains jurisconsultes, même de valeur, ont voulu voir dans cet acte un mutuum. Telle est l'opinion de Paul, d'Ulprien et déjà d'Alfenus Varus, l'auteur du premier traité appelé Digeste, consul en 715 ab U.C. - 49 av. J.C. (Collinet T. I.p. II5-II7). Ces jurisconsultes qui veulent voir dans l'opération un mutuum sont dans la ligne traditionnelle romaine. Ils étaient en conflit avec Papien quoique Paul et Ulprien aient été les assesseurs du grand jurisconsulte quand il était préfet du prétoire.

Ulprien lui-même était dans la ligne traditionnelle romaine quoiqu'il fut originaire de Tyr, en Phénicie. Cette remarque n'est pas sans importance.

En face de cette opinion qui considère l'opération comme un simple mutuum, une autre opinion veut faire de ce contrat un véritable dépôt. On trouve des textes mis sous le nom de jurisconsultes classiques qui indiquent cette façon de voir. Mais la question est toujours la même : tous les textes qui font de la commendatio un dépôt sont-ils purs et classiques ? La question a été très étudiée depuis 1906 (G. Segré Collinet T. I; p. II4. n.1). Il est incontestable que certains textes ont été interpolés et que le dépôt ir-

Papinien a introduit à Rome la thèse du dépôt irrégulier.

régulier joue un grand rôle sous Justinien et chez les Byzantins. Est-ce à dire, voilà la question, que toutes les mentions de dépôt de notre espèce sont interpolées et qu'il n'y a pas un texte pur dans la matière et qu'aucun jurisconsulte classique n'ait vu dans notre opération un dépôt ? C'est là le problème.

Si on appartient à l'Ecole hypercritique, on répondra qu'aucun jurisconsulte classique n'a connu le dépôt irrégulier. Si on n'est pas hypercritique on discute et on s'aperçoit qu'un jurisconsulte au moins a fait de la commendatio un dépôt dans deux textes qui ne sont pas suspects, les lois 24 et 25 § I, D. h. 1, (Cf. Collinet p. 120). L'axe de la discussion se trouve dans notre loi 24.

L'opinion extrémiste la déclare interpolée toute entière et Papinien n'y serait pour rien. Le dépôt irrégulier serait une invention byzantine.

La thèse modérée dit que Papinien est bien l'inventeur, ou plutôt l'introducteur à Rome du dépôt irrégulier; tout n'est pas interpolé dans le texte, même si quelques phrases n'échappent pas à la critique. Il contient des phrases qui sont de Papinien. En effet, dans la suite du texte l'attribution à Papinien de la partie essentielle du texte est évidente.

II- Quaeritur, propter On questionne au sujet de usurarum incrementum. la production des intérêts.

La question était de savoir si la lettre constatant cette commendatio était productive d'intérêts, si en cas de retard de Lucius Titius, Sempronius pouvait lui réclamer des intérêts.

Respondi : depositi actio- J'ai répondu (dit Papini- nem locum habere. nien qui donne un res- ponsum) que l'action du dépôt avait lieu.

La raison qu'il en donne est très simple: quid est enim aliud commen- Qu'est-ce en effet que dare, quam deponere? le mot confier (commen- dare) sinon déposer (de- ponere)? Est-ce que les termes ne sont pas synonyms?

L'index des interpolations I. col. 277 donne les références. Pour M. Collinet comme pour M. M. Segré et Kubler, la réponse de Papinien est authentique.

Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora numerorum eadem redderentur: nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egredi-

Ce qui est vrai si l'ac- te porte que les espèces des deniers elles-mêmes doivent être rendues.

Car si on a convenu que

La justification de la doctrine de Papinien au texte est une chose.

tur ea res depositi notis-
simos terminos. In qua qua-
estione, si depositi ac-
tio non teneat, eum conve-
nit tantundem, non idem
reddi : rationem usurarum
haberi non facile dicendum
est.

l'équivalent serait payé
cette opération sort des
termes bien connus du
dépôt. Dans laquelle ques-
tion, si l'action de dé-
pôt n'est pas possible
(ne tient pas) lorsqu'on
convient de rendre l'é-
quivalent et non pas la
chose-même, il ne serait
pas facile de dire qu'on
tiendra compte des in-
térets.

Le fond de ce passage se comprend facilement. L'au-
teur fait une réserve sur la décision première. C'est
entendu, dit-il, c'est un dépôt, mais à une condition
que l'acte portera que les deniers eux-mêmes doivent
être rendus; car s'il s'agit de restituer l'équa-
lent on sort des bornes du dépôt et en ce cas il ne
peut plus être question d'intérêts.

Si on raisonne un peu on s'aperçoit vite que ces
phrases ne peuvent pas être de Papinien pour des rai-
sons de forme (Beseler T. I.p. 83.III.p. 62), aussi
pour une raison de fond bien plus convaincante. Il
faut se défier beaucoup des critères de forme (à
moins qu'il ne soient vraiment spécifiés et authenti-
fiés) parce que (c'est la plus grande découverte
de M. Riccobono), bien des textes ont été récrits en
une langue qui n'est plus la langue classique. Partir
de là pour dire : le fond du texte, la théorie, la
doctrine n'est pas classique, c'est aller beaucoup
trop loin.

Cette observation nous entraîne à dire que
si un texte contient des critères de forme, à moins
qu'ils ne soient caractéristiques, cela ne veut pas
dire que le texte soit suspect. Les textes ont été
récrits parce que bien des œuvres classiques ont
été mises à la portée des jurisconsultes des siècles
suivants ou qu'il s'agit de gloses. Dans une glose
la forme peut être imparfaite, cela ne veut pas dire
que le fond soit mauvais. Dans la glose il y a bien
souvent un fond classique.

Ceci dit, ce n'est pas tant la forme qui pous-
se à suspecter le texte, c'est surtout une raison de
fond : Papinien ayant dit que l'action de dépôt au-
rait lieu ne peut pas se reprendre car l'action de
dépôt presuppose ici la restitution d'un équivalent:
Cette réserve faite dans le texte, c'est une note
ou une scolie didactique qui intéresse les patriciens
les jurisconsultes, les élèves, qui n'intéresse pas

le client. Celui-ci sait bien que, d'après l'acte

qu'il a soumis au jurisconsulte, il s'agit de rendre tantundem.

La date ? La provenance de cette scolie ? C'est une note qui n'est pas de Tribonien; elle est postclassique, de l'Occident plutôt que de l'Orient, mais ce n'est qu'une impression.

III- Et est quidem.....

Il y a doute sur la pureté de ce passage (peut être une glose aussi).

L'allusion à
la natura
contractus
est interpo-
lée.

Et est quidem constitutum
in bonae fidei judiciis,
quod ad usuras attinet,
ut tantundem possit offi-
cium arbitrii quantum sti-
pulatio.

Il est établi (c'est une règle) que dans les actions de bonne foi, pour ce qui touche aux intérêts, l'office de l'arbitre peut autant que la stipulatio.

L'arbitre tient de son rôle un pouvoir aussi grand d'appréciation que s'il y avait eu une clause expresse visant les intérêts dans une stipulatio.

Le texte continue :
sed contra bonam fidem et
depositi naturam est usu-
ras ab eo desiderare tempo-
ris ante moram.

Mais il est contre la
bonne foi et contre la
nature du dépôt de réclamer les intérêts avant
retard du temps.

"Il est contraire à la bonne foi et contre la nature du dépôt"; Il est certain pour la plupart des auteurs que tout ce qui touche à la natura contractus est interpolé. Il y a bien quelques résistances, mais M. Collinet a, en 1929, démontré dans la Revue que le texte de Gaius sur lequel on s'appuie est hors de cause, car ce texte est reconstitué d'après Justinien. Or cela constitue le seul argument.

Cela ne veut pas dire parce que natura est interpolé que tout le reste le soit. On pourrait se contenter de biffer les mots "Et depositi naturam" ajoutés par Tribonien. Mais c'est peu probable parce que la natura n'a pas dû être inventée par Tribonien, son introduction dans le droit vient des Byzantins qui enseignaient en grec, les Beyrouthins, par exemple et qui ont tiré cette notion de la philosophie (a physis grecque).

D'autre part, c'est un argument d'un autre ordre qui fait suspecter ce passage. A quoi bon le rappel d'une règle générale dans un responsum ? En quoi cela peut-il intéresser le consultant ? C'est encore un passage qui sent l'école. C'est une de ces scolies comme il y en a tant. A propos des responsa de Papinien, un jurisconsulte quelconque a écrit : " Et quidem constitutum " Il a voulu montrer

s. science en rappelant cette règle qu'il est con-

Quid pour
l'expression
lex contractac-
tus.

traire à la bonne foi et contre la nature du dépôt de réclamer des intérêts avant le retard du temps.
IV- si tamen ab initio de... Si pourtant on a convenu usuris praestandis convenit, dès le début sur les in-
lex contractus servabitur. intérêts à prester, la loi
du contrat sera observée.

Cette phrase est suspecte à beaucoup d'auteurs. Mais elle paraît pure parce que l'expression lex contractus est une expression qui appartient spécifiquement au style de Papinien. On la trouve trois fois chez cet auteur (Le Fr. Vat. 8 prouve sa pureté). On devra respecter, dit le texte, les intérêts tels qu'ils ont été convenus dans l'acte, notamment le taux de ces intérêts. Cependant la phrase vient assez mal ici. La lettre ne parlait pas d'un taux d'intérêt. C'est assez embarrassant. Dans cette phrase il y a comme un écho de Papinien et en même temps on ne voit pas le rapport entre cette phrase et l'acte qui lui est soumis. (Sur la lex contractus cf. Georgesco thèse Paris 1932 Essai d'une théorie générale des leges privatae p. 77 n.2 pp. 203. 204)

Tout compte fait de la loi 24, il reste le plus important, c'est la solution.

Respondi : depositi actionem locum habere, quid est enim aliud commendare quam deponere ? Donc l'action de dépôt sera donnée et le demandeur pourra, à raison du retard du défendeur, réclamer des intérêts.

§ 3 - Origine de la doctrine de Papinien.

Pour nous, c'est-à-dire pour la thèse modérée Papinien est l'introducteur en droit romain du dépôt irrégulier. A cette loi 24, nous pouvons joindre la loi 25 § I H.T., extraite de Papinien III Respons. qui est le texte auquel M. Kübler faisait allusion. On a suspecté "ut tantundem redderet", mais ceci est peu important. Dans ces deux textes Papinien proposait la sanction du dépôt irrégulier par l'actio depositi.

Pourquoi s'est-il fait l'introducteur à Rome de ce dépôt ? J'ai déjà répondu avec M. G. Segré en disant qu'il y avait là une influence orientale. Ce genre de dépôt était connu des Grecs et Papinien a subi l'influence hellénistique. (Cf. T. I.p.121). Il est en effet originaire de Syrie où survivait encore le droit hellénistique (car il n'y a pas de droit syrien. Cf. Nallino . Studi Bonfante. Le nom de coutumier syro-romain ne doit pas faire illusion). Mais

L'introduction
à Rome du dé-
pôt irrégu-
lier est la
conséquence
des besoins
de la Banque
et de la doc-

trine hellé-nistique.

Ulprien était Syrien et cependant comme Paul partage l'opinion ancienne que le dépôt irrégulier est un mutuum ? D'autre part, Ulprien et Paul étaient tous deux anciens assesseurs du préfet du prétoire et ne s'en sont pas laissé imposer par leur chef. Cela prouve seulement qu'ils sont plus conservateurs, peut-être parce que d'une valeur moindre que leur chef. Papinien a dû se laisser guider ici par l'intérêt du commerce et de la banque.

Il se laisse en effet influencer par les institutions hellénistiques et obéit facilement à des considérations bancaires. Il a, à son actif, l'introduction en droit romain de deux autres institutions hellénistiques : l'actio ad exemplum institutoriae ou quasi institoria (dont M. Kübler fait le rapprochement avec la nôtre) qui est un acheminement vers la représentation en matière d'obligation; la mutua fidejussio ou cautionnement mutuel introduit par Papinien dans une loi célèbre (Collinet T.I. p. 124 et ss. suivi par Cuq p. 656. 657. 924). Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il ait introduit l'actio depositi.

Quelle a été sa méthode pour faire cette introduction ? Les jurisconsultes romains ont suivi plusieurs méthodes que nous connaissons assez bien et qu'on pourrait étudier davantage (Cf. Cuq p. 40. n.3). La méthode ici est très simple: pour élargir le droit en matière de dépôt il a, comme on fait aujourd'hui, demandé s'il y a vraiment une différence de fond entre commendare et deponere? et il a répondu : Non. Qu'est-ce que commendare sinon deponere. En effet, comme le dit très bien M. Cuq p. 47 en droit classique les synonymes sont autorisés. On ne s'attache plus comme dans le droit primitif aux mots eux-mêmes. Du temps de Papinien (assassiné sur l'ordre de Caracalla en 212) au début du III^e siècle, le vieux formalisme a disparu. On n'en est plus au temps où il fallait dire non pas "vites" mais "arbores". D'autre part, comme cette opération intervient surtout en matière bancaire, Papinien a compris que moins que partout ailleurs, il fallait être prisonnier du mot et que la largeur d'esprit s'impose. Du reste les Romains n'ont jamais fait de différence entre droit civil et droit commercial, grand avantage pour le progrès du droit.

Papinien avait donc en vue les intérêts du commerce et de la banque. Comme tous les juristes progressistes il voit surtout le but à atteindre; le but c'est d'assurer au créancier, au déposant le plus d'avantages possibles. Le droit romain traditionnel lui avait accordé dans ce cas l'action du mutuum et

comme il s'agit de pecunia, l'actio certae creditae pecuniae, laquelle a un avantage incontestable, c'est qu'elle donne ouverture à la sponsio et restipulatio tertiae partis.- de sorte que si le créancier gagne le procès il aura un tiers en plus.

Mais accorder le judicium bonae fidei de dépôt c'était reconnaître au créancier de bien plus grands avantages (Girard 8^e Ed. p. 565. n.I.). Ce sont d'abord ceux que présentent toutes les actions de bonne foi, notamment celui-ci : on peut introduire des intérêts par un simple pacte, tandis que pour le mutuum il faut une stipulatio. D'autre part, il y a des avantages particuliers au dépôt: l'actio depositi directa est infamante : par conséquent le débiteur a avantage à éviter d'être condamné sur cette action. D'autre part, elle donne un privilège en cas de faillite. Enfin sous Justinien cette action est soustraite à la compensation.

Cependant on peut trouver également à l'action de dépôt deux désavantages. D'abord il ne peut être question du bénéfice du S.C. Macédonien pour le fils de famille, puisque l'exception du S.C. est spéciale au mutuum. D'autre part, il ne peut être question de la querela non numeratae pecuniae qui s'applique à la stipulation ou au chirographe mais non au dépôt. Ces deux désavantages sont de mince portée en pratique.

§ 4 - Développement du dépôt

irrégulier après Papinien.

Le raisonnement de Papinien pour accorder l'actio depositi avait été très simple. Il n'a même pas songé à l'actio depositi utilis. Il n'y a pas ici d'action utile, c'est l'actio directa. Le mouvement se fait dans la ligne du droit civil comme pour les condictiones. Le raisonnement de Papinien a été des plus simples : Qu'est-ce que commendare sinon deponere? Le terme commendare au sens de dépôt peut très bien appartenir à Papinien et non pas à un interpo-
lateur. En voici une preuve : l'assimilation de com-
mendare et deponere se trouve répétée à plusieurs
reprises dans des sources de l'époque classique en Occident. Ces sources remontent assez haut pour que nous ne supposions même pas qu'elles innovent, mais qu'elles soient au contraire une façon courante de parler. Ces sources sont assez nombreuses et leur répertoire a été dressé par M. Ernst Levy (Index com-

Le terme com-
mandare au
sens de dépo-
ser peut être
de Papinien.

plémentaire au jus et aux leges p. 28 V° *Commendatio commendator, commendatum et commendo*). Parmi ces sources, nous trouvons des passages de la *Collatio legum mosai carum et romanarum I, I, 2* qui est le texte traduit de Moïse et II, I, I qui est la rubrique du titre de *Modestin 'de deposito vel commendato'* et on peut se demander si ce vel commendato n'est pas une interpolation. En tous cas le terme est ancien et se trouve à une époque qui n'est pas éloignée de Papien. Il n'est pas question par ce mot du dépôt irrégulier, mais du dépôt lui-même.

Après Papinien la sanction du dépôt irrégulier par l'actio depositi a progressé. Les auteurs qui ont étudié l'interpolation de nos passages ont tout attribué à Justinien et à Tribonien, comme s'il n'y avait rien eu entre 250 et 527, date à laquelle les interpolations surgiraient brusquement et avec une étendue considérable dans le Digeste. Les auteurs (Eisèle, Lenel) ne s'étaient jamais posé la question des interpolations préjustiniennes qu'ils faut distinguer des gloses postclassiques (Cf. Revue 1928-1929). Il y a eu des couches successives d'interpolations, or c'est plutôt à l'époque postclassique ou préjustinienne que s'est accompli le développement du dépôt irrégulier. Il est à croire que la pratique n'a pas été ici l'agent de développement (quoiqu'en pense l'*adversa schola*), car la pratique était alors très inférieure et les questions de nature des sanctions sont plutôt des questions de doctrine.

En tout cas, le développement de l'actio depositi est rapporté en général soit à Justinien, soit aux interpolations préjustiniennes. Notons que tout ce qui concerne le dépôt irrégulier a été groupé au Digeste (lois 24 et 25 de Papinien, 26, 27, 29 de Paul). I° Paul IV, Resp. D. 16, 3. Dep. vel. contra. 26.I. Index, I. c. 277, 278 (ab ideo possunt). En effet cela jure avec le responsum même de Paul qui déclare que l'acte en question (et écrit en grec) excède la mesure de l'argent déposé : depositi pecuniae modum excedere.

2° Paul VII Respon. D.H.T. 27 (ici le texte n'a pas été étudié complètement au point de vue critique Ind. I. C. 278). M. Segré suppose qu'il était question d'une *condictio*. Je crois que "ex causa depositi" seuls sont interpolés. En effet Paul n'est pas du tout favorable à l'idée de dépôt.

3° Paul II Sentent. D.H.T. 29.I. Le § I tout entier est postclassique, le début est remanié et la fin interpolée (ut in ceteris.... cogitur). Index, I. c. 278. Le remaniement du début et l'interpolation de la fin sont incontestables et auraient

Les interpolations préjustiniennes prouvent que l'influence de Papinien se développe.

d'être découverts depuis longtemps, vu que nous avons le texte parallèle (d'aucuns diraient authentiques) de Paul. (Les Sentences sont un remaniement occidental du IV^e siècle de l'ouvrage de Paul) Sentences II.XII.9, texte dont le fond est certainement de Paul; il est tiré de la Collatio X. VII 2. Là Paul déclare que l'acte constitue plutôt un mutuum qu'un depositum, conformément à la doctrine traditionnelle. Ce texte a été remanié et interpolé au Digeste.

Les interpolations antéjustiniennes prouvent que l'influence hellénistique se poursuit, que l'influence de Papinien se développe, que les jurisconsultes même de faible pensée, éprouvent le besoin de s'associer à Papinien pour élargir le dépôt, ce qui est plus avantageux pour les affaires.

Rôle de la doctrine.

La "grande" controverse actuelle est de savoir si les interpolations préjustiniennes viennent d'Orient ou d'Occident, de la doctrine ou de la pratique. On a fait grand bruit autour de l'article de E. Levy sur l'occident et l'Orient (Z.F.T. d. Sav. St. 1929) parce qu'il mettait en vedette la doctrine de l'Occident. Cela ne prouve pas qu'il n'y avait rien en Orient. M. Collinet a essayé de remettre les choses au point (Revue 1928 et 1929). En voici un exemple dans notre matière. Nous pouvons opposer l'Occident au droit de Justinien. En Occident on en reste au mutuum puisque les Sentences sont un élément du Bréviaire d'Alaric. (Aucun texte dans l'Edit de Théodoric ni dans la loi romaine des Burgondes). Dans les textes du Digeste nous voyons une doctrine favorable au dépôt. Cela prouve que l'inspiration des interpolations au Digeste est une influence orientale et que les interpolations ne viennent pas d'Occident, qu'il y a là une influence de la doctrine de l'Orient. L'Orient se montre plus favorable que l'Occident au progrès du droit, car une action de bonne foi est tout de même supérieure à une action de droit strict. Cela prouve aussi qu'en Orient la période postclassique n'a pas été aussi vide qu'on le dit ni que la doctrine est restée inactive. Les opinions de la majorité des auteurs sont donc appuyées ici d'une façon pertinente.

La conclusion nous amènera à une constatation assez curieuse. Aujourd'hui on entrevoit beaucoup mieux la formation historique du droit romain et on s'aperçoit qu'il y a eu deux grands courants, le courant romain et le courant oriental, hellénistique, gréco-romain, byzantin, un courant qui n'est pas dans la ligne du droit romain lui-même (aux Conférences de Milan, M. de Francisci a combattu avec vigueur la thèse de M. Riccobono sur le développement linéaire et unitaire

du droit romain). Quand on parle du droit romain tel qu'il se trouve chez Justinien, il faut savoir si ce droit est un apport de la tradition romaine ou un apport nouveau. Et quand notre droit moderne adopte une solution de Justinien, il faut se demander s'il est la continuation du droit romain pur, du vrai droit romain, du droit romain de Rome ou la continuation d'une institution importée en droit romain, d'une institution orientale hellénistique. Cf. l'article de M. Collinet qui paraîtra dans les *Studi in memoria di Albertoni* (Solidarité).

Le dépôt irrégulier est inconnu du droit moderne.

Qu'en est-il du dépôt irrégulier? le droit moderne ne le mentionne pas, ne lui consacre pas un article à part. (Cf. art. 1932) et le projet franco-italien ne reconnaît pas non plus une situation particulière à ce dépôt parce que, disent Colin et Capitant II p. 651, cette opération n'a du dépôt que le nom et qu'elle est faite autant dans l'intérêt du dépositaire, le banquier qui emploie les fonds à sa façon que du déposant qui retire un intérêt de son argent. C'est ce que disait déjà la Loi 24. Si bien qu'en droit moderne le contrat est un prêt, soit d'usage ou de consommation. Il y a là, pour le philosophe historien un sujet de réflexion: que les auteurs modernes reviennent donc à la tradition de l'Occident au mutuum, tandis qu'ils s'éloignent de Papinien, de Justinien et de la tradition hellénistique. Tout cela s'explique très bien en ce que pour le dépôt irrégulier, le droit moderne peut reprendre sans désavantage la tradition romaine et laisser de côté la tradition de Justinien, vu que le prêt aujourd'hui peut produire intérêt par simple convention tandis qu'à Rome, même sous Justinien, il fallait une stipulation. Il n'y a donc pas grand dommage à voir dans l'opération un prêt, d'autant plus que chez nous tous les contrats sont de bonne foi. En revenant ainsi à la tradition du droit romain, le droit moderne fournit un exemple intéressant de la "spirale de Vico", dont il faut se garder de croire qu'elle joue dans toutes les matières, car en matière de solidarité, c'est dans le sens de la théorie orientale que nous avons progressé.

Chapitre II

EXTENSION DE LA VENTE.

La vente, emptio venditio, est un contrat de bonne foi par lequel une partie, le vendeur, s'engage

Définition
de la vente.

à fournir à l'autre partie, l'acheteur, la vacua possessio d'une chose, merx, à le garantir contre l'évitement et les vices cachés de la chose et à s'abstenir de tout dol (Paul XXXII (XXXIII) ad Ed. D. XIX, 4, d. rer. perm. 1 pr.). En échange de quoi l'acheteur de son côté, s'engage à donner un prix, dare pretium.

La vente peut porter sur toute espèce de chose dans le commerce, présente ou future, et en particulier sur les créances.

C'est un contrat synallagmatique parfait, sanctionné dès la formation du contrat par deux actions de bonne foi, judicia bonae fidei: judicium empti au profit de l'acheteur et la judicium venditi au profit du vendeur, actions qui figurent dans la liste de Q.M. Scaevara.

Nous laissons de côté la question des origines de la vente pour nous en tenir aux questions d'extension de la vente.

Section I

La datio in solutum.

En droit romain, le paiement, la livraison de la propriété de la chose due, au créancier, s'appelle solutio, c'est-à-dire textuellement "dénouement" de l'obligation, laquelle est traditionnellement comparée à un lien, obligatio, vinculum juris (ou vinculum aequitatis dans l'obligation naturelle). Ce lien, noué lors de la passation du contrat ou lors du délit, va se dénouer par la solutio, le paiement, mode normal d'exécution de l'obligation.

Le débiteur doit fournir exactement la prestation due.

Le paiement est régi par plusieurs règles que nous ne rappellerons pas, sauf celle qui prescrit que le débiteur fournisse exactement la prestation due, l'objet même de l'obligation. S'il devait une somme d'argent il doit la verser; il doit donner l'esclave, le fonds de terre qu'il devait. Il doit fournir exactement la prestation, donner la chose même qui faisait l'objet de l'obligation, le corpus, la species qui était due, l'esclave Stichus, le fonds Cornélien et non l'esclave Pamphile ou le fonds Sempronien. Il doit fournir la quantité due et la qualité requise s'il s'agissait de denrées, sinon le paiement n'est pas libératoire.

Mais nous pouvons supposer que le débiteur, qui ne demande pas mieux que de s'exécuter, ne veut pas fournir l'objet dû, ou ne peut pas le fournir. Il ne veut pas parce qu'il tient à l'esclave Stichus qu'il devait livrer. Il aimerait mieux livrer Pamphile. Il ne peut pas payer parce qu'il n'a pas d'ar-

gent liquide, mais il a d'autres biens. Il s'entend avec son créancier par une convention aux termes de laquelle le créancier accepte de recevoir une chose autre que la chose due, une chose de valeur égale par hypothèse, parce que sans cela le créancier y perdrait. Il accepte l'esclave Stichus au lieu de Pamphile, ou un esclave, un fonds de terre à la place d'une somme d'argent. Les textes expriment ces équivalences de plusieurs façons: pr. ex. aliud pro alio datur. C'est la datio in solutum qui est une matière très importante au point de vue juridique.

Cette matière, en droit romain, mérite d'autant plus d'être exposée ici qu'elle a fait l'objet d'études récentes et que les Manuels de Girard (8^e Ed. p.p.732-733) et de Cuq (pp. 615, 616) sont en retard. La matière n'a pas été traitée récemment en français. (La meilleure thèse est celle de Paul Montégu. Grenoble, 1894). L'auteur suisse qui a étudié le plus largement et le plus récemment la question, M. Hans Steiner, Datio in solutum, Munich, 1914, considère la datio in solutum comme une application de l'opposition de debitum et d'obligatio. Cette opposition, imaginée ou reprise par Brinz et qui a fait son chemin depuis, entre le dû, la dette, différente de l'obligation ou lien obligatoire, le tout calqué sur l'opposition de Schuld et Haftung paraît très contestable. Plus récemment encore M. Siro Solazzi, de Naples, a publié son cours sur l'extinction de l'obligatio (Estinzione della obligazione, Naples 1931). Il donne (pp. 148 à 179) un excellent résumé de la question d'après les études les plus récentes.

Problèmes soulevés par la dation in solutum: comment s'éteint l'obligation.

La datio in solutum soulève en droit romain deux problèmes: 1^o - de quelle façon se produit l'extinction de l'obligation, ipso jure ou exceptionis ope? Il y avait là-dessus controverse en droit classique (Gaius III. 168). Les Sabiniens ou Cassiens, les maîtres de Gaius, tenaient pour la première opinion, ipso jure, et les Proculiens pour la deuxième, exceptionis ope. Justinien (Inst. III.29.Pr.) a adopté l'opinion sabinienne (extinction ipso jure comme dans la solutio même). Cette première question ne nous intéresse pas ici, quoique cependant les travaux cités, notamment Solazzi, montrent que les auteurs ont depuis longtemps cherché à suivre cette controverse à l'aide des textes qui traitent de la seconde question.

La 2^{ème} question est celle-ci: la chose donnée en paiement, vient à être évincée, c'est-à-dire que le créancier qui avait été rendu propriétaire d'un corps certain, au lieu d'être rendu propriétaire d'une somme d'argent par hypothèse, subit un dommage du fait de

évasion
de la chose
donnée en
paiement.

la dépossession qui survient; alors qu'il ne pouvait être évincé de la somme d'argent, il peut l'être de la propriété du corps certain, Pamphile ou le fonds Sempronien. Il peut l'être de la chose qui lui avait été transmise pour trois raisons: ou bien parce que le débiteur n'était pas propriétaire de la chose (*nemo dat quod non habet*) ce qui l'expose à être évincé sur la vindicatio du verus dominus, ou bien (hypothèse beaucoup plus pratique), il est dépouillé de la chose par l'action d'un créancier hypothécaire, enfin, parce que l'esclave donné n'était pas esclave en réalité, mais une personne libre. Le créancier ainsi évincé a évidemment des droits contre le tradens, contre le débiteur. Mais la question est de savoir quel est le montant exact de son dû et par quelle action il le fait valoir. C'est ce sujet qui va retenir notre attention.

§ I - Eviction dans la datio in solutum.

Outre les deux travaux précités, cf. un article spécial sur "l'évasion dans la datio in solutum" dû à M. Mario Ricca-Barberis (Riv. Ital. per le scienze giuridiche, Janvier-Mars 1931) et dont M. Collinet a donné un aperçu dans la R.H.D. 1932 pp. 578-580. L'auteur, qui est un spécialiste de l'évasion, étudie surtout le droit moderne, mais parle du droit romain, comme tous les auteurs qui étudient l'évasion dans la datio in solutum en droit moderne.

Les jurisconsultes et les empereurs qui ont parlé du sujet ne professent pas, d'après le Digeste et le Code, une seule doctrine. Il y avait une controverse très connue entre deux opinions: 1° - l'action du créancier évincé était l'action originale du contrat manet pristina obligatio, l'obligation ancienne subsiste, disent Marcien, Paul, Dioclétien et Maximien. En face, au contraire, on soutient que l'obligation est éteinte: et videtur finita esse obligatio pignoris, dit Ulprien qui accorde au créancier une action de remplacement au lieu de son action originale, l'actio utilis ex empto. C'est aussi la solution donnée par Caracalla.

Les auteurs ont cherché à concilier ces opinions divergentes conformément à la méthode ancienne, et pour les Pandectistes comme pour les Glossateurs, c'était indispensable. Il existe beaucoup de systèmes d'où il semble résulter que la conciliation est impossible. Tout ce qu'on avait trouvé de mieux, c'était d'imaginer un choix au profit du créancier entre l'ancienne action et l'action empti utilis, mais ce choix n'était pas admis par tout le monde. Si bien

Divergence
de solutions
d'après le
Digeste et
le Code.

L'action emp-
ti utilis
n'est pas
classique.

qu'à l'heure actuelle nous admettons que la conciliation est impossible et que le choix est exclu. En effet, il est bien certain aujourd'hui que l'action emptio utilis n'est pas classique. Elle vient de Justinien ou d'une source préjustinienne. En conséquence, nous aurions deux systèmes nettement distincts, selon les époques. Mais M. Ricca-Barberis veut aller plus loin. Il étudie le droit moderne et poursuit un autre but que le nôtre. Aussi ne se contente-t-il pas d'un procès verbal de carence; il cherche à concilier le principe classique et le principe nouveau. Il croit que la solution nouvelle n'est qu'un développement de la solution classique. Il repousse le choix entre les actions mais pour lui le créancier qui n'a qu'un droit unique aurait tout de même droit à un objet représenté par deux choses: l'objet de son droit unique serait, d'une part, la créance elle-même qui doit lui être payée et de l'autre des dommages-intérêts qui résultent de l'éviction. Sur cette base, il critique toutes les formules adoptées par les Codes et même par le projet franco-italien de Code des obligations et il y substitue la formule suivante: "si la chose reçue en paiement vient à être évincée, le créancier a le droit de faire valoir sa créance originale et de prétendre à des dommages-intérêts plus grands".

Les textes se divisent en deux groupes: 1er groupe qui prévoit le maintien de l'obligation ancienne,

2ème groupe qui prévoit l'action utilis ex emptio.

1er groupe.

Nous classerons les textes chronologiquement, quoique leur date ne soit pas toujours certaine.

Le 1er texte est Paul XV Quaest. D. 46.3, de solutionibus et liberationibus, 98, pr.

Qui res suas obligavit pos-tea aliquam possessionem ex his pro filia sua do-tum promittendo obliga-vit, et solvit: si ea res a creditore evicta est, dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse, ac si statuliberum, remve sub conditione legatam, dotis nomine pro filia pater solvisset, ha-rum enim rerum solutio non potest, nisi ex eventu, liberare: scilicet, quo casu certum erit remanere

(Un père) qui a hypothéqué ses biens, a ensuite promis et payé (donné) une propriété (un bien fonds) de ses biens en promettant une dot pour sa fille. Si cette chose a été évincée par un créancier, on doit dire que le mari peut agir en vertu de la promesse de dot, comme si le père lui avait payé (donné) le titre de dot pour sa fille, un statuliber ou une chose léguée sous

Paul, Dig.
46,3,98pr.
prévoit le
maintien de
l'obligation
ancienne.

eas.

condition. Car le paiement de ces choses ne peut libérer (le débiteur) sinon en vertu d'un évènement, c'est-à-dire au cas (seulement) où il sera certain que ces choses resteront (au gendre).

Ce texte n'est pas étudié dans le détail ni par Steiner ni par Stolazzi. Steiner y consacre plusieurs pages à propos d'autres questions et Solazzi se contente de l'indiquer.

Paul a écrit ses Questions après 2II (Cf. Paul Kruger). Quelques termes sont embarrassants: solvi, solvisset, payer, mais bien entendu en faisant une datio. On ne dit pas en français payer une propriété, mais transmettre une propriété. - Possessionem: ce que nous appelons une propriété, un bien fonds - Statuliber, c'est un esclave affranchi sous une modalité, sous un terme ou plutôt sous une condition.

Critique du texte: toutes les fois qu'on rencontre au Digeste ou au Code dotem promittere, une question se pose: est-ce que ces termes sont purs ou non ? Ils peuvent être purs et viser alors la promesse par stipulatio, la dot se constituant par datio, dictio, promissio, ou bien les termes sont interpolés et les expressions promittendo, promissione sont mises pour dicendo, dictione: la dotis dictio n'existe plus sous Justinien et a été remplacée par la promissio dotis et nous avons la preuve que certains textes ont été interpolés (Cf. Collinet I p. 280 suivie par Cuq p. 400). Au Digeste ces termes se réfèrent au pacte légitime de dot. Dans notre texte, une remarque critique vient de G. Beseler, Beiträge, 3^e cahier, p. 24 qui admettait dixit au lieu de promittendo obligavit. En effet obligavit ici n'a pas le même sens que res suas obligavit où il signifiait constitution d'hypothèque. M. Steiner p. 14I n. 1 n'admet pas cela. De même Beseler supprime possessionem. Au lieu de solvit, M. Steiner pense que Paul aurait écrit mancipio dedit. M. Collinet se demande aussi si la finale est bien pure. Elle rappelle bien une règle de droit, mais ce rappel était-il nécessaire de la part de Paul qui répondait à une question précise à lui posée.

Paul D. 46.3.98 pr.

Le casus est très facile à reconstituer.

Un père avait constitué sur ses biens une hypothèque générale, ce qui était un cas fréquent à Rome. L'hypothèque était à la fois générale et occulte. Il a promis une dot à sa fille et il donne en paiement

un bien tiré des biens hypothéqués "aliquam possessio-

par quelle action le gendre dépouillé du bien dotal va-t-il agir contre son beau-père?

nem". Par hypothèse la chose est évincée par un créancier. Le créancier hypothécaire poursuit son droit sur cette chose et obtient la possession en vertu du jus possidendi.

Question: comment le gendre privé du bien dotal agira-t-il contre le beau-père ?

Le mari peut sûrement agir tout de suite en vertu de la promesse de dot, comme si le père lui avait donné en paiement à titre de dot pour sa fille un statuliber ou une chose léguée sous condition.

Le statuliber est l'esclave affranchi testamentairement à condition de payer une somme à l'héritier. Tant qu'il n'a pas payé cette somme, il est dans un état conditionnel. D'autre part, le texte compare la situation du mari au cas du légataire d'une chose léguée sous condition per vindicationem, puisqu'il s'agit d'une question de propriété. Le gendre est comparé à un propriétaire conditionnel. Il peut agir tout de suite, mais par quelle action ? Ex dotis promissione. Si ces mots sont purs, ils veulent dire "en vertu de la promesse de dot par stipulation", et le gendre aurait l'actio ex stipulatu. S'ils ne sont pas purs et remplacent ex dictione dotis, l'action serait la condicatio. Le texte se termine par une réflexion peut-être interpolée et qui explique très bien la situation: "car le paiement de ces choses ne peut libérer le débiteur qu'en vertu de l'événement c'est-à-dire dans le cas où il sera certain de les servir.

L'événement, c'est l'arrivée ou la défaillance de la condition. En cas de paiement d'un statuliber ou d'une chose léguée sous condition, le débiteur ne sera véritablement libéré qu'au cas d'arrivée de la condition, c'est-à-dire pour le statuliber au cas où on sera sûr que celui-ci ne se rachète pas parce que s'il se rachète, il ne peut être question de propriété. Il en est de même du cas de legs sous condition. Il faut que l'on soit certain que les choses resteront au possesseur, ce qui n'aura lieu que si l'événement prévu ne se produit pas.

Le cas est donc assimilé à un cas de transfert conditionnel. Le jurisconsulte aurait pu poser une règle et faire allusion à la condition en général, très pratiques, les jurisconsultes romains aimant les espèces: (c'est de la casuistique opposée à la scolastique du Bas-Empire).

Le gendre cependant avait agi ex promissione dotis, c'est-à-dire en vertu de son droit ancien. Cela prouve que, en cas de datio in solutum, d'après Paul, l'action ancienne subsiste.

Assimilation à un cas de transfert conditionnel; subsistance de l'action ancienne.

Digeste 46,
3,46 pret. §
I.

2ème texte : Marcien L. III Reg. D. 46.3. de
solutionibus et liberationibus, 46, Pr. et § I.

Si quis aliam rem pro alia
volenti solverit ; et e-
victa fuerit res : manet
pristica obligatio. et
si pro parte fuerit evic-
ta, tamen pro solidō o-
bligatio durat : nam non
acepisset re integra
creditor, nisi pro soli-
do ejus fieret.

§ I - Sed & si duos fun-
dos verbi gratia, pro de-
bito dederit, evicto alte-
ro fundo remanet integra
obligatio tunc ergo res
pro re soluta liberatio-
nem praestat, cum pro so-
lido facta est suscipien-
tis.

Si quelqu'un a payé à son
créancier consentant une
chose pour une autre, et
que cette chose ait été
évincée, l'obligation an-
cienne subsiste. Quoi-
qu'elle ait été évincée
pour partie, cependant
l'obligation dure pour
le tout, car le créancier
n'aurait pas reçu son dû
la chose étant supposée
entière, à moins qu'elle
ne soit devenue sienne
pour le tout. Mais si le
débiteur a donné pour la
dette par exemple deux
fonds, un fonds étant é-
vincé, l'obligation reste
entière.- Donc la chose
payée pour la chose (duo
emporte libération, alors
seulement qu'elle a été
faite la chose de celui
qui la reçoit pour le tout
(alors qu'elle est devenue
la propriété de celui qui
la reçoit pour le tout).

Marcien est un des tout derniers jurisconsul-
tes classiques. Il écrivait après la mort de Caracalla
(217). M. Buckland, professeur de Cambridge, vient de
lui consacrer un article dans les Studi Riccobono (Vol.
I. Palerme 1932). Le but du savant professeur est de
restituer à Marcien quelques idées juridiques que les
critiques attribuent plutôt aujourd'hui aux Byzantins.
Il ne cite pas notre texte qui ne l'intéresse pas.

Le texte de la loi 46 est le siège fon-
damental de la première doctrine caractérisée par les
trois mots : manet pristica obligatio (Cf. Solazzi
pp. 153.159). Pas de difficulté de traduction, sauf les
mots re integra du principium dont l'exégèse dépend de
la critique.

M. Solazzi estime que les mots "re integra"
sont mal placés. Il note l'absence de complément à
acepisset : car le créancier n'aurait pas reçu, la
chose étant entière. Avec beaucoup d'ingéniosité, il
propose de corriger en intercalant après manet :

Manet pris-
tina obligatio

critique du
texte.

(integra) pristina obligatio. Il s'appuie sur la phrase remanet integra obligatio du § I. C'est ingénieux. Pour le mot re il le transforme en re (m) : nam non accepisset re (m) creditor. La Vulgate, chose curieuse, a la leçon accepisset rem integram. Il est facile que l'm ait été publiée car l'm s'indiquait par un petit trait sur l'e. Cela du reste n'a pas grande importance pour le sens.

Au § I, Solazzi regarde comme une glose résumante (résumé en forme de glose) la finale "tunc ergo... suscipientis" dont beaucoup de mots sont suspects et sont donnés comme critères d'interpolation : tunc, ergo placé en second (cf. Guarneri-Citati) suscipientis pour accipientis.

La solution : le jurisconsulte se préoccupe là de deux choses : la dation en paiement avec éviction totale puis le cas d'éviction partielle. S'il y a eu éviction totale l'obligation ancienne subsiste et le créancier agira par l'action du contrat. S'il y a eu éviction partielle l'obligation dure pour le tout. C'est évident, il y a ici indivisibilité. Si une partie est évincée, le débiteur n'a pas payé le tout et l'obligation subsiste pour le tout.

3ème texte : Dioclétien et Maximin, sans date (293-294 ? comme la plupart des rescrits de ces empereurs) au Code Justinien VII.45 de sententiis et interlocutionibus.

Au point de vue sources, ces textes de Dioclétien et Maximin sont empruntés les uns au Code Grégorien, les autres au Code Hermogénien.

Libera quidem Theodota, quam ex emptionis causa, vel in solutum creditoris traditam proponis, pronunciata citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest.

Une femme Theodota, ayant été proclamée libre, femme que tu déclares (sous entendu dans la requête à l'empereur) t'avoir été livrée en vertu d'un achat ou livrée en paiement à toi créancier, la sentence ne peut être rescindée en dehors du secours de l'appel.

*Verum si mota questio-
ne, premissa denuntia-
tione ei, qui auctor
hujus mulieris fuit,
judicatum processit,
quanti tua interest,
empti, si emisti, vel
ob debitum reddendum
si in solutum data
est, repetere non pro-
hiberis.*

Mais si la question ayant été soulevée, une dénonciation ayant été envoyée au préalable à celui qui a été le garant de cette femme, une condamnation est intervenue (contre toi) tu ne seras pas empêché de répéter autant qu'il est de ton intérêt, par l'action de l'achat si tu avais acheté

(cette prétendue esclave) ou pour qu'on te rende ton dû, si elle a été donnée en paiement.

Critique du texte.

Le mot auctor doit être expliqué. On pourrait croire que c'est une interpolation pour adsertor libertatis. Il n'en est rien. Auctor signifie simplement le garant (Cf. auctoritas tutoris). Ici, c'est le garant de l'acte qui aurait dû transférer la propriété à notre consultant, c'est-à-dire le vendeur dans la vente (Cf. actio auctoritatis qui a disparu du droit de Justinien, mais l'auteur n'a pas disparu) ou le débiteur de la datio in solutum. Ces auteurs doivent garantir l'acheteur ou le créancier contre toute éviction.

Le mot judicatum a deux sens (Cf. Heumann-Seckel et Dirksen). Il veut dire jugement, le mot étant synonyme de res judicata, ou bien il veut dire condamnation. C'est le sens qu'il a ici car si le consultant a un recours, c'est qu'il a été condamné.

Critique. M. Beseler Beitrag - IIème cahier pp. 33 et ss. fait une étude spéciale du mot citra, mais il ne cite pas notre texte. Il n'y a pas de raison de suspecter ici la phrase avec citra, car elle est corroborée par le reste. Solazzi pp. 173-175 remarque très judicieusement que le rescrit n'a pas pu prévoir deux cas, la vente et la datio in solutum, car le consultant dans l'exposé de sa demande à ces empereurs indiquait qu'il avait acquis d'une seule cause, puisqu'on ne peut acquérir de deux causes une chose. Il avait acquis cette femme par un achat et le "vel in solutum creditor traditam" est interpolé. Tout ce qui, dans notre texte concerne la datio in solutum est interpolé, c'est ce que nous verrons au § 2.

Au § I, Solazzi suppose qu'on a ajouté : "Si emisti... data est". Il supprime si emisti puisqu'on sait qu'il a acheté et il supprime la datio in solutum. M. Collinet suppose même que empti est interpolé en vertu du critère indiqué par lui (N.R.H. XXXIV p. 157) et souvent appliqué depuis. la dénomination de l'action par son nom, sans ajouter actio ou judicium. C'est le cas ici. Si on accepte l'émendation de Solazzi nous avons empti repeter qui est une tournure grecque. Il faut donc faire disparaître empti. (Cf. Guarneri Citati V° Actio P.I. C.2.) "Tu ne seras pas empêché de répéter une somme égale au montant de ton intérêt : quanti tua interest".

C'est un glossateur qui a ajouté le rapprochement entre l'achat et la datio in solutum et indiqué comment agirait l'individu : par l'actio empti vel ob debitum reddendum si in solutum data est. Cette interpolation est d'origine doctrinale et orientale.

Tout ce qui concerne la datio in solutum est interpolé.

sans doute.

Le casus est facile à reconstituer : nous allons distinguer les deux hypothèses du Code : l'achat hypothèse originale du rescrit et celle de la datic en paiement.

1ère hypothèse achat d'une esclave proclamée libre ultérieurement.

1er cas : Tu avais acheté une femme la croyant esclave. C'était une femme grecque Théodota (Dieu donnée) nom très répandu dans toutes les langues. Cette femme que tu croyais esclave est proclamée libre, libera pronuntiata parce que dans ce procès en liberté la décision est une proclamation du juge, une déclaration que l'individu est libre et on sait la différence entre une pronuntiatio et un jugement : il n'y a pas de condamnation.- Toi qui avais acheté cette femme te voilà dépouillé. Donc 3ème cas d'éviction auquel on ne pense pas toujours, à côté de la revendication du propriétaire et de la réclamation du créancier hypothécaire. Que vas-tu faire ?

Ne sachant que faire et pour connaître tes droits tu as recours aux Empereurs pour en obtenir un Rescrit. La Chancellerie répond :

1°- (Pr.) la sentence ne peut pas être rescindée en dehors du secours de l'appel. Il n'y a pas à compter sur un autre moyen de recours. Pas de restitutio in integrum. L'appel, la provocatio, est la seule voie de recours en matière de causa liberalis. Il n'y a pas de raison que le texte soit interpolé puisque nous sommes là en matière de procédure extraordinaire, laquelle s'est généralisée bien plus tôt qu'on ne le dit couramment (aux environs de 230-240). En tous cas, à l'époque de Dioclétien il s'agit bien de la procédure extraordinaire.

2°(§I) Le rescrit suppose que le consultant va intenter le procès en appel "Mota quaestione" expression technique courante, la question ayant été soulevée. Il doit adresser une denuntiatio à celui qui a été l'auctor de cette femme pour le mettre en cause. C'est le garant, le vendeur, dans notre première hypothèse. Judicatum evenit, en supposant qu'une condamnation intervienne (judicatum : jugement de condamnation) et d'après ce qu'en sait de la causa liberalis, quiconque a perdu le procès en appel est condamné à la poena provocationis, peine de l'appel égale au tiers de la valeur du litige, c'est-à-dire au tiers de l'intérêt qu'avait l'esclave à ne plus voir son état remis en question. C'est un intérêt négatif mais le juge romain peut tout de même l'apprécier. Dans ces conditions-là, toi qui avais cru devenir propriétaire de l'esclave, tu es lésé ; aussi ne seras-tu pas empêché de réclamer à l'auctor des dommages intérêts, quanti tua interest. Puisque nous ne nous

Recours en dommages-intérêts du créancier contre son vendeur.

occupons que du premier cas, tu réclameras ces dommages intérêts par l'actio empti. En cas d'éviction, en effet, cette action empti de bonne foi joue.

2ème hypothèse (introduite par interpolation) la datio in solutum. Tu avais reçu comme créancier cette femme Théodota en dation en paiement. Le casus est le même que dans le cas précédent, Tu es évincé, tu perds ton procès en appel, tu as droit à des dommages intérêts. Aut debitum reddendum si in solutum data.... pour qu'on te rende ton dû si la femme t'avait été donnée in solutum. C'est-à-dire: pour que l'auctor (le débiteur ici) te restitue ton dû, ta créance, car l'intérêt qu'avait le créancier c'était d'obtenir sa créance, il pourra même avoir droit à des dommages intérêts supplémentaires.

On lui ac-
corde l'ac-
tion du con-
trat.

La question qui divise les interprètes porte sur l'action par laquelle le créancier poursuivra le restitution de son dû. Ces problèmes de sanctions en droit romain ont toujours de l'importance (Solazzi p. 173 - 174). Plusieurs opinions: une opinion déjà ancienne et abandonnée dit que ce serait une condicatio (repetere, notre terme n'a pas ici un sens technique puisqu'il s'applique aussi à l'actio empti). Rabel dit: actio empti utilis. Enfin, une opinion préférable se prononce pour l'action originaire du contrat (Steiner p. 148 - 152). Le texte dit en effet: simplement ob debitum reddendum : pour que la créance te soit rendue, ce qui doit s'entendre naturellement dans le sens que le créancier aura l'action ordinaire du contrat. Solution du reste confirmée par les Basiliques auxquelles il importe toujours de se reporter pour voir comment elles traduisent les textes et comment ils sont interprétés par les scoliastes. Or ici le texte des Basiliques L. IX T. I, ch. 74. (Heimbach t. I p. 434) dit "è to creas autou apactesai" vel debitum exigere (ou bien tu pourras exiger la dette) (par l'action née du contrat). Dans le même sens Ricca-Barberis. M. Solazzi ne s'est pas prononcé.

Il ne peut s'agir de l'actio empti utilis pour une raison négative qui a son importance et qui en acquiert davantage si on admet l'interpolation du mot empti. En supposant que c'est un glossateur, un scoliaste qui a ajouté le mot, s'il avait songé à l'action utilis, il aurait dit: actio empti utilis. Il n'a pas précisé l'action, parce qu'il avait dans l'idée que le créancier agirait par l'action originale.

Mais si cette idée est juste, elle aurait son importance au point de vue historique. En effet, si le scoliaste n'a pas parlé de l'actio empti uti-

lis, alors qu'il parlait de l'actio empti, on en déduira ou que l'actio empti utilis n'existaient pas encore et qu'il l'ignorait. Ou bien il serait antérieur à la création de l'actio empti utilis ; dans ce cas, il pourrait appartenir aux Partes orientis, mais vivre à une époque où l'actio empti utilis n'avait pas encore été imaginée. Ou bien, il ignorait l'actio empti utilis parce qu'il était d'Occident, car pour moi cette action est orientale et doctrinale. Ceci nous permettrait de dater à peu près l'époque et l'origine de l'interpolation.

D'après ces textes du premier groupe, la pure doctrine romaine confère, en cas d'éviction l'action même du contrat. Quel est le fondement de cette solution ? Il n'est pas difficile à dégager. Les jurisconsultes et l'interpolateur à leur suite, considèrent que la datio in solutum est une solutio ; elle est assimilée par le droit romain à la solutio. Or si la solutio est nulle, il est clair que le créancier pouvait agir contre son débiteur par l'action primitive du contrat. Nous développerons cette idée au § 2.

2ème groupe de textes : textes qui donnent l'actio empti utilis au créancier.

Le premier texte est de l'Empereur Antonin Caracalla 212. C.J.L. VIII t. LXIV de éviction. 4

Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum : causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc jure fuerit evictum utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet.

Si le fonds à toi donné en paiement avait été hypothéqué à d'autres créanciers, la cause du gage (ou de l'hypothèque) n'a pas été changée. C'est pourquoi si on t'avait évincé de ce droit l'action utile est complète contre le débiteur. Car un contrat de ce genre acquiert la force de la vente.

Dans la traduction, il n'y a rien de particulier, sauf de petites remarques : 1° - causa pignoris... la cause du gage ou de l'hypothèque. Le mot causa ne veut rien dire ; causa pignoris c'est la même chose que pignus. Le mot causa est souvent employé pour désigner l'opération, le rapport juridique lui-même ; nous n'employons pas le mot cause en ce sens. Nous dirions : le gage dure toujours (Heumann Seckel V^e Causa p. 60, c. 2) traduisons ; le rapport obligatoire d'engagement subsiste. Pignoris paraît du reste viser plutôt l'hypothèque que le gage, mais le mot s'emploie dans les deux sens.

2° - La dernière phrase : "Nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet" car un contrat

Fondement de cette solution.

Textes qui donnent au créancier l'action utilis.

C. VIII, 45.4

de ce genre acquiert la force de la vente ou tient la place de la vente, puisque vicis veut dire place (cf. vicem obtinere dans plusieurs textes de Gaius, assimilant certaines sources à la Loi : legis vicem obtinet, I.4.5.83 - IV.II8, Heumann Seckel, v° Vicis p. 623 col. I et 2.)

Critique du texte.

Critique du texte. Interpolation des deux dernières phrases. L'interpolation a été découverte indépendamment par Rabel et de Francisci. Elle est admise par Steiner, p. 60-63, Solazzi, p. 166-167, Ricca-Barberis, p. 12. Les deux phrases *Igitur - competit*, *nam continet* sont interpolées. Critères nombreux : *igitur* au début d'une période *hoc iure* : mauvais latin : tu as été évincé de ce droit, on est évincé de la chose (*si res evicta fuerit*) - *Utilis actio competit* : une action utile ne peut "compéter" parce qu'elle doit être accordée par le préteur (*datur, danda est*) ce sont les actions directes qui compétent (critère étudié par P. Krüger et universellement admis) *Ejus modi* : mauvais latin; *fuerat, fuerit* : le texte a commencé par considérer un fait passé (1ère phrase si le fonds à toi donné avait été hypothéqué). Dans la suite, il considère un fait futur, un élément éventuel.

Cette opposition entre *fuerat, fuerit*, implique un texte défectueux. Le fait de l'éviction n'avait pas été prévu par le constituant, c'est donc vraisemblablement une remarque d'un scoliaste.

La première phrase vise les rapports des créanciers hypothécaires, tandis que les deux autres phrases interpolées visent ceux du créancier et du débiteur.

Mais il y a un signe plus caractéristique d'interpolation. Dans la troisième phrase, on trouve le mot contractus (car un contrat de ce genre acquiert la force de la vente) : ce contrat c'est la *datio in solutum*. Peut-on dire vraiment que la dation en paiement est un *contrat*? Non, c'est un acte d'extinction de droit, un acte qui équivaut au paiement, lequel n'est pas un contrat. C'est le contraire d'un contrat (*distractus*) mais nous n'avons pas le mot *distrat* en français. C'est un acte extinctif de droit et non pas un contrat. Les critiques ont fait la comparaison avec un passage de Gaius III. 91 qui, visant la *condictio indebiti*, dit que la *condictio indebiti* n'a pas à sa source un contrat "quia is qui solvendi animo dat magis distrahere vult negotium quam contrahere (on a beaucoup dit que *animus* était partout interpolé ; *animus furandi, novandi* peut-être interp

mais animus n'est pas interpolé partout ; la preuve en est dans le texte de Gaius : *animus solvendi*) : parce que celui qui donne une chose avec l'intention de payer veut plutôt rompre le contrat que contracter. Or, que fait celui qui donne un paiement ? dat *solvendi animo*, par conséquent, *magis distrahere vult quam contrahere*. Voilà pourquoi les critiques disent qu'il n'est pas possible qu'en 212, la Chancellerie qui est encore dans la bonne tradition de l'époque classique ait commis une confusion pareille, permise au contraire à un scoliaste. L'interpolation est incontestable. Ce sont des gloses qui émanent d'un annotateur qui veut prouver sa science. Cette gloze est tirée d'autres gloses que nous verrons plus loin. Tous ces textes ont été l'objet d'annotations immémorables. Le Code grégorien était pratiqué par quantité de gens de loi ou de professeurs, il leur servait de base de leurs consultations ou de cours. Ils mettaient des notes sur le texte. Quelquefois, le fond de la gloze est honnête, quelquefois, il révèle une doctrine non classique, c'est le cas.

Etudions très rapidement le casus.

1° - Dans la première phrase (qui est pure) Caracalla donne une réponse au consultant et sa réponse est tout à fait juridique. Elle va de soi, mal on sait que les consultants faisaient des questions parfois très simplistes et qui prouvent que l'homme de loi qui consultait la chancellerie avait un esprit bien inférieur. La chancellerie répond qu'au cas de dation in solutum d'un immeuble hypothéqué à plusieurs créanciers, l'hypothèque subsiste. La cause causa pignoris n'a pas été changée ; il n'y a pas de novation. L'hypothèque est un droit qui s'attache à la chose et qui la suit dans toutes les mains où elle passe, sauf s'il y avait novation de l'obligation ce qui n'est pas le cas ici. Réponse très juridique et évidente.

2° - Les deux dernières phrases (interpolées) supposent un autre casus ; que le créancier q a reçu la chose en paiement est évincé. Si igitur n'a rien à faire ici. En cas d'éviction, le créancier aura son recours contre le débiteur par une action utile. Laquelle ? On peut connaître son nom par deux moyens : d'abord, on peut tirer son nom de notre texte même, à savoir dans la troisième phrase qui dit : *nam ejusmodi contractus venditionis vicem obtinet*, car un contrat de cette nature acquiert la force de la vente, l'action utilis c'est donc l'*actio empti utilis* qui aura la force de l'*actio empti*.

Autre argument tiré de la comparaison avec un autre texte, le plus fameux sur l'*actio empti*

Le casus différent dans la première et dans les deux autres phrases.

D. XIII, 7.
24 pr.

utilis, interpolé lui aussi : Ulprien D. XIII.7.24 pr.

En tous cas, tirons cette conclusion que l'actio utilis n'est pas classique. Elle date du Bas-Empire puisqu'elle ne figure que dans un passage interpolé de la Constitution de Caracalla.

Nous allons trouver la même conclusion dans un second texte : Ulprien 30 Ad.éd.DXIII, 7, de pignera-tia actione vel contra, 24 Pr. qui est le texte le plus célèbre de la matière.

Eleganter apud me quae-situm est, si impetras-set creditor a Caesare, ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pigne-ratitiam? Et videtur fi-nita esse pignoris obliga-tio, et a contractu reces-sum. Immo utilis ex emp-to accommodata est, quemad-modum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quanti-tatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus inter-sit : & compensationem habere potest creditor, si forte pigneratitia, vel ex alia causa cum eo agitur.

On m'a posé une question assez délicate au cas où un créancier aurait sollicité de l'Empereur la faveur de posséder le gage et au cas où celui-ci aurait été évincé, s'il a l'action contraire du gage. Et il semble que l'obligation du gage soit finie et qu'on se soit retiré du contrat. Bien plus l'action utile de l'achat a été accordée comme si la chose lui avait été donnée en paiement afin qu'il (le débiteur sous-entendu) le satisfasse pour le montant de la dette ou pour autant qu'il est de son intérêt. Et le créancier peut avoir la compensation si par hasard on agit contre lui par l'action du ga-ge ou en vertu d'une autre cause.

Ulprien a écrit, paraît-il (Kruiger, Sources), son livre XXX ad Ed. après 212. C'est pourquoi ce tex-te est mis après celui de Caracalla, contrairement à l'usage courant qui dit qu'Ulprien a été suivi par Ca-racalla.

Rien à dire sur la traduction de ce texte. Au point de vue critique ce texte a été depuis Favre reconnu comme fortement interpolé. (Index , Ic.227, 228). Il a été étudié par M. Appleton (Histoire de la com-pensation Paris-Lyon 1895 pp.24,29)- Steiner p. 64-65 ignore l'auteur français. Solazzi pp. 167-170 ne donne aucune référence , mais en réalité répète les arguments de M. Appleton, M. Ricca Barberis , p . II

Interpolation
des termes
relatifs au
gage dans la
première par-
tie du tex-
te.

I2. La traduction indiquée de façon tout à fait littérale est rendue de façon meilleure par M. Appleton: "On m'a posé une question assez délicate...." Eleganter (avec finesse judicieusement) n'est pas sujet à la critique et n'est pas un indice d'inauthenticité. Ce serait même un criterium d'authenticité d'après une étude de ce mot faite par M. Max Radin Eleganter, dans Law Quarterly Review Vol. XLVI, 1930, pp. 311 - 326. Il n'est pas douteux que le texte ne signifie plus ce qu'il signifiait du temps d'Ulprien, parce que comme l'a montré Lenel celui-ci dans son L. XXX ad Ed. traitait de la fiducie. Donc les termes qui se rapportent au texte du Digeste au gage, pignus, pignericia, pignoris sont interpolés pour fiducia, judicium fiduciae, fiduciae. De même au lieu de idque qui se rapporte au pignus, il faut lire eaque (fiducia). A la fin se rencontre encore pignericia qu'on n'a pas lieu de remplacer par judicium fiduciae puisque la finale appartient à un fragment non classique. Le Président Favre amputait le texte depuis : et videtur..... à la fin. Aujourd'hui l'opinion courante est plus modérée et admet l'interpolation depuis immo utilis.... jusqu'à la fin. Il y a donc dans le texte deux parties ; une d'Ulprien sauf modification et une d'un interpolateur.

La seconde
partie du
texte est in-
terpolée.

Les critères de fond et de forme sont très nombreux dans cette deuxième partie : Fond: cette deuxième partie sort de la question. La condamnation est au montant de la dette ou à des dommages intérêts: il serait étrange qu'Ulprien ne sache pas exactement quel est le montant de la condamnation s'il était l'auteur de la deuxième partie. De plus il est question là d'une faveur impériale. Celle-ci assimilée à la datio in solutum ne se comprend pas. Le rapprochement est forcé. La fin est difficile à justifier au point de vue du fond. Tout cela fait que la deuxième partie du texte est suspecte.

Les critères de forme pullulent . M. Steiner en trouve même dans la première partie, ce qui fait, dit-il, qu'on ne sait pas bien ce qu'Ulprien veut dire (c'est exagéré). Mais dans la deuxième partie, au point de vue forme on trouve: si forte, vel alia causa (au lieu de actione) qui sont des preuves d'interpolation. Il est difficile de savoir si l'altération de cette 2ème partie vient des commissaires ou d'un scolaiste préjustiniens. On pourrait penser que l'interpolation est due aux commissaires eux-mêmes, en vertu d'un critère peu remarqué tiré de quemadmodum terme familier aux commissaires (Longo Vocabulaire) et que les sources préjustiniennes n'emploient pas. Ce critère du reste n'est pas absolu. Il y a peut-être, en

sens contraire, quelques raisons de l'attribuer à une glose préjustinienne (V. Infra).

Pour étudier le casus et la solution, séparons la 1ère et la 2ème parties.

Ière partie.
Un créancier évincé d'une chose dont il était devenu propriétaire à la suite d'un pacte de fiducie peut-il la réclamer par l'action de fiducie contraire?

Solution
négative
d'Ulprien.

La 1ère partie qui est pure se rapportait à la fiducie. L'espèce est très simple : un créancier qui était déjà propriétaire d'une chose du débiteur à la suite d'un transfert avec pacte de fiducie, avait sollicité de l'Empereur la faveur de prendre possession de la chose fiduciaire afin de la garder définitivement. C'était une *impetratio possessionis* (Girard, 8^e Ed. p. 824, n°4), qui éveille l'idée de l'*impetratio dominii* en matière d'hypothèque (Girard, p. 831). Le créancier ayant sollicité la faveur de prendre possession définitive de la chose obtient celle-ci de l'Empereur. Mais il est évincé à la suite de la revendication d'un tiers qui est déclaré propriétaire alors que le débiteur qui lui avait fait le transfert était déclaré comme n'étant pas propriétaire de la chose. Le créancier évincé de la chose malgré la décision de l'Empereur, voulait s'assurer un recours. Il pose donc à Ulprien une question que le grand jurisconsulte qualifie de "délicate": Le créancier aura-t-il l'action de fiducie contraire - *Pigneraticia* est mis ici pour *judicium fiduciae* - *an habeat contrarium judicium fiduciae*? Voilà la question. Cette action contraire de fiducie serait accordée au créancier du fait qu'il a subi une perte. D'habitude les actions contraires sont données pour recouvrer les frais occasionnés par l'opération, par exemple les frais de conservation de la chose. Ici il s'agit de bien autre chose: il s'agit non pas de frais de conservation mais de quelque chose de plus important, du remboursement de la perte qu'en a subie le créancier.

Ulprien répond : il n'est pas possible d'agir par cette action contraire de fiducie, parce que l'obligation de fiducie: *videtur finita esse*. *Videtur* ici n'a pas de signification exacte; c'est une sorte de verbe explétif qui a pour but d'appuyer sur l'idée. L'obligation de fiducie est finie, éteinte, et l'on s'est retiré du contrat, en sollicitant la faveur impériale.

Les termes *a contractu recessum* étaient déjà suspects à Favre. Le changement de *pignus* en *fiducia* (inconnu de Favre) les rend plus suspects, selon M. Collinet: autant on peut dire que le *pignus* est un contrat, autant il est difficile d'accorder ce terme à la fiducie qu'on appelle d'ordinaire un pacte. Resterait alors la phrase capitale : *Et videtur.... obli-*

gatio. Même si le créancier n'a pas l'action contraire

de fiducie, il lui reste cependant l'action du contrat originaire dont Ulprien ne parle pas. Telle est l'opinion générale.

Voilà l'explication du texte au temps d'Ulprien.
Au Digeste, pignus a été substitué à fiducia.

Or la substitution de pignus à fiducia, le transport du texte sur le plan du gage change, selon M. Collinet la donnée de la question. Le créancier ne peut pas demander à l'Empereur de posséder le gage comme le dit le texte : ut pignus possideret; c'est un non sens puisque par essence le gage emporte la possession. En conservant le texte tout en substituant pignus à fiducia l'interpolateur a dû penser à autre chose: à une véritable impetratio dominii, à une prise de possession emportant propriété par le créancier. Cette impetratio dominii qui s'applique normalement à l'hypothèque peut être appliquée au gage qui lui ressemble tant. Le doute qu'on pourrait avoir sera levé par les Basiliques qui, quoi qu'on pense, reflète l'interprétation des Byzantins eux-mêmes. Basiliques (XXV. I. 24 Heimbach. III. 67): (le créancier) jussus fuerit (a été autorisé) dominii jure pignus possidere : à posséder le gage au titre de la propriété, c'est-à-dire à devenir propriétaire du gage. Cf. Scolie I de Stéphane Ibid.

2^e partie: Immo..... C'est une addition au texte original, d'après l'opinion courante. Cette addition (Solazzi 169) est commandée par la solution nouvelle : toute action étant refusée au créancier et le créancier étant laissé sans protection il fallait lui en donner une. Les commissaires ou un glossateur préjustinien ont alors songé à un rapprochement un peu forcé avec la datio in solutum. Ils ont songé à assimiler ce cas à celui où le créancier ayant reçu une chose en paiement est évincé (quemadmodum) et en conséquence, par suite de cette assimilation ils ont accordé au créancier dépoillé l'action utilis ex empto, examinée avec le 1^{er} texte.

Quel sera le montant de la condamnation ? L'auteur hésite : ut quantitatatem debiti ei satisfiat vel in quantum ejus intersit" pour qu'il le satisfasse dans la mesure du montant de la dette ou bien pour qu'il lui verse des dommages intérêts, mot-à-mot une somme équivalente au montant de son intérêt. Or cette alternative est bien bizarre car nous savons par ailleurs et par la contexture de l'actio utilis ex empto et par l'économie générale de l'actio empti en matière d'éviction, que la condamnation est une condamnation à des dommages intérêts. Que vient donc faire ici le montant de la créance et c'est ce qui rend

Par suite de
l'interpolati-
tion de pi-
gnus le
texte vise
l'impetratio
dominii.

2^e partie:
Assimilation
de ce cas
à celui où le
créancier est
évincé de la
chose reçue
en paiement.

Application
de l'action
utilis
ex empto.

l'une et l'autre actions.

On peut objecter ceci : Sans doute Ulprien connaissait son droit romain, mais les commissaires qui rédigent le Digeste, qui sont des techniciens, des professeurs, des avocats, n'auraient pas su leur droit puisqu'ils ne savaient pas pourquoi était donnée l'action utilis ?

Aussi M. Collinet s'imagine que ce passage vient plutôt d'un de ces scoliastes anonymes préjustiniens dont la langue et la pensée sont plus flottantes que celles des commissaires.

La dernière phrase dit ceci : et le créancier peut avoir la compensation si par hasard on agit contre lui par l'action du gage ou en vertu d'une autre cause. Sur la compensation, la meilleure étude reste celle de M. Appleton; il pouvait donc nous donner une explication de ce passage. Or, il a avoué sans fausse honte qu'il n'y comprenait rien (p. 28-29). En effet, dit-il, on ne conçoit pas que le débiteur intente l'action du gage contre le créancier, puisque le créancier peut invoquer quelque chose en compensation, c'est que le débiteur l'attaque par l'action pignoria directe). Or on ne conçoit pas que le débiteur intente l'action directe du gage contre le créancier puisque celui-ci est couvert par la concession impériale.

D'autre part, que signifie vel ex alia causa (qui devrait être ex alia actione); quelle pourrait être cette autre cause. L'interpolateur a eu tout de même une idée en écrivant ces phrases baroques, idée qui peut être fausse mais qui répond à un concept de l'auteur, M. Appleton suppose qu'il lui a surgi dans la pensée au nom de l'équité une grande sollicitude pour ce créancier. Pour ce créancier qui, dit M. Appleton n'a nul besoin de protection. La pensée est certainement faible. M. Appleton l'attribue aux commissaires pour lesquels il est très dur. Si la phrase ne signifie rien et dépend d'un certain concept vague d'équité c'est une raison de plus pour en faire la suggestion d'un interpolateur préjustinien plutôt que des commissaires. Car ceux-ci ont prouvé bien des fois qu'ils avaient un certain bon sens et un sens juridique et ils n'auraient pas écrit pareille phrase.

Toujours est-il que ce texte bien étudié nous présente un nouvel exemple de l'action utilis ex emptio qui n'est pas classique en matière de *datio in solidum*.

§ 2

La nature de la datio in solutum

en droit classique et en droit byzantin.

I- En droit classique la datio in solutum est regardée comme un paiement; l'expression même de datio in solutum indique bien cette idée de paiement par équivalent. C'est donc un mode libératoire (sauf à savoir s'il éteint la dette ipso jure ou exceptionnis ope).

En droit classique la datio in solutum est regardée comme un paiement.

La nature classique de l'opération résulte des textes du premier groupe d'après lesquels le créancier évincé avait l'action du contrat. C'est la logique même, car l'éviction de la chose donnée en paiement produit pour le créancier la nullité de la satisfaction, l'inanité de la satisfaction, la carence de la satisfaction. Il n'a rien, alors qu'il comptait recevoir son dû. En conséquence le débiteur n'est pas libéré, il n'a pas payé. Donc ce débiteur reste tenu de payer au créancier sous une autre forme, soit par la livraison des deniers, soit par une nouvelle datio in solutum, mais cette fois efficace. On se trouve ici dans la même situation que si le paiement en espèces était nul pour quelque raison. Pour prendre un cas qui se rapproche de l'éviction et qui était pratique comme le prouve le texte ci-dessous, supposons que le paiement ait été fait avec des deniers de mauvais aloi reprobis nummis, le paiement n'était pas effectif et le débiteur devait le recommencer (Ulprien 30 Ad Ed. D. XIII, 7, de pign. act. vel. contr. 4.I.). Si la datio in solutum classique est analogue au paiement, si c'en est un équivalent, nous en tirons cette conséquence qu'elle n'entraîne pas novation. L'éviction ouvrira pour le créancier dépouillé l'action du contrat qui tend à obtenir le montant de la créance sans dommages intérêts, mais le créancier agissant par cette action garde toutes les garanties réelles ou personnelles qui lui avaient été octroyées. Voilà les résultats logiques du droit classique romain.

2 - En droit byzantin, nous avons vu que la datio in solutum est regardée comme une vente, ou plus exactement, puisque les Romains distinguent la vente et l'achat, la datio in solutum est regardée comme un achat, emptio. Le créancier est réputé avoir acheté du débiteur la chose donnée en paiement contre le montant de la créance représentant le prix de l'achat. Il abandonne sa créance contre la chose re-

En droit byzantin la datio in solutum est regardée comme une vente.

que en paiement. Cette emptio venditio n'est pas une emptio venditio normale, puisque le prix n'est pas en argent et qu'ici il consiste dans l'abandon d'une créance. On ne peut même pas dire qu'il y a vente de la créance, il y a abandon, ce qui n'est pas la même chose.

Aussi l'emptio venditio sera-t-elle simplement fictive : le créancier est "censé" avoir vendu et l'action en cas d'éviction sera une action utilis ex empto. Cette conception du droit byzantin est prouvée par différents témoignages, d'abord par les deux textes du deuxième groupe et que nous avons vu concéder cette action par interpolation. Mais l'assimilation est également prouvée par les interpolations de quelques autres textes.

En voici deux interpolés: (Solazzi p. 171), Ulprien Lib. VI Fideic. D. 42.4. Quib ex caus. I5. L'échangiste est pareil à un acheteur, de même celui qui rem in solutum accepit.

Autre texte: Ulprien LXXVI Ad Ed. D. 44.4, de doli mali except. 4.3I : l'échangiste et de même celui qui in solutum accepit, sont assimilés à ceux qui vicem emptorum continent, qui tiennent la place des acheteurs (Cf. C. VIII 44 (45), 4, étudié supra: vicem venditionis obtinet).

La question la plus intéressante est de savoir d'où vient cette assimilation qui est postérieure à Constantin. La question a été reprise par M.P. de Francisci : La doctrina bizantina della datio in solutum in fronte con il materiale papirologico dans AEgyptus I. 1920.

L'assimilation par le droit byzantin de la datio in solutum et de la vente est d'origine hellénistique.

M. de Francisci a démontré que l'assimilation provient de l'influence hellénistique et cet exemple est à ajouter à ceux du Tome I de M. Collinet. Des textes épigraphiques (Inscription de Ténos et des papyrus montrent que les Grecs rapprochaient les deux termes dation en paiement et vente. Après Justinien c'est la conception du droit musulman et byzantin (Le droit musulman a-t-il des rapports avec ce dernier ?). La démonstration de M. de Francisci est acceptée par tout le monde (Solazzi p. 177 - Ricco Barberi IO.I4.) L'assimilation remonte même plus haut que le droit grec : M. San Nicolo l'a étudiée dans le droit néobabylonien d'après des textes du VI^e siècle av. J.C. (Varia Babylonica n° III de la Revue Archiv Orientalni vol. IV n° 2 Août 1932, p. 179-188). L'auteur avait d'ailleurs décelé le rapprochement dès 1919, avant M. de Francisci.

Cette assimilation en droit byzantin a pu être facilitée par une pratique du droit romain classique qu'on ne signale pas toujours (Solazzi p. 177). Nous

savons par quelques textes qu'à Rome il intervenait assez souvent une convention entre créancier et débiteur comportant une véritable vente de la chose pour le montant de la dette. Il y a avait alors un véritable prix de la chose, fixé et dû par le créancier. Ce prix n'était pas versé, mais se réglait par compensation avec la dette. L'opération n'est donc pas une dation en paiement normale, c'est une tractation particulière où la vente joue son rôle.

La chose ainsi vendue au créancier pouvait être le gage lui-même: le débiteur avait remis en gage au créancier, une certaine chose. N'ayant pas d'argent pour payer, il vendait le gage au créancier en compensation de sa dette; Fg. Vat. 9. Ou bien ce pouvait être une chose quelconque (Pompon 35 ad Sabin. D. XX.3. qui potior.... 4 : "Rem aliam priori creditori vendiderat creditumque pensaverit cum pretio rei venditae")

IV- Il nous reste à préciser la nature de la datio in solutum.

Sous l'influence de son assimilation à la vente, les Byzantins en ont fait un contractus et nous avons déjà remarqué que c'était un véritable paradoxe puisque la dation en paiement est un distractus, un mode de libération (Cf. plus haut C. 8.44 (45).4). Quelle est la nature de ce contractus ?

Chose curieuse, il semble que les Byzantins ont vu dans la datio in solutum une opération innommée do ut facias. Ils ont eu cette idée dans l'esprit sans la mentionner expressément, comme il arrive parfois car nous n'avons pas l'énumération complète des contrats innomés. Nous n'avons que des exemples des quatre types. Il s'agit d'un passage interpolé de Paul 54 Ad Ed. D. 4I.3 de Usucap. et Usurpa. 4.I7 (Sollazzi p. 172). Le texte énumère un certain nombre d'opérations dans lesquelles la part d'une esclave furtive ne peut pas être usucapée. (Cf. Basanoff, Partus ancillae thèse Paris 1929. Les opérations sont les suivantes : l'opération do ut facias, puis l'échange, puis la donation, puis la datio in solutum. Il semble bien que dans l'esprit des Byzantins il y ait un rapprochement entre toutes ces opérations et que la nature du contractus aurait été l'opération do ut facias transfert de la chose donnée en paiement (do) contre abandon de la dette (ut facias). La datio in solutum serait un contractus du type do ut facias, car il fallait bien le ranger quelque part.

V°- En cas d'éviction la sanction byzantine était l'action utilis ex empto. Le but de cette action était de faire obtenir au créancier des dommages intérêts;, on copiait ici ce qui se passait dans l'ac-

Il semble que les Byzantins ont vu dans la datio in solutum une opération du type do ut facias.

tion directe en cas d'éviction.

Nous avons vu également (au début de la section) qu'une grande controverse avait régné entre les interprètes pour savoir dans quelle position était l'action utilis ex empto par rapport à l'action du contrat

La datio
in solutum
ainsi envi-
sagée comme
une vente
produit une
novation.

Toujours est-il que la datio in solutum ainsi envisagée comme une vente produit une novation. Aucune raison de faire intervenir l'idée de novation dans la datio in solutum à l'époque classique vu que les sûretés de la créance primitive subsistaient. Du jour, au contraire, où on a assimilé la datio in solutum à la vente il s'est produit une novation et on peut supposer que les effets disparaissant les fidéjusseurs se trouvent libérés. C'était la solution traditionnelle, quoique nous n'ayons pas de texte sur ce point et c'est encore la solution moderne. La preuve en est dans l'art. 2038 du C.C. : En cas d'éviction de la chose donnée en paiement la caution reste libérée, il ne se produit donc pas de reviviscence de son engagement après l'éviction. Elle est définitivement libérée et si le créancier exerce un recours contre le débiteur il ne peut l'exercer contre le fidéjusseur. C'est bien une preuve que la novation se produit avec toutes ses conséquences.

Section II.

Justification du bénéfice de cession

d'actions du fidéjusseur.

Nous suivons toujours les applications de l'extension de l'idée de vente.

Le bénéfice
de cession
d'action
du cofidéjus-
seur qui a
payé la to-
talité de la
dette.

En cas de pluralité de cautions, dans toutes les législations avancées, celle qui a payé au créancier toute la dette exerce son recours contre les autres à l'aide des actions du créancier. Il a besoin de ces actions en droit romain en particulier pour exercer son recours. Ces actions il se les fait céder, en droit romain, par un procédé tout à fait romain, très ingénieux et très pratique, l'opposition de l'exception de dol. Les prudents ont présumé que le créancier commettait un dol, du moment qu'il allait être payé, en gardant ses actions, en refusant de les céder au fidéjusseur qui en avait besoin. Le dol est en effet caractérisé. Le fidéjusseur oppose l'exception de dol et sous la menace de cette exception le créancier cédera ses actions par un des procédés bien connus : novation ou procuratio in rem suam.

Ce droit pour le fidéjusseur de réclamer la cession, c'est le bénéfice de cession d'action, qui existe aussi pour le codébiteur solidaire qui a payé le tout. Ce bénéfice est aujourd'hui inutile puisqu'il applique dans les deux cas la subrogation légale C. C. art. 2029 (caution) et I25I, 3° (formule générale applicable aux codébiteurs solidaires).

En droit romain une difficulté se présentait. Comment comprendre que le créancier puisse céder ses actions au cofidéjusseur qu'il poursuit puisque ces actions vont disparaître avec la créance elle-même par le paiement ? Le fidéjusseur choisi a promis au créancier de le payer à condition qu'il reçoive la cession des actions. Du moment même qu'il le fait, la créance du créancier disparaît et partant les actions qui la sanctionnent. On va céder les actions au moment où elle n'existeront plus. C'est une inconséquence dont les jurisconsultes se sont aperçus, mais ils l'ont levée au profit de la pratique qui ne s'embarrasse pas de ces situations en apparence inconséquentes, ils ont trouvé un moyen pour sauvegarder les intérêts du créancier et du fidéjusseur, car si celui-ci ne peut avoir les actions du créancier il ne paiera pas. Les jurisconsultes ont levé cette inconséquence très habilement en étendant la notion de la vente. Nous avons sur la question deux textes capitaux; 1er texte (Paul XIV ad Plaut. D. 46.I. de fidejus. 36.

Dig. XLVI, I.
36.

Cum is, qui & reum, & fidejussores habens (habet), ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones: poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit & perceptione omnes liberati sunt, sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit & ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

Lorsque celui qui ayant (corriger: qui a) un débiteur et des fidéjusseurs cède ses actions après avoir reçu l'argent de l'un des fidéjusseurs, on pourra dire d'une part qu'aucune action n'existe plus, puisqu'il aura perçu son dû et que par la perception tous ont été libérés. Mais il n'en est pas ainsi. En effet il ne reçoit pas en paiement (en effet il n'a pas reçu un paiement), mais en quelque manière il a vendu la créance sur le débiteur et c'est pourquoi il a les actions parce qu'il est

Extinction
des actions
par la litis
contestatio.

Dig. XLVI, I.

36.

tenu par cela même qu'il cède ses actions.

La première phrase est mal conçue. Habens ne peut être maintenu puisque la phrase n'aurait pas de verbe principal. C'est pourquoi les éditeurs ont corrigé en habet.

Critique du texte.

"et perceptione omnes liberati sunt": interpolation signalée par Beseler, III^e cahier, p. 63 avec, comme critère, la conjonction "cum" causa suivi de l'indicatif. Mais pour fortifier cette opinion fondée sur un critère de forme, appelons à notre secours une raison de fond. Il n'est jamais mauvais de fortifier l'argument verbal par l'argument juridique. La phrase est suspecte. Au temps de Paul tous les débiteurs tenus ensemble sont libérés non pas par le paiement, mais par la poursuite, par la litis contestatio faite avec l'un deux, par l'electio de l'un deux. Des interpolations certaines ont été reconnues; la libération par la perceptio, évoque une idée qui n'était pas celle du droit classique. En effet le changement n'a été obtenu que grâce à la célèbre loi Generaliter sancimus de Justinien, C. VIII; 40, de fidejus. c. 28 qui supprime l'effet extinctif de la litis contestatio quant aux individus tenus ensemble et les textes ont été interpolés en conséquence (perceptio, paiement, au lieu de litis contestatio ou electio). Depuis lors, c'est le paiement qui libère tous les débiteurs et non pas la litis contestatio ou le choix de l'un d'eux. Ainsi le critère de forme est corroboré par un critère de fond.

La fin est bien mal rédigée et d'une pensée très faible: habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. C'est pourquoi M. Ernst Levy (Sponsio, p. 201) a vu là une interpolation, probablement une glose émanant d'un individu peu capable. Mais comment se fait-il que les commissaires aient gardé des phrases aussi faibles de pensée et de forme ? Il faut le reconnaître, leur travail est loin d'être parfait en raison de la rapidité avec laquelle ils l'ont accompli. Ils ont donc pris les textes tels qu'ils se présentaient avec leurs impuretés.

Commentaire. Comme le dit très bien Girard p. 811 n. I : Paul indique l'objection et la résout. Paul indique l'objection: par le paiement les actions vont s'éteindre (potuit-perceperit) on ne peut pas céder des actions qui n'existent plus du tout. La réponse est donnée aussi par le jurisconsulte: Sed non ita est, il n'en est pas ainsi, l'objection ne tient pas, car l'opération peut s'analyser d'une façon ingénue qui sauve la décision et le procédé de la cession.

Paul explique que le créancier a vendu sa créance sur le débiteur.

pas affaire à un véritable paiement. Nous ne pouvons pas dire que le créancier reçoit le paiement. On ne peut pas maintenir le texte : Non enim in solutum accipit, et Mommsen corrige; non enim solutionem accipit. Le texte se comprend du reste même sans la correction. Le créancier n'a pas reçu son paiement. Sed quodammodo nomen debitoris vendidit, mais en quelque manière il a vendu sa créance sur le débiteur.

"Quodammodo" ce terme montre combien les juridictions romaines sont des maîtres en fait de nuance (Cf. Gaius et Paul sur les sui heredes qui sont en quelque manière copropriétaires des biens). Les juridictions romaines ne peuvent pas et n'oseraient pas parler ici de vente. Ils disent qu'il y a en quelque manière une vente. Le mécanisme se comprend très bien le créancier vend sa créance sur le débiteur contre un prix qui est le montant de la dette payée par le fidéjusseur. C'est subtil mais il faut bien arriver quelquefois à la subtilité. La pratique veut être soutenue. Il faut que ce soit possible de céder les actions. C'est une nécessité aussi bien pour le créancier que pour le fidéjusseur lui-même. Un juge consulte fait surgir l'objection : on ne peut céder les actions. On lui répond par une espèce de fiction "quodammodo" de vente, comme dans la dation en paiement byzantine où la chose est réputée vendue contre un prix. En conséquence il y a ici une extension de la notion de la vente originale, et qui est parfaitement classique et qui prouve l'habileté des juridictions classiques.

Modestin
Dig. 46.3.76.

Le fidéjusseur d'un tuteur qui paie ce qui est dû au titre de la tutelle bénéfici-e-t-il des actions de l'ex-pupille ?

Le 2^eme texte est de Modestin vi Respons. D.
46.3 de solut. et libor. 76 :
Modestinus respondit: si post solutum sine ullo pacto, omne quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sunt : nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit, quod si ante solutionem hoc factum est; vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est : salvas esse mandatas actiones : cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio, quae fuit perempta, videatur.

Modestin a répondu qu'après le paiement, aucun pacte, de tout qui est dû au titre de la tutelle, les actions ont été cédées après quelque intervalle, n'est fait en vertu cette cession, puisqu'une action n'a subsité. Que si cela a été fait avant le paiement ou bien comme il a été convenu que les actions seraient mandatées et qu'alors le paiement serait effectué (ci) le mandat a suivi les actions mandées

sauver. Puisque dans ce dernier cas, aussi, un prix des actions mandées semble plutôt payé que l'action qui a été éteinte (n'est cédée).

Ce responsum de Modestin suppose, en le sous-entendant un casus qui lui avait été posé et qui n'est pas reproduit alors que quelquefois le casus est présenté avant la réponse du jurisconsulte. Ici il faut l'induire de la réponse même. Le texte suppose ceci: le fidéjusseur d'un tuteur a payé tout ce qui est dû au titre de la tutelle, ou se propose de payer tout ce qui est dû au titre de la tutelle et le texte s'occupe de savoir quel est le sort des actions de l'ex-pupille. Le fidéjusseur consulte le jurisconsulte pour être sûr qu'il profitera de ces actions.

Le texte répond en distinguant trois cas car il est probable que le fidéjusseur n'avait pas précisé son acte:

1^{er} cas: Le paiement a lieu sine ullo pacto, c'est-à-dire sans aucune convention relative à la cession et les actions sont cédées après un intervalle c'est-à-dire ne sont pas cédées en même temps que le paiement. Alors, dit le jurisconsulte, la cession ne produit aucun effet, car aucune action de l'ex-pupille n'a subsisté. Le paiement fait par le fidéjusseur a éteint toutes les actions du pupille.

2^e cas: la cession a été faite avant le paiement: salvas esse mandatas actiones, les actions cédées être sauves. Les actions "mandées" ou les actions cédées c'est la même chose, parce que des deux procédés de cession de créance dans le droit romain, la novation et la procuratio in rem suam, la procuratio in rem suam paraît le plus pratique et dans ce cas on parle d'aciones mandatae, mandées, cédées. Ces actions sont sauves. La cession est valable; le paiement n'était pas encore intervenu, elles n'étaient pas éteintes.

3^e cas: il est prévu par une phrase intercalée entre la précédente et la solution : vel... salvas actiones.

Il avait été convenu que les actions seraient cédées et qu'alors le paiement serait fait, la cession des actions devant intervenir au moment du paiement. Mandatum subsecutum est le mandat à suivi, a été exécuté, la procuratio in rem suam s'est opérée. Dans ce cas les actions sont sauves également. Cette phrase se rapporte aux deux hypothèses, au 2^e et au 3^e cas.

Pourquoi les actions sont-elles sauves alors

1^{er} cas: Le paiement a lieu sans pacte.

2^e cas: la cession a été faite avant le paiement.

3^e Cas: La cession des actions convenue avant le paiement est intervenue après.

que dans la première hypothèse aucune action n'avait subsisté ? Le texte en donne la raison : "cum novissimo quoque casu" parce que dans ce dernier cas aussi (c'est-à-dire comme dans le second) un prix des actions mandées semble plutôt payé que l'action qui a été éteinte n'est cédée. Dans ce cas comme dans le précédent, le texte fait intervenir la fiction de la vente. Les actions n'ont pas fait l'objet d'une véritable cession, car au moment où intervenait le paiement elles étaient éteintes, elles ont été vendues, il y a eu un prix payé pour ces actions mandées. S'il intervient un prix pour ces actions mandées, c'est qu'il intervient une vente dont le prix est le montant de la créance. La dernière phrase est très elliptique: c'est un raccourci vigoureux mais un peu obscur; il faut comprendre "que l'action qui est éteinte n'est cédée". La phrase quoique mal écrite, se comprend.

Arrêtons-nous sur les textes de Paul et de Modestin, il n'est pas douteux et il a apparu depuis longtemps aux Romanistes que les textes de Paul et de Modestin sont en divergence. La cession d'après Paul peut être demandée après le paiement tandis que Modestin, suivant l'excellent résumé de Girard, p. 8II, n. I. "déclare plus juridiquement la cession impossible si elle n'a pas été faite ou convenue avant le paiement". Mais il semble bien que les Byzantins n'ont pas été frappés de cette divergence de textes car du texte de Paul les Basiliques (XXVI, I, 36, Heimbach III, 98, n'ont retenu qu'une idée: à savoir que la cession peut avoir lieu après le paiement, de sorte qu'en droit byzantin la cession peut avoir lieu avant ou après le paiement. Cela n'a aucune influence sur le sort des actions, attendu qu'en faveur de la cession on fait valoir l'idée de vente fictive.

La justification du bénéfice de cession d'action par l'idée de vente est-elle l'application d'une théorie générale du droit classique ?

Accarias II, 190, 4 l'affirme. Pour lui on donne cette explication dans tous les cas où la cession a pour condition, pour cause, un paiement à faire au créancier.

Accarias cite deux textes qu'il faut traduire.

Le premier : Marcien Lib. sing. ad formul. hyp. D. XX.6, quib mod. pign. 5.2 M. Fehr a contesté le titre de l'œuvre de Marcien en prétendant que les classiques n'employaient jamais le terme hypothèque. Cela paraît invraisemblable et cette théorie n'a pas eu grand succès.

Marcien Dig. 20, 6, 5, 2.
Si convenerit, ut pro hypotheca fidejussor daretur,
et datus sit; satisfactum

S'il a été convenu qu'un fidejusseur serait donné au lieu de l'hypothèque,

Contradiction entre Paul et Modestin.

La justification du bénéfice de cession d'actions par l'idée de vente est-elle l'application d'une théorie générale du droit classique?

Marcien Dig.
20, 6, 5, 2.

videbitur, ut hypotheca liberetur. Aliud est, si jus obligationis vendiderit creditor, et pecuniam acceperit : tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine.

et qu'il l'ait été, la satisfaction (du créancier) paraîtra telle que l'hypothèque est libérée. Autre chose est si le créancier a vendu le droit d'obligation et a reçu l'argent. Alors en effet toutes les obligations demeurent entières parce que cela est reçu en guise de prix, non à titre de paiement.

Le texte a été suspecté. Index T. I. col. 397. 398. Ebrard formula hypothecaria. D'autres auteurs comme . Albertario remplacent hypotheca par pignore ou pignus. La majorité accepte hypotheca (On est beaucoup trop rigoureux dans le traitement des interpolations en s'imaginant que les jurisconsultes classiques n'ont pas du tout connu l'hypothèque et que partout où le Digeste dit hypothèque, ils disaient pignus. Il faut distinguer deux choses : hypothèque ne remplace pas toujours pignus: les jurisconsultes romains ont parfaitement connu l'hypothèque à côté du gage quoiqu'elle ait été sans doute plus répandue en Orient qu'en Occident; mais si l'on voit au Digeste pignus vel hypotheca on peut penser que les compilateurs ou des glossateurs ont ajouté vel hypot. pour affirmer l'assimilation.

Dans le texte il est une phrase qui paraît très suspecte. C'est celle qui prévoit la deuxième hypothèse : "autre chose est si le créancier a vendu le droit d'obligation et a reçu l'argent, alors en effet toute l'obligation demeurerait entière parce que cela est reçu en guise de prix non à titre de paiement" Cette deuxième période paraît suspecte pour la raison qu'on y trouve un critère qui paraît solide, les termes tunc enim (Guarneri cittati : Enim p. 33 Col.2) De plus la deuxième phrase n'a pas l'air d'avoir grand rapport avec la première. Si cela était il faudrait écarter l'idée d'une théorie générale en droit classique en notre matière et dire plutôt que, dans le texte de Marcien c'est en réalité la raison donnée par les deux textes de Paul et de Modestin qui a été étendue par interpolation. Les Romains à l'époque classique du reste n'ont pas construit de théories générales, tout se fait par casus, c'est la méthode de la casuistique tandis que les Byzantins pratiquent celle de la scolastique.

Papinien L.I. Definitionum , D. 27.3. de tutel.

CI:

Introduction
de l'idée de
vente par
voie d'inter-
polation.

Papinien
i.e. 27.3.21.

Source : BIU Cujas

Cession de l'action de tutelle à un tuteur contre l'autre,

Cum pupillus tutelae actione contra tutorem alterum, tutori, quem iudex in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea judicatum fiat, tamen actio data non intercedit quia pro parte condemnati tutoris, non tutela redditia, sed nominis pretium solutum videtur.

Comme un pupille a cédé son action de tutelle (un pupille ayant cédé..) contre l'un des tuteurs au tuteur que le juge a condamné pour le tout, quoique par la suite un jugement intervienne, cependant l'action donnée ne périra pas, parce que pour la part du tuteur condamné il semble non point que la tutelle ait été rendue, mais qu'un prix ait été payé pour la créance.

L'index des Interpolations T. II. col. 160-161 relève de nombreuses références d'interpolations. En effet le texte contient "pour la part du tuteur condamné : pro parte condemnati tutoris"; ces termes ne peuvent s'accorder avec le contexte et on s'est imaginé par exemple qu'il fallait intercaler un Non, ce qui est toujours un peu arbitraire ou changer condemnati tutoris en contutoris (Mommsen) il est préférable de supprimer "pro parte condemnati tutoris", ces termes sont interpolés (Levy). Mais la raison de M. Ernst Levy n'est pas satisfaisante: le texte supposait un tuteur condamné pro parte, donc division de la dette. L'auteur s'imagine qu'elle est un droit pour le cotuteur et qu'elle constitue un bénéfice (Lecomte, Thèse Paris 1927 p. 186 n. 63). M. Collinet pense qu'il ne s'agissait jamais d'un bénéfice (droit) pour le débiteur, mais d'une faculté de division pour le créancier, ce qui est du reste le régime du C.C. (Studi Albertoni à paraître).

Si le passage est interpolé on comprend son incorrection. Le glossateur, le scribe qui l'a écrit n'a pas très bien saisi le sens du texte. L'interpolation serait d'ailleurs beaucoup plus large d'après M. Solazzi dont l'opinion du reste est repoussée par M. Levy. Toute la finale : quia.... videtur serait interpolée. Il s'ensuivrait que la justification ne serait pas classique, serait postclassique et que par conséquent on ne pourrait pas admettre avec Accarias que les Classiques ont connu une théorie générale sur la justification de la cession d'action par l'idée de vente, ce serait l'idée contenue dans Paul et Modestin qui aurait été généralisée par interpolation dans les textes.

L'exégèse est assez facile : Cf. Lecomte p. 185-187. En droit romain, la cotutelle était

fréquente, notamment la cotutelle des agnats, et primitivement des Gentiles. La tutelle déferée par testament peut avoir le même caractère. De deux tuteurs, l'un a été condamné pour le tout et demande au pupille de lui céder son action afin de recourir contre l'autre tuteur. Un jugement est intervenu : c'est le jugement sur le recours du tuteur contre l'autre. La cession a été faite avant ce jugement (argument du mot *postea*) : le jugement n'est intervenu qu'après). Malgré un jugement l'action ne pérît pas.

La difficulté qui n'est pas indiquée par le texte est de savoir si la *litis contestatio* faite avec le second tuteur et qui aboutira à ce jugement anéantirait l'action cédée ? Papinien répond : quoique par la suite un jugement intervienne tamen *actio data non intercedit*. Au lieu de *data* peut-être y avait-il *actio manda-ta*. L'action mandée ne pérît pas sans que Papinien en donne de raison. Elle a été ajoutée par la suite : parce qu'il ne s'agit pas ici de tutelle rendue mais bien plutôt du prix payé pour une créance vendue. M. Lecomte (p. 187, note 64) observe que le casus a suivi un changement aux Basiliques (38.3.21 Heimb. III. 722). Elles ont imaginé la survie de l'action au paiement du tuteur au pupille et non plus à la *litis contestatio*. Pourquoi ? c'est que dans l'intervalle entre Papinien et les Basiliques s'est produite la réforme de Justinien dans la L. 28.C. VIII.40 sur la suppression de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Les Basiliques ont conservé le texte en appliquant la survie au paiement au lieu qu'elle s'appliquait à la *litis contestatio*.

Section III.

Les risques dans l'échange.

L'échange, *permutatio rerum*, est une opération par laquelle une personne transfère la propriété d'une chose à une autre qui lui transfère la propriété d'une autre chose.

L'échange se rapproche de la vente, mais des différences séparent les deux opérations. - L'échange requiert les transferts de propriété réciproques de deux choses, tandis que la vente exige seulement le transfert de propriété, la *datio*, du prix, mais non point la *datio* de la chose. Le vendeur est seulement tenu de mettre la chose à la disposition pleine et entière de l'acheteur, à faire tradition de la *vacua possessio* Paul 32 (33) Ad Ed. D. I. 9.4 de Ren. perm. I, pr.

Dans l'échange, d'autre part, les transferts

Comparaison
de l'échange
de la vente.

portent sur deux choses quelconques. Le jurisconsulte cité remarque avec raison dans la même loi I. pr. qu'il n'est pas possible de distinguer la res et le pretium. Chaque chose est à la fois une merx et un pretium. Dans la vente, au contraire, on peut distinguer facilement la chose et le prix, car celui-ci doit consister in numerata pecunia, tout au moins dans la doctrine proculienne qui l'a emporté sur celle des Sabiniens ou Cassiens, dès avant Justinien (Ins III.23 de empt. vendit. § 2. Ce § 2 a une source classique en dehors des Institutes de Gaius: Paul XXXIII ad Ed. XVIII.I, de contr. Empt. fg. I,I).

Justement à l'occasion de ce second texte, nous nous apercevons que les Romains se sont parfaitement rendu compte que l'échange ou le troc avait précédé historiquement la vente. Mais est-ce à lire que le troc est l'origine de la vente. C'est une autre question. Nous touchons là à un problème très discuté; les origines de la vente consensuelle. Si nous regardons du côté de la vente-transfert, celle qui se faisait par mancipatio, in jure cessio ou traditio, évidemment elle présente des rapports avec l'échange beaucoup plus que la vente-contrat. Du reste il n'est pas sûr que chez tous les peuples on ait connu avant la vente l'échange. Dans les travaux récents d'après la coutume de différents peuples non civilisés, on a trouvé des procédés qui ne sont pas l'échange - tel le commerce koulah.

Mais les Romains sont arrivés à un certain moment à reconnaître la vente comme contrat consensuel. C'est encore une différence avec l'échange aperçue par Paul D. XIX.4. I.pr. Ils ne sont pas parvenus tout de suite à dégager la notion de contrat, on a commencé par sanctionner certaines opérations et de la sanction on est passé au lien obligatoire. L'achat vente a été sanctionné par deux judicia bonae fidei, judicium empti et judicium venditi, au VII^e siècle de Rome, peut-être même avant, à la fin du VI^e siècle, soit 200-150 av. J.C. Cela s'est fait probablement sous l'influence du droit des gens. Toujours est-il qu'en face de la convention de vente reconnue comme contrat, les Romains n'ont pas admis la même chose pour l'échange, ils n'ont pas admis qu'elle produisît un effet civil. Peut-être parce que l'échange était peu pratique en droit international. L'échange n'a été sanctionné à Rome que par d'autres moyens, ou plutôt il n'a pas été sanctionné aussi vite que la vente par une action de bonne foi et n'est pas devenu un contrat aussi vite que la vente. L'échange a fini par être englobé dans la théorie des contrats

La vente a été considérée comme un contrat consensuel sanctionné par une action de bonne foi.

innomés, lesquels, en tant que contrats, n'ont été reconnus qu'en droit byzantin. Auparavant l'échange a reçu tout de même des sanctions.

L'échange n'a été sanctionné que lorsqu'une partie a exécuté son obligation.

On peut discuter sur les dates. Toujours est-il que l'échange, pour être sanctionné, exige une condition qui n'existe pas dans la vente. Jamais les Romains n'ont reconnu que la convention d'échange serait sanctionnée par elle-même. Il faut qu'une partie ait déjà accompli sa prestation pour que, devant la carence de l'autre partie, une sanction lui soit accordée. Nous sommes ici dans un domaine particulier. Les opérations ambiguës ressemblent donc à certains égards à des contrats re.

Peut-être la sanction la plus ancienne est-elle non pas la sanction pour inexécution, mais la sanction en restitution. Primus en voyant que Secundus n'exécute pas a reçu de la jurisprudentia le droit de réclamer la chose qu'il a livrée par la condic peace (fondée sur l'enrichissement sans cause) qu'on appelle condic peace ob rem dati. Mais ce n'est pas une sanction des contrats innomés, comme on le dit, pas plus que la condic peace propter poenitentiam. C'est une sanction en retour et qui empêche l'opération de venir à exécution.

La première action qui a été donnée en exécution est une actio in factum permettant à Primus d'obtenir une condamnation, peut-être sur la base d'une idée pénale. Puis on est arrivé à donner à l'échange une sanction civile dès l'époque classique, une véritable action de bonne foi. Enfin dans le droit byzantin il est devenu un contrat innomé sanctionné par l'actio praescriptis verbis.

Donc, à l'époque classique, l'échange est complètement séparé de la vente. Au point de vue juridique il n'y a rien de commun entre eux. Cependant, comme au point de vue économique l'échange et la vente se rapprochent, les jurisconsultes dès l'époque classique semblent avoir tendu à rapprocher les deux opérations. A l'époque byzantine le rapprochement est encore plus accentué.

C'est ce mouvement que nous allons suivre à propos des risques, periculum.

1er texte.

Le point de départ est un texte très discuté de Celse le fils, Juventius Celsus, un des promoteurs du S.C. Juventien de 129 ap. J.C. sous Hadrien Celsus, l. III (VIII ? Lenel !) Digeste D. XII, 4 de cond. caus. data. 16.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi

Je t'ai transférées.

Stichum dares: utrum id

l'argent pour que tu

contractus genus pro portio-
ne emptionis et venditionis
est ? an nulla hic alia
obligatio est, quam ob rem
dati re non secuta ? In quod
proclivior sum et ideo, si
mortuus est Stichus, repe-
tere possum quod ideo tibi
dedi, ut mihi Stichum dares.
Finge alienum esse Stichum,
sed te tamen eum tradidis-
se: repetere a te pecuniam
potero, quia hominem acci-
pientis non feceris et rur-
sus si tuus Stichus, et pro
evictione ejus promittere
non vis, non liberaberis,
quo minus pecuniam repe-
re possum.

me transfères Stichus.
Est-ce que ce genre de
contrat participe de la
vente, ou n'y a-t-il pas
d'autre obligation que
l'obligation d'une chose
transférée en vue d'une
autre chose (l'autre)
chose n'ayant pas sui-
vi. Solution vers la
quelle j'incline plu-
tôt. C'est pourquoi si
Stichus est mort, je
puis répéter ce que je
t'ai transféré à cette
fin que tu me transfi-
res Stichus. Suppose
que Stichus ait apparte-
nu à autrui mais que tu
l'aies livré quand même
je pourrai répéter de t'
l'argent parce que tu
n'as pas fait (devenir)
l'esclave (propriété) de
celui qui le reçoit. Et
en revanche, si Stichus
t'appartient et que tu
ne veuilles pas promet-
tre pour son éviction,
tu ne seras pas libéré
(de la nécessité) que
puisse répéter de toi
l'argent.

Bibliographie. Sur ce texte, voir bibliographie dans Girard, 8ème
édition p. 585,2- L'étude la plus poussée est de
M. Charles Appleton, qui a étudié plusieurs fois la
question, en dernier lieu, dans la R.H.D. 1926, p.
390-395, à propos des risques dans la vente, question
objet d'une controverse célèbre depuis qu'on avait
prétendu que la règle res perit emptori était une rè-
gle byzantine. M. Appleton a démontré au contraire
qu'elle était parfaitement classique.

Pour plus de facilité, on indiquera les principa-
les corrections critiques proposées au fur et à mesur-
e du commentaire du texte (Index I.c.178-179. Suppl.
I.c. 183).

Casus. Le casus est simple en apparence: je t'ai
transféré de l'argent pour que tu me transfères Sti-
chus et si on demandait ce que c'est que cette opéra-
tion, personne ne doutera qu'il s'agit d'un échange.
Il semble d'autant moins possible de ne pas voir là

pour obtenir
le transfert
du prix.

un échange que la suite du texte nous prouve qu'il s'agit bien là d'un échange. Seulement certains de ceux qui ont examiné le texte ont dit: c'est très bizarre qu'il n'y ait pas ici une vente, puisqu'il y a datio d'une pecunia, donc dation d'un prix; or la dation d'un prix constitue une vente.

M. Appleton a repoussé cette idée, mais pour rentrer dans l'échange. M. Appleton s'est figuré que le texte n'était pas pur dès son début. Avec une grande connaissance du sujet il a dit: pecuniam est une mauvaise lecture pour Pamphilum. Paul Krueger a lu rem au lieu de pecuniam, l'R et le P se ressemblant. Puis les deux auteurs ont renoncé à leur hypothèse. La correction rem a disparu des dernières éditions du Digeste (Cf. Appleton, Rev. générale, 1912, p. 481-493). Donc c'est bien pecuniam qui est accepté aujourd'hui. Mais comment se fait-il qu'on donne de l'argent contre Stichus et que ce ne soit pas une vente, car dans la suite du texte il est dit: pro portione venditionis: cette opération participe-t-elle de la vente ?

M. Appleton est revenu à une explication de Dumoulin (p. 532-533, article de 1912): "Celse se demande s'il faut voir dans le "Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares" une vente d'un caractère spécial contenant une clause qui oblige le vendeur à transférer effectivement la propriété et précédée du versement de l'argent à titre d'offre, ou bien une opération dont la cause déterminante est ce transfert lui-même et qui par suite tant qu'il n'est pas réalisé ne saurait constituer un achat mais seulement une datio ob rem. La cause déterminante de la datio est-elle d'obtenir l'obligation du transfert de la propriété de Stichus ou le transfert lui-même. Voilà la question. Le noeud du casus est celui-ci, aperçu par Dumoulin: pas de vente parce que l'obligation de la deuxième partie (de toi) est spécialement de transférer la propriété de Stichus alors que dans la vente l'obligation de la seconde partie, le vendeur, est de transférer la vacua possessio, la possession paisible et durable de la chose.

Continuons l'explication. Au point de vue critique, M. Appleton a maintenu jusqu'à son dernier article la correction is, au lieu de id, parce qu'il comprenait que contractus était au nominatif et non pas au génitif. Autrement dit, il lisait "is contractus: ce contrat (est-il par analogie un genre de vente) ?"

Mais au point de vue du latin, c'est impossible, parce que genus serait séparé de emptionis et de venditionis par proportione; conservons id contractus (genus), contractus étant au génitif.

L'alternative proposée par Celse n'est pas exempte de suspicion.

M. Beseler a supposé interpolé de utrum... à ideo, donc la question; par ailleurs Perozzi supprime de id. à venditionis .

C'est là de l'hypercritique, mais l'alternative n'est pas exempte de suspicion, selon M. Collinet. Dans cette alternative, deux expressions ne sont pas classiques:

1° - Contractus genus se rencontre trois fois au Digeste. L'expression est interpolée dans les deux autres textes: Labeon, Liv. V Posteriorum a Javoleno Epitomatorum, D. XVIII, l de contrah. empt. 80,3 (Index Tome 1er, col. 319). Le deuxième texte, c'est Ulprien liv. 34 ad Ed. D. V, l de jud. 65 (Index T. I c. 65 supp. I col. 88). Donc une présomption que contractus genus n'est pas classique; en effet l'expression existe aux Institutes de Justinien III, 24, 2, mais manque le passage correspondant de Gaius.

Mais en plus de la suspicion philologique qui plane sur contractus genus, on peut, dans notre texte, donner de son interpolation une raison de fond. Nous verrons que Celsus ne reconnaissait pas l'opération do ut des qui nous intéresse comme un synallagma. D'autre part, nous savons, par notre texte que Celsus ne voyait pas dans l'opération en cause une sorte de vente, car il dit plus loin: "C'est vers la seconde opinion que je penche plutôt". Comment ce jurisconsulte pourrait-il alors parler d'un contractus genus ? On se le demande. Il faut lire: utrum id pro portione... .est. Mais sans aucune garantie.

2° - Dans la seconde branche de l'alternative une expression aurait dû depuis longtemps frapper les auteurs et dont la singularité ne paraît avoir été aperçue jusqu'ici que par M. Beseler.

Cette expression, c'est "obligatio ob rem dati re non secuta", expression assez difficile à traduire: "obligation qui naît du transfert d'une chose en vue d'une (autre) chose, l'autre chose n'ayant pas suivi". Cette expression n'est pas classique, car elle s'applique à la conductio; or, l'obligatio et la conductio ce n'est pas la même chose. De plus, que c'est une expression qui n'est employée qu'une fois, par conséquent expression suspecte et suspecte à fortiori, parce qu'il n'est pas certain que tout conductio ob rem dati re non secuta elle-même soit classique. La confusion de conductio et d'obligatio ne doit pas être portée au compte de Celsus.

Au contraire, sur cette confusion, aucune surprise ne pourrait naître en nous par rapport au droit byzantin. Les Byzantins, ou les gens de l'époque post-classique, tous les auteurs post-classiques, aussi bien en Occident qu'en Orient, ne sont pas aussi sou-

cieux de la pureté du langage que leurs prédecesseurs.

Cette expression ne doit pas choquer, pour le V^e ou le VI^e siècle, parce que, par suite du progrès de la notion de droit, cette notion a tendance à l'emporter sur celle d'action; même si jusqu'à Justinien, l'action tient toujours une place considérable, néanmoins un autre courant se dessine, qui donne au droit une prépondérance sur l'action et entraîne une confusion, par conséquent, comme aujourd'hui entre le droit et l'action. C'est pourquoi les Byzantins disent: *obligatio ob rem dati*, comme on disait avant eux: *conditio ob rem dati*. L'origine de ce mouvement est d'ailleurs assez ancienne.

Donc, il faut supprimer: *alia...quam ob rem dati re non secuta*, Celsus aurait dit: "an nulla hic obligatio est: est-ce qu'ici il n'y a pas d'obligation du tout ?" En résumé l'alternative aurait été celle-ci: "Est-ce que cette opération participe de la vente, ou bien est-ce qu'ici il ne naît aucune obligation".

Sans garantir le moins du monde cette restitution dans les termes, il n'en est pas moins vrai que le texte renferme deux expressions qui ne sont pas classiques et qu'il convient d'éliminer. Comment la phrase originale était-elle bâtie ? On ne le sait pas.

Arrivons maintenant à la solution. La question est posée; Celsus répond: "In quod....sum: C'est vers cette deuxième solution que je penche"; et si l'on tient compte des corrections proposées par Mr. Collinet: "Je suis plutôt partisan qu'il ne naît ici aucune obligation".

En tous les cas, qu'on suive notre hypothèse ou pas, Celsus est conséquent avec lui-même, en refusant de voir ici une opération proche de la vente. En effet, on n'a pas assez remarqué que Celsus a donné son avis qu'il était impossible de rapprocher l'échange de la vente, en dehors de notre texte, ou plutôt que cet avis est impliqué dans un autre passage auquel on n'a pas donné toute l'importance qu'il mérite, car c'est un texte fondamental: D. II, 14, de pactis 7, 2, où Mr. Collinet soutient depuis quelques années qu'on trouve l'origine des contrats innomés.

Lisons ce passage et nous allons voir quelle était l'idée de Celse: "Sed et si alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit: esse obligationem..." et à la fin: "esse enim contractum, quod Aristo sunallagma dicit..." Mais même si la chose ne passe pas dans un autre contrat - c'est-à-dire si on n'a pas affaire à un contrat nommé: une vente, un louage, etc.,.. - mais que l'opération ait pour support une cause, - ce qui ne veut pas dire une cause finale, mais simplement une chose,

Celsus n'aurait pas écrit alia... quam ob rem dati re non secuta.

La solution.

Celse repousse toute assimilation de l'opération avec la vente.

Rapprochement avec D. II, 14, 7, 2.

(c'est-à-dire en prenant l'exemple de l'échange: exécution par une partie - judicieusement (avec finesse) le jurisconsulte Ariston a répondu à Celsus qu'il y avait une obligation, qu'une obligation naissait. Et, à la fin le texte précise, probablement par voie d'interpolation: En effet, c'est un contrat qui naît qu'Ariston appelle en grec sunallagma.

Comment peut-on induire de ce passage l'opinion de Celsus ? Très simplement: son idée est impliquée par sa question; cette question nous ne l'avons pas, mais nous avons la réponse. Ariston assez souvent consulté par des jurisconsultes a répondu qu'il y avait dans l'opération une obligation; c'est donc que Celsus lui demandait: "Est-ce que, dans tel cas il y avait une obligation" ? Or, il est assez curieux de remarquer que dans la loi 16, Celsus se pose également cette question, si l'on admet l'hypothèse critique proposée.

Une relation existe donc entre la réponse d'Ariston et la loi 16. Sans aller jusqu'à dire que nous avons dans la loi 16 la question qui a été posée à Ariston, nous pouvons toujours reconstituer la pensée même de Celse dans la loi 16.

Prenons les conséquences de l'opinion de Celsus comme elles sont indiquées dans le texte. Ces conséquences sont au nombre de deux:

1° et ideo...dares, question des risques: "C'est pourquoi je puis répéter ce que je t'ai transféré, à telle fin que tu me transfères Stichus". C'est une conséquence logique: Stichus est mort - sous-entendu sans la faute de son propriétaire, - il est mort par cas fortuit ou par force majeure; tu ne peux donc plus exécuter. Je puis répéter à l'aide de la condictio bien connue, fondamentale en matière de contrats innomés, ou opérations ambiguës, la condictio ob rem dati re non secuta, qui est fondée sur l'enrichissement sans cause. Tu t'enrichirais à mon détriment si tu gardais l'argent sans me donner Stichus, j'ai donc le droit de reprendre cet argent, puisque tu n'as pas tenu ta promesse.

(L'idée de cause finale intervient ici, puisque le jurisconsulte emploie: ideo ut, à cette fin que de tu côté tu me donnes Stichus, seulement les Romains ne l'ont pas développée comme Domat).

Cette condictio est générale dans les contrats innomés, elle n'est pas nommée ici; Celsus dit simplement: Je puis répéter... mais on peut imaginer que, par une suite d'associations d'idées tout à fait naturelle, un glossateur quelconque a pensé à la sanction, à la condictio ob rem dati re non secuta et ensuite l'a introduite dans la position de la question

1° - dans les risques, la règle de la vente res perdit, creditori ne s'applique pas ici.

Possibilité de répéter en cas d'inexécution de la seconde prestation.

en complétant: alia (obligatio) quam ob rem dati re secuta.

Cette condictio figure dans deux textes qui se rapportent à l'échange et qu'on doit signaler pour compléter ce qui a été dit plus haut: Paul lib. 32 (33) ad Ed. D. XIX, 4, de rerum permutatione, 1, 4: "sed, ut res contra nobis reddatur, condictione locus est quasi re non secuta: mais pour que, au contraire, la chose nous soit rendue, il y a lieu à la condictio qu'on appelle: comme si la chose n'avait pas suivi". Ce passage est interpolé (Index T. I, col. 369-370). Il se retrouve dans l'autre texte de Paul plus célèbre: Liv. 5 Quaestorum, D. XIX, 5, 5, I: "vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta": ou bien: si je veux reprendre ma chose, que soit répété ce qui a été donné comme ayant été donné en vue d'un but, en vue d'une chose, l'autre chose n'ayant pas suivi" (Index T. I, col. 371).

Donc le passage se réfère aux risques. Selon Celsus les risques sont pour le second échangiste, ou plus exactement pour celui qui n'a pas exécuté. En effet, si on lui reprend la chose qu'on lui avait donnée, il ne l'a plus et d'autre part, il a perdu par la mort l'objet qu'il devait donner; par conséquent il n'aura plus rien du tout. Les risques sont donc pour lui.

En conséquence, nous voyons s'affirmer ici une différence de plus entre la vente et l'échange, puisque dans la vente on suit la règle: Res perit creditori, et dans l'échange la règle contraire: Res perit domino (Cf. Ch. Appleton, R.H.D. 1926 pp. 375 et ss.- 1927 pp. 195 et ss., combattant les idées de Haymann et de Konstantinovitch).

2° - La deuxième conséquence est indiquée par la fin du texte: finge... possum. On trouve quelquefois dans les textes ce finge qui est impératif et qui s'adresse évidemment à quelqu'un. Quelques auteurs ont été frappés de la forme même de cette invite. Perozzi (qui est aussi très audacieux) a supposé que la partie du texte où le finge apparaissait était interpolée. C'est une addition qui se serait étendue jusqu'au bout naturellement. Mais un autre auteur M. Pringsheim, a la même idée exprimée à propos du "finge" en général. Il suppose que cette expression était empruntée à la rhétorique grecque, était une invitation aux élèves, procédé didactique (Cf. P. Collinet, Beyrouth, p. 254, lettre C). Si bien que dans notre texte ce serait une influence de la méthode didactique des rhéteurs grecs qui se manifesterait là et en conséquence qui rendrait tout le passage plutôt suspect.

On peut aussi se demander si simplement des retouches n'auraient pas été faites au passage. autre-

ment dit si le passage ne serait pas dans l'ensemble assez pur, comme on l'admet généralement, quoique certaines interpolations s'y découvrent.

Le texte suppose: l'éviction après la livraison.

Le texte suppose que Stichus n'appartient pas au 2ème échangiste. Cependant celui-ci l'a livré quand même, ou si le texte était pur, mancipé. Voilà une interpolation admissible: tradidisse au lieu de mancipio dedisse. Aussi un tiers a revendiqué contre moi et j'ai été évincé. Je pourrai répéter de toi cet argent parce que tu n'as pas fait devenir l'esclave propriété de celui qui l'a reçu. Puisque tu ne m'as pas rendu propriétaire, tu conserves l'argent sans cause et je puis répéter contre toi par la condic peace ob rem datu.

Le texte suppose enfin le cas où tu étais propriétaire: "et en revanche si Stichus t'appartient et que tu ne veuilles pas promettre pour son éviction, tu ne seras pas libéré de la nécessité que tu doives rembourser l'argent".

Stichus t'appartient, mais je t'ai demandé de me garantir contre l'éviction, ce qui est naturel dans une opération à titre onéreux. Il faut observer l'expression: tu ne veux pas promettre pour l'éviction de Stichus. Certains ont pensé qu'elle n'était pas classique; seulement ils ne sont pas d'accord pour savoir ce qui existait avant, ce qui ne surprend pas parce que cette matière de l'éviction est très compliquée. Girard dans son Cours de Pandectes sur l'Auctoritas (Mélanges II) dit que bien souvent evictio remplace auctoritas. Ici ce n'est pas le cas. On a pensé que tu n'aurais pas voulu prêter la stipulatio secundum mancipium. C'est une stipulation qui prête à des difficultés et qu'il convient d'étudier (Cf. Girard). Donc si tu as refusé de satisdare secundum mancipium, je puis encore répéter contre toi, tu ne seras pas libéré de cette nécessité. Je puis intenter la condic peace re non secuta.

Le refus de la part du coéchangiste de faire la stipulation secundum mancipium.

Rapprochement fait par Celse entre l'échange et la vente.

Ce qui nous intéresse dans le texte, c'est de voir que Celsus a songé à un rapprochement avec la vente. Il s'est demandé: utrum id pro portione emptionis et venditionis est: est-ce que cette opération participe du contrat de vente. Un rapprochement avait été fait entre l'échange et la vente du temps de Celsus. Si ce n'est pas lui qui s'est posé la question le premier, ne serait-ce pas Ariston? En effet, Ariston dans le texte déjà cité D. II, 14, 7, 2 admet l'existence, la naissance d'une obligation toutes les fois que l'opération n'a de nom mais que "si subsit tamen causa", si une chose cependant est dessous, s'il y a eu déjà une prestation effectuée. Il était alors d'avis que esse obligacione, sunallagma, il naît de là une obligation. Cette obligation doit naturellement être voisine de

C'est Ariston qui a eu l'idée d'un rapprochement entre la vente et l'échange.

celle de la vente. Qu'Ariston ait eu l'idée de ce rapprochement, nous en avons une preuve directe; il assimilait l'échange à la vente, comme le prouve un texte sur les vices: Aristo chez Paul L. V ad Plaut. D. XIX, 4, de rer. perm. 2:

Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque, furtis noxisque solutum, non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.

Ariston dit que, puisque l'échange serait voisin de l'achat, l'esclave qui serait transféré en vertu de cette cause doit être transmis sain, puis dégagé aussi des vols et des délits (sanctionnés par les actions noxales) et ne pas être fugitif.

Ce texte ne paraît pas avoir été suspecté. Paul nous affirme qu'Ariston jugeait l'échange voisin de la vente. Cela ne doit pas nous surprendre, puisque nous savons qu'il fait naître de l'échange une obligation. Par là, en s'appuyant sur ce voisinage de la vente et de l'échange, Ariston exige que l'esclave livré soit pur de vices. Ces vices ne sont pas ici l'objet d'une liste complète: Ariston prévoit que l'esclave serait sain, en bonne santé, qu'il n'avait pas commis de vol ou de délit qui engagerait l'acquéreur par l'action noxale et qu'il ne venait pas de chez un autre maître de chez qui il se serait enfui et qui pourrait le revendiquer. Dans un des Actes de mancipation trouvés en Transylvanie, vente de 142 ap. J.C. (Girard 5ème Ed. p. 849, l'énumération des vices est beaucoup plus longue: sanum, furtis noxaque solutum, erronem (errare: sujet à errer, coureur), fugitif, caducum sujet à tomber par suite de crise d'épilepsie (celle-ci est considérée par tous les peuples primitifs comme une maladie caractéristique de la possession des démons ou du mauvais esprit)).

Quoique Ariston ait admis qu'il existait un sunallagma, il n'a pas complètement assimilé l'échange et la vente en ce sens qu'il ne s'est pas occupé de la sanction de l'échange. C'est Mauricien qui le premier, D. 11, 4, 7, 2, a proposé une action civile de bonne foi analogue à celle de la vente et qui n'est pas comme on l'a dit la conductio incerti. Ariston n'avait pensé qu'à ce qu'on appelle le droit déterminateur par opposition au droit sanctionnateur. Il n'avait rien suggéré à propos de la sanction de l'échange et Mauricien un peu plus tard a complété le système. Par exception l'idée d'obligation a précédé l'action, les textes nous le prouvent chronologiquement: est-ce parce qu'Ariston était grec et que la notion de sunallagma lui était familière ?

Mais c'est Mauricien qui le premier a proposé ici une action civile de bonne foi analogue à celle de la vente.

Paul D. 19,5,
5,1.

dans ce tex-
te les ris-
ques sont pour
le créancier
comme dans la
vente.

Solidarité
de la condic-
tio avec l'ac-
tion praes-
criptis ver-
bis.

Le 2ème texte est extrait de Paul V. Quaest. D. XIX, 5 de *praescr. verb.* 5,1, texte très long dont seul passage nous intéresse. Ce texte est très discuté et a donné lieu à une abondante littérature. C'est là qu'on trouve la distinction quadripartite des contrats innomés. Il dit au § I in fine:

Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit: ac tu duntaxat cul-pam praestare debes.

Mais si je t'ai transféré des coupes pour que tu me transfères Stichus, Stichus sera à mes (risques et) périls et toi tu dois répondre seulement de ta faute.

La division quadripartite des contrats innomés de ce texte est très probablement sinon certainement une addition post classique, ou plus exactement un composé de gloses qui ont chevauché les unes sur les autres, une chaîne (Cf. Index T. I. Col. 571). Le texte est suspect notamment dans notre passage. Cette loi contient un grand nombre d'idées, de solutions qui ne devaient pas exister à l'époque classique. En particulier la solution donnée par le texte renverse ce que Celsus admettait pour les risques. Alors que pour Celsus les risques étaient pour le débiteur, pour le 2ème échangiste qui n'avait pas encore livré, ici, les risques sont pour le créancier, c'est-à-dire pour celui qui a donné les coupes. La règle n'est donc pas *Res perit domino*. Le renversement saute aux yeux et précisément pour cela il paraît bien difficile de l'attribuer à Paul. Il est plus simple d'admettre que le texte est interpolé.

Ainsi *res perit creditoris* comme dans la vente. La raison juridique est très bien énoncée par les auteurs (Girard p. 632). On la formule sous l'expression: Solidarité de la *condictio* avec l'action *praescriptis verbis*. Cela veut dire que quand l'une des deux parties ne pourrait pas exercer l'*actio praescriptis verbis*, elle ne pourra pas davantage exercer la *condictio*; lorsque l'*actio praescriptis verbis* est interdite au premier exécutant, la *condictio* lui est également fermée. Or l'action *praescriptis verbis* ne peut plus jouer si Stichus est mort, en conséquence la *condictio* ne pourra pas jouer non plus. Mais il ne suffit pas de proclamer cette formule de la solidarité qui est une explication juridique judicieuse de la règle du Droit post-classique. Il faut savoir comment s'est fait le changement et à quelle époque. D'où vient cette solidarité entre l'*actio praescriptis verbis* et la *condictio*? Pourquoi la règle a-t-elle changé?

Un texte peut ou pourrait nous mettre sur la voie Diocl. et Max. 294 C.J. IV, 6 de cond. causa data, 10

10. Si le texte est pur, comme le pense la majorité de la doctrine, la condictio aurait déjà été refusée dans notre cas par les Empereurs. Dioclétien et Maximien représentent l'extrême fin du Droit classique; leurs constitutions sont représentatives du droit classique et voilà pourquoi un auteur au moins s'est montré logique en barrant le "minime" du texte, ce qui fait dire que la condictio est accordée (Pernice. Additions au Code de P. Krueger). Si l'on admet comme tout le monde que le texte doit être respecté, le changement se serait produit entre Celse et Dioclétien dans le courant du III^e siècle.

Si l'on admet l'hypothèse de Pernice, le changement daterait de la période post-classique ou préjustinienne, puisque l'origine du passage de Paul est certainement une glose.

Quelle est la raison du changement en dehors de l'explication moderne de la solidarité entre l'actio praescriptis verbis et la condictio ?

La raison du changement paraît se trouver dans ce fait que l'échange s'est rapproché de plus en plus de la vente, qu'il y a eu contamination de l'échange par la vente.

Nous avons déjà signalé deux textes à propos de la datio in solutum. Ulprien VI de fid. Dig. 42,4,15. Ces deux textes sont interpolés: Is, qui rem permuta tam accepit, emptori similis est: Celui qui a reçu une chose en échange ressemble à un acheteur. Ulprien 76 Ad Edict. D. 44,4,4,31: le dol de l'auteur ne peut être opposé à l'acheteur, de même non plus à celui qui a échangé, de même vis-à-vis des personnes semblables qui jouent le rôle d'acheteurs.

Voici un texte plus explicite: Dioclétien et Maximien sans date (293-294) C.J. IV,44 de rer. perm. 2: Permutationem, utpote re ipsa bonae fidei constitutam, sicut commemo ras, vicem emptionis obtinere, non est juris incogniti.

Que l'échange en tant qu'étant en fait de bonne foi, comme tu le rappelles, tienne la place de la vente, cela est de droit non incogniti.

M. Beseler (2ème cah. 167) supprime re ipsa.... constitutam. Constitutus dans le sens de étant (grec, ὄν) est un signe d'interpolation. Il rétablit non avant obtinere supposant que ce qui était de droit connu, c'est que l'échange ne pouvait être assimilé à la vente. Ce non ne semble pas devoir être intercalé et le texte paraît authentique. Plusieurs textes supposent le rapprochement et on peut admettre qu'amorcée par Ariston au début du II^e siècle il n'est pas étonnant que l'assimilation soit complète à la fin du III^e siècle, sans qu'on puisse préciser à quelle date

Dans la période post-classique les risques sont renversés et mis à la charge du créancier.

Code IV, 44, 2.

exacte la règle des Empereurs a été admise et de qui elle vient, probablement de la jurisprudentia.

Cependant le rapprochement a des limites. S'il était parfait l'échange eût été sanctionné par une action ex empto utilis, comme l'a été la datio in solutum. Or, il ne l'est pas. (Il ne faut pas se laisser tromper par le texte de Gordien 238 C.J. IV.65.1 qui parle d'actio ex empto utilis par interpolation. D'après le contexte, l'actio ex empto utilis ne s'applique pas à l'échange. Elle suppose l'éviction d'une chose à vendre (*res venalis*) qui est donnée contre une autre chose comme prix: en cas d'échange, dit le texte, le premier coéchangiste aurait simplement la *dictio* en répétition. Il y avait une nuance dans le casus et c'est parce que la chose était une chose à vendre que l'actio ex empto utilis s'appliquait, mais la constitution écarte l'idée d'échange). L'échange s'il n'est pas sanctionné par l'actio ex empto utilis est sanctionné par l'actio praescriptis verbis. On peut trouver l'origine de cette sanction dans le texte de Mauricien, mais les contextes qui donnent cette action sont de beaucoup postérieurs; ce sont des textes interpolés du Digeste et du Code. La sanction par l'actio praescriptis verbis semble de très basse époque.

Chapitre III

CONTRATS EN FAVEUR DES TIERS.

Cette appellation est préférable à celle courante en droit français de stipulation pour autrui.

Nous avons vu jusqu'ici des extensions de l'obligation elle-même (dépôt et vente, en tant que contrats). Envisageons maintenant l'élargissement des obligations du côté actif. Nous allons voir qu'un tiers qui logiquement n'a aucune espèce de droit du chef du contrat passé en sa faveur a fini par devenir créancier. C'est donc l'élargissement au point de vue des personnes, des droits du créancier.

Comme toujours le droit romain n'a pas posé une doctrine générale, même le droit byzantin. C'est la casuistique qui dominait et elle domine encore à l'époque byzantine, malgré les progrès de la scolastique. C'est dans des cas disparates et sans lien entre eux, semble-t-il, que le progrès a été réalisé. Partant du principe logique et négatif que le tiers ne peut avoir aucun droit, les efforts de différentes autorités, ~~empereurs, jurisconsultes, commissaires~~

L'échange
n'est pas
sanctionné par
l'action ex
empto utilis.

Elargisse-
ment des obli-
gations du
côté actif.

ont apporté des atténuations à ce principe et autorisé les tiers à poursuivre. Nous essaierons de préciser à quelle date et dans quels cas cet élargissement s'est produit.

bibliographie.

La bibliographie est très abondante. Citons seulement la thèse bien connue de E. Lambert: *La stipulation pour autrui*, Paris 1893, qui est le premier travail vraiment novateur et G. Pacchioni Contratti a favore di terzi, Milan 1912. Les derniers travaux sur la question sont de M. Riccobono et d'un de ses élèves, M. Vazny, professeur à l'Université de Brno.

L'étude de Riccobono a pour titre: *Lineamenti (Grandes lignes) della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*: les grandes lignes de la doctrine de la représentation directe en droit romain (Vol. XIV des Annales du Séminaire juridique de Palerme p. 389-447). Cette étude dont l'origine est une conférence en Amérique fait une application de la thèse bien connue de l'auteur qui veut attribuer les principaux cas de représentation directe au droit classique lui-même. En vérité l'auteur s'occupe d'un sujet plus large que nous et que le contrat en faveur des tiers, puisqu'il s'occupe de la théorie générale de la représentation. Or, celle-ci se distingue de la théorie des contrats en faveur des tiers. Les deux théories doivent être distinguées avec soin. Girard p. 478 et n. 1 les distingue admirablement. Dans la représentation la personne intéressée, le mandant, est censée figurer au contrat passé par le mandataire avec le tiers. Dans notre matière, le tiers est bien comme en cas de représentation, étranger au contrat, il n'y figure pas, mais aucune idée ne viendrait à l'esprit qu'il put y être présent par fiction. Aucune fiction de présence du tiers n'existe dans la stipulation pour autrui. Le but de l'opération par définition même est de faire bénéficier une personne étrangère au contrat de l'avantage de ce contrat. C'est un processus distinct, différent de la représentation. Mais la technique est différente. Néanmoins M. Riccobono prenant le mot représentation dans un sens un peu dévié, étudie également la stipulation pour autrui.

L'étude d'un de ses élèves tchécoslovaques, M. J. Vazny, plus limitée et plus adéquate au sujet, est intitulée: *Il problema generale dei contratti a favore di terzi nel Diritto romano*: le problème général des contrats en faveur de tiers en droit romain. *Bullettino di Diritto romano* An. 40, 1932, p. 43-86.

Le principe logique et négatif du droit romain est formulé par un texte de Q.M. Scaevola, L. singulari orōn (*Livre unique des définitions*), D. 50.I7 De div. regu!. jur. 73.4.

Le tiers ne peut pas être représenté par fiction au contrat.

Dig. 50, I7,
73.4.

Le principe
de la nulli-
té de la sti-
pulation
pour autrui.

en faisant
un pacte.

en émettant
une clause
annexe.

en stipulant.

Nec paciscendo, nec legem
dicendo, nec stipulando
quisquam alteri cavere
potest.

Ni en faisant un pacte,
ni en émettant une clau-
se annexe, ni en stipulant,
quelqu'un ne peut procu-
rer un avantage à autrui.

Cavere a des sens multiples. Ici il veut dire pro-
curer un avantage (Heumann-Seckel, p. 61). Les autres
sens dérivent de cavere, prendre garde. Dans cette
règle de Q.M. Scaevola (Cf. Lepointe, thèse) on trou-
ve trois termes très nets: 1° - paciscendo, en faisant
un pacte; par exemple le pacte de constitut en faveur
d'autrui est nul. Ulpien 27 Ad Edic. D. XIII.5 de pec-
constit. 5,5.

Quod si mihi constitue-
ris Sempronio te solu-
turum, non teneberis.

Que si tu as convenu avec
moi par pacte de constitut
que tu devrais payer à
Sempronius, tu ne seras pas
tenu.

Constituere est difficile à traduire: constituere
diem assigner un jour.

Le pacte de constitut en faveur d'autrui est nul.

2° Legem dicere : en émettant une clause annexée.
Dicere, dire signifie aussi conclure par écrit, émet-
tre une clause. Sans doute à l'origine les leges étaient
prononcées dans les contrats verbaux, dans les trans-
ferts de propriété verbaux. La mancipatio était orale
et s'accompagnait de leges particulières. Quand elle
est devenue écrite on a continué à dire: dicere legem.

La notion de lex est très délicate non seulement
Lex, la loi, du peuple, mais aussi lex au sens de clau-
se privée, lex privata étant une clause qui ne s'im-
pose qu'aux parties.

La question a été très bien étudiée par M. V. Geor-
geko, Essai d'une théorie générale des leges privatae
Thèse 1932. Il nous montre que la lex privata s'ad-
joint tantôt à un transfert, tantôt à une convention
ou contrat, mais dans tous les cas son essence est d'être
une clause annexe.

3° Stipulando , en stipulant. Là nous sommes sur
un terrain plus connu: c'est la stipulation pour au-
trui. Il faut prendre ici le terme dans son sens étroit,
la stipulatio à la romaine, échange de paroles
entre le stipulant et le promettant. Gaius III,103:
praetera inutilis est sti- En outre, la stipulation est
pulatio, si ei dari stipu- nulle si nous stipulons
le mur, cuius juri subjec- qu'on transfère une chose
ti non sumus. à celui au droit duquel
nous ne sommes pas soumis.

La stipulation est nulle quand autrui n'est pas
un alieni juris dépendant de celui qui stipule. Si la
personne est un alieni juris du stipulant, l'acte

était valable. En effet un contrat peut être acquis du côté actif par un alieni juris, puisque celui-ci peut rendre la condition du chef meilleure.

Quoique Q.M. Scaevola ne le dise pas, la nullité s'attache aux contrats en général faits en faveur des tiers. Cf. Paul 12 ad Sab. D. 44, 7 de oblig. et act. 11:

Et ideo neque stipulari,
neque emere, vendere, con-
trahere, ut alter suo
nomine recte agat, possu-
mus.

Et c'est pourquoi nous ne pouvons ni stipuler, ni acheter, vendre ou contracter de telle façon qu'autrui agisse régulièrement en son nom propre.

Remarquons avec Girard p. 478 n. 2 que les termes de Paul visent aussi la prohibition de la représentation, tant il est vrai que les deux théories sont voisines et que la nullité s'applique à la représentation comme à la stipulation pour autrui, tout au moins en ce qui concerne les droits du tiers. L'acte passé par le représentant ne produit pas d'effet pour le représenté, mais est efficace par rapport au représentant. Tandis que dans la stipulation pour autrui le contrat est nul non seulement à l'égard du tiers mais entre les parties, ainsi tout pacte, toute convention pour autrui sont nuls. Seulement comme c'est la stipulation qui domine, qui est le point de départ de la théorie, étant donné son antiquité et son caractère pratique, c'est la stipulation qui a donné tout son nom à la théorie et on l'emploie encore aujourd'hui art. III9, II2I C. Civ.

La règle logique et négative s'applique en droit romain à toute sorte d'engagement volontaire, stipulation, contrat quelconque, pacte. Que résulte-t-il de là ? De cette généralité de la nullité des engagements en faveur d'autrui, il semble résulter que la raison du principe négatif romain n'est pas le formalisme. On a fait la même constatation pour la représentation, après avoir dit et répété que la nullité de la représentation en droit romain tient au formalisme, il semble qu'on a changé d'avis (Popesco -Rammiceanu, Thèse Paris 1927). La nullité des contrats en faveur des tiers existant sur un terrain beaucoup plus large que celui des contrats formalistes et aujourd'hui encore alors qu'il n'y a plus de formalisme, on ne peut faire intervenir la doctrine du formalisme qui, si elle vaut pour la stipulation, ne vaut ni pour les pactes, les leges, les contrats non formels.

L'idée de base paraît bien plus simple et d'application plus générale. Elle est peut-on dire, plus logique et plus naturelle. L'obligation en droit romain ne peut lier, tant au point de vue actif que

le contrat
est également
nul entre
les parties.

La raison du
principe ro-
main n'est pas
le formalisme.

En réalité
l'obligation

Souvent le Cujas main

ne peut lier que les parties elles-mêmes.

passif que les parties elles-mêmes, que les parties qui figurent au contrat, qui parlent au contrat, car l'obligation est un lien essentiellement personnel. Ce lien personnel a été primitivement un lien entre les personnes physiques, il est resté tel en droit romain dans la matière des délits tout au moins à l'égard du délinquant. Il est devenu ensuite un lien entre les personnes juridiques. Cela n'empêche pas que l'obligation est toujours un lien personnel étroit entre les parties qui figurent au contrat. C'est le cas de dire res inter alios acta.... seulement cette règle est encore plus générale.

L'intérêt du problème en droit romain et en droit français, ce n'est pas tant de formuler la règle que d'examiner les atténuations qu'elle a subies et à quelles dates ces dérogations ont été admises.

Nous allons prendre les contrats les uns après les autres.

Section première.

La stipulation pour autrui.

En étudiant la stipulation pour autrui au sens étroit, on passera très vite sur les points connus du problème; on insistera sur les textes intéressants.

La nullité est double : § 1er : au regard du stipulant, et § 2: au regard du tiers.

§ I - Nullité au regard du stipulant.

I°- Nullité de la stipulation pour autrui au regard du stipulant

Selon M. Vazny (p. 50) la nullité de la stipulation pour autrui au regard du stipulant viendrait d'une règle qui est formulée par Paul et qui est assez peu connue: L. III Quaest. D. 45.I. de verb. oblig. 126. 2. in fine; Paul dit dans ce passage que, la plupart du temps, dans les stipulations, il faut observer les paroles en vertu desquelles l'obligation naît. On peut sous-entendre (intellegendum est) le terme et la condition, mais " Nunquam personam nisi expressa sit.... On considère ces mots comme interpolés: à moins que cette personne ne soit indiquée (naïveté). Jamais donc la personne ne peut être sous-entendue, par conséquent quand on stipule pour autrui on ne stipule pas pour soi, car on ne peut pas sous-entendre la personne du stipulant.

M. Vazny attache beaucoup d'importance à cette règle et il déclare que c'est elle qui explique la nullité. D'autre part il constate que, si c'est bien en effet l'idée des verba qui dominait, l'idée de

verba a été remplacée par celle de la voluntas.

On sait la lutte qui s'est établie entre les verba et la voluntas, c'est-à-dire entre l'interprétation stricte des paroles de la stipulation et la volonté des parties. (Cette question a fait l'objet d'une étude de M. Riccobono: Mélanges Cornil). La voluntas a fini par dominer dans une certaine mesure. Si les Romains arrivent à fonder sur la voluntas la nullité de la stipulation pour autrui, c'est une preuve que le formalisme n'y est pour rien, puisque nous sommes en matière de stipulation.

Le formalisme
n'explique
pas la nullité.

Or nous voyons apparaître la volonté dès le temps de Dioclétien et Maximien (294) C.J. V, 12, 26, dans un texte qui est fondamental:

Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec cessante voluntate, nec tibi prohibente jure, quae - rere potuit actionem.

Si un père commun en donnant pour sa fille une dot à son gendre, a stipulé qu'elle serait rentrée cessante volontate, nec due à toi qui es étranger tibi prohibente jure, quae - (à la famille) il n'a pu acquérir l'action ni à lui même par défaut de volonté, ni à toi par l'interdiction du droit.

Pater communis: le père est commun, commun à qui? commun à la fille et à toi. Et qu'est-ce que tu es, toi ? Toi, tu es le frère de cette fille. Seulement tu es "extraneus constitutus". On déclare que ces mots sont interpolés, parce que constitutus est suspect. (Index Tome I, 670). Qu'est-ce que cela veut dire : Toi tu es devenu étranger à la famille, tu es devenu une *extranea persona*. Et comment ? Par émancipation évidemment, tu as été émancipé (en ce sens Scholie Thalelèle, Basiliques XXIX.I.II3, Heimbach Tome III pp. 442, 443).

Si le père a stipulé la restitution de la dot à toi qui es devenu étranger, c'est-à-dire au frère émancipé de la fille, il n'a rien fait, son acte est nul et il n'a pu faire naître l'action ni à lui-même par défaut de volonté, ni à toi par l'interdiction du droit, c'est la règle : *Nemo alteri stipulari potest:* on ne peut pas stipuler pour autrui.

Nous retrouvons les termes de la loi dans le cas d'une vente, au cas d'acquisition par un mari au nom de sa femme, ce qui serait à la vérité plutôt un cas de représentation. Dicc. et Maxim. (293) C.J. IV 50 si quis.... 6.3. où se trouvent ces mots: *dum tibi non vis nec illi potes :* parce que tu ne veux pas acquérir pour toi et que tu ne peux pas acquérir pour ta femme.

C'est tout à fait la même idée, et cela n'a rien d'extraordinaire, puisque ces constitutions émanent de la même chancellerie, à un an près. La chancellerie a naturellement sa langue technique, ses idées, sa jurisprudence.

2°- Remède à la nullité par la stipulation de peine.

3°- Dérogations.

Un cas est bien connu et tout à fait intéressant d'ailleurs: c'est la stipulatio tutoris rem pupilli salvam fore, à savoir que le tuteur stipule que la chose du pupille sera sauve, c'est-à-dire que ses biens ne seront pas compromis: Ulprien 49 ad Sab. D. 45.I. de verb. oblig. 38.20, Instit. de Just. III, 19 de inut. stipul. 20. Deux autres cas apparaissent dans le même texte d'Ulprien à la loi 38 § 23 interpolé et au Institutes de Justinien au même paragraphe: stipulation en faveur de mon mandataire et stipulation en faveur de mon créancier.

§ 2 - Nullité au regard du tiers.

1°- Nullité de la stipulation au regard du tiers.

Nullités des stipulations: heredi meo, post mortem meam, pridie quam moriar.

C'est le cas de la nullité de la stipulatio heredi meo, pour l'héritier (Gaius III.100), qui selon M. Vazny (p. 54) est voisine de la précédente, tandis que l'opinion générale la rapproche de la stipulatio post mortem. Au contraire, la stipulatio mihi et herede meo serait valable, parce que j'ai un intérêt dans l'affaire.

Les prudents ont également admis la nullité de certaines stipulations qui n'intéressent pas le stipulant; stipulatio post mortem meam: après ma mort, stipulatio pridie quam moriar pour la veille de sa mort, ou pridie quam morieris pour la veille de ta mort (Gaius III. 100). M. Vazny (p. 55) considère que ces stipulations sont distinctes de la stipulatio heredi meo, tandis qu'on les en rapproche d'habitude. Pour quelle raison? Parce que Gaius donne se

lement aux trois dernières pour fondement la règle bien connue: ab heredis persona incipere obligatio-nem non posse: l'obligation ne peut pas commencer dans la personne de l'héritier. M. Vazny dit que, si la stipulatio heredi meo avait fait partie de ce groupe, Gaius aurait donné pour sa nullité le même fondement.

2° - Remèdes.

A - On change la formule; on emploie cum moriar, au lieu de post mortem meam; on dit: promets-tu de donner tant quand je mourrai ? (Gaius III, 100). C'est une subtilité, mais les Romains l'ont justifiée.

B - L'intervention de l'adstipulator (Gaius III, 117). On fait intervenir à côté de soi l'intéressé qui stipule en même temps que vous, qui est par conséquent un stipulant accessoire et dont les droits sont très limités. On s'est demandé quel était le rôle de l'adstipulator; Gaius nous dit qu'en pratique on l'emploie surtout pour corriger ce que la nullité de la stipulation pour autrui a de défectueux.

3° - Réformes. - Elles sont dues à Justinien qui valide en 528 la stipulatio post mortem et la stipulatio pridie quam moriar (Instit. III.19.13) et en 531 la stipulatio heredi meo (Code IV. II const. un.). En conséquence de quoi l'adstipulatio n'a plus de raison d'être; elle est supprimée des livres, à moins que plus probablement l'adstipulatio ne soit tombée en désuétude auparavant.

4° - Les atténuations. - Le premier texte est d'Ulprien Liv. 50 ad Sabin. D. 45.I. de verb. oblig. 48.2: Si ita quis stipulatus sit, Si on a stipulé ainsi: promets-tu qu'une chose soit donnée à ma fille après ma mort ? ou qu'elle soit donnée à moi après la mort de ma fille? on stipulera utilement, mais au premier cas une action utile compétente à la fille bien qu'elle ne soit pas héritière de lui son père.

Critique. Le texte est assez difficile à reconstruire. Nous avons le choix entre les deux restitutions du texte original:

I° - La restitution qui est la plus admise (en particulier Krueger, l'édition du Digeste) a pour axe, si l'on peut dire, le maintien du terme utiliter. Comment peut-on justifier que les stipulations que nous venons de dire sont utiles, valables, efficaces? Cela paraît bien extraordinaire du temps d'Ulprien, à l'époque classique. Pour maintenir utiliter on change

Intervention
de l'adstipu-
lator.

3° - Réformes.
Justinien
valide la
stipulatio
post mortem
ou pridie quam
moriar.

4° - Atténua-
tions.
Dig. 45.I.
45.2.

Restitutions
proposées du
texte.

le contenu des stipulations et on restitue mihi et, avant post mortem. Alors la stipulation est valable parce que ma fille est une adjecta solutionis gratia.

Comment justifie-t-on la restitution ? Très simplement aussi : ces mots auraient été supprimés par les commissaires en vertu de la réforme de Justinien, qui les rendait inutiles, puisque Justinien a validé la stipulation post mortem directement. Bien entendu la phrase : sed.... existat est regardée comme interpolée depuis Favre.

2ème restitution : M. Vazny (P. 61 note 30) combat la restitution et son idée consiste à déplacer l'axe de la restitution. Au lieu de regarder utiliter comme classique, il faut regarder utiliter comme un tribonianisme et lui substituer, comme étant classique : inutiliter. A l'époque classique, Ulpien aurait dit : si on stipule pour après la mort, on stipulera inefficacement. C'est la règle de la nullité de la stipulatio post mortem. Que si on trouve au Digeste : utiliter, cela se comprend très bien puisqu'après la réforme de Justinien une telle stipulation était devenue valable. Les commissaires n'ont donc eu qu'à supprimer deux lettres, mais deux lettres considérables, et dire : utiliter, au lieu de : inutiliter ; c'est utilement que l'on stipulera, c'est-à-dire efficacement.

Cette restitution est meilleure parce qu'il semble que s'il y avait eu mihi et, les compilateurs l'auraient laissé, puisque c'était le casus, il est bien plus facile de toucher à la solution que de toucher au casus.

L'action utile est ici une interpolation.

Le point important touche à l'action utilis, au premier cas, c'est-à-dire au cas où quelqu'un a stipulé : "Promets-tu de donner tant après ma mort à ma fille". L'interpolation ne paraît pas douteuse, elle a déjà été indiquée par le Président Favre, qui a admis l'interpolation de toute la finale. L'interpolation de sed primo casu n'est pas douteuse : la fille aura une action utile. Mais la question est de savoir quelle est la portée, si on peut dire, de cette interpolation et nous en arrivons à la thèse de M. Vazny qui accepte sans discuter les décisions de M. Riccobono. L'action, dit-il est classique; on accordait déjà une action à la fille, sur la base de la considération qui est due aux personnes de la famille, par respect des personnes. Mais ce n'était pas une action utile, ou du moins ce n'était pas une action qui s'appelait utilis, c'était une action qui était décernée par le p̄sateur causa cognita. Les commissaires ont changé cette action causa cognita en action utilis, ils

ont rajeuni le texte et la preuve c'est que competit n'est certainement pas classique, competit se dit pour une action directe et jamais pour une action utile. (Les classiques disaient alors: actio danda est; il n'y a que l'action directe qui compétit; les autres actions ne peuvent pas compétir, il faut qu'elles soient données, qu'elles soient accordées par le magistrat).

Cette thèse serait acceptable, toute imaginative qu'elle soit, car nous n'avons pas de preuve de cela, si elle n'était démentie par les faits. Quels sont ces faits ? Ce sont les textes que nous verrons, qui sont cités par les auteurs mêmes, et qui montrent que l'action utilis n'est pas une invention des commissaires, mais l'actio utilis est parfois classique.

Mais si l'action utilis est classique dans tel cas, cela ne veut pas dire naturellement que la phrase ici soit pure. Cela veut dire tout simplement que l'action utilis a pu être employée à la fois et par les classiques et par les commissaires. Si dans l'école adverse, on considère que l'action utilis est une invention des commissaires, alors qu'est-ce qu'on fait du Fg. Vat. 286 ? (V. infra).

L'action utile ici ne peut être de Justinien, puisque dans le droit de Justinien la fille a une action directe, la stipulatio post mortem étant valable. C'est donc une interpolation préjustinienne. On peut objecter qu'elle aurait dû disparaître depuis la réforme de Justinien. D'accord; mais les commissaires ont été très vite dans leur compilation et ils ont laissé subsister des gloses ou des scolies qui auraient dû disparaître.

D'autre part, M. Collinet se demande si les commissaires n'ont pas laissé subsister à dessin cette interpolation préjustinienne pour introduire la dernière phrase : licet heres ei non existat: quoique la fille ne soit pas héritière à son père (ou de son père). En effet, on peut imaginer que cette phrase ne figurait pas dans l'interpolation préjustinienne, puisque dans tous les cas, que la fille soit héritière ou qu'elle ne soit pas héritière, elle ne pouvait avoir qu'une action utile. Justinien change la règle, par conséquent il accorde une action directe à la fille. Mais si la fille n'est pas héritière, il semble qu'elle ne peut pas avoir l'action directe. Alors comme les commissaires veulent tout de même, par considération pour la fille - car l'idée de considération des personnes est byzantine - qu'elle ait une action, ils lui concèdent l'action utile, en maintenant l'interpolation du texte.

L'action utile ne peut pas être de Justinien.

Pourquoi les compilateurs l'ont conservée.

Ulprien
Dig. 45.I.38.2I

Hypothèse de
sous-location.

2ème texte Ulprien 49 ad Sabin.D. 45. I de verb,
obl. 38.2I:

"Si quis insulam faciendam
promiserit, aut conduixerit
deinde ab aliquo insulam
stipulatori fieri stipula-
tus sit, aut si quis cum
promisisset Titio fundum
Maevium daturum aut, si is
non dedisset, poenam se da-
turum, stipulatus a Maevio
fuerit, fundum Titio da-
tum iri : item si quis
id locaverit faciendum,
quod ipse conduixerit:
constat, habere eum uti-
lem ex locato actionem.

Si quelqu'un a promis ou
a pris à charge (à bail)
de construire une maison
ensuite a stipulé de que
qu'un (d'autre) que la
maison sera construite
pour le stipulant : ou
si quelqu'un ayant pro-
mis à Titius que Maevius
lui transfèrerait le fond
ou si celui-ci ne lui
transfèrait pas de lui
donner une peine, a sti-
pulé de Maevius que le
fonds serait transféré
à Titius : de même si
quelqu'un a loué ce tra-
vail à faire que lui-même
avait pris à bail:
il est évident qu'il a
l'action utile ex locato.

Ce § 2I manque aux Basiliques. Il semble bien
que tout entier il soit interpolé (Pernice , Labeo
III p. 194 n. I sans démonstration du reste).
On peut reconnaître là non une invention des compila-
teurs, mais des gloses préjustiniennes qui par leur
emboîtement forment une chaîne. En effet, on voit dans
ce texte trois parties:

Ière partie : Si quis à stipulatus sit. Les mots
aut conduixerit ont été ajoutés après l'introduction
de la 3ème partie: il a promis ou il a pris le travail
à charge; une seule hypothèse était visée par le casus.
Ce premier passage est incomplet, car il n'est pas
possible que l'action utile ex locato découle d'une
stipulation.

2ème passage: aut si quis -datum iri. Le passa-
ge est incomplet aussi.

3ème passage : item à conduixerit, c'est à ce pas-
sage seulement que s'applique la sanction par l'action
utile ex locato.- Reprenons:

Ière partie. Primus, entrepreneur de travaux pu-
blics avait promis par stipulation à Secundus de lui
construire une maison, insula, un bloc de bâtiments
isolés à cause des risques d'incendie. Puis Primus
ne pouvant , ou ne voulant pas exécuter le travail
lui-même, stipule d'un tiers Tertius qu'il construir
pour le compte de Secundus.

Voilà le casus. Quelle est la solution ? Au

I^e- Primus
stipule d'un
tiers la cons-
truction d'une
maison qu'il
s'est lui-
même engagé
à bâtir.
Source : BIU Cujas

Digeste on doit appliquer à ce cas l'action utile ex locato, même s'il y a eu une stipulatio, solution bien bizarre, même au Digeste, car une stipulation ne peut être sanctionnée par une action utile ex locato qui suppose un contrat de louage. Il est à supposer que le jurisconsulte ou le glossateur aurait donné ici l'actio utilis ex stipulatu. La stipulation de construire une maison est en effet une stipulation incertaine et la sanction en est donc l'actio ex stipulatu et non pas une des deux condictiones. (On a été longtemps avant de remarquer que l'actio ex stipulatu ne s'appliquait qu'à la stipulation incertaine et les deux condictiones aux stipulations certaines.)

2^e - Promesse pour autrui pour valider une promesse de transfert du fonds.

2^e partie: Primus a promis à Titius que Maevius lui transfèrerait un fonds. C'est une promesse pour autrui; or la promesse pour autrui est nulle, mais on sait que pour la faire valoir en fait il était d'usage d'y ajouter une promesse de peine, stipulatio poenae. Tel est le cas ici: ou bien si Maevius ne transférait pas le fonds, lui-même, Primus, donnerait une peine. C'est une façon de s'engager à pousser Maevius à transférer le fonds. Ce qui est nouveau c'est que Primus stipule de Maevius qu'il transfèrera le fonds à Titius. Ainsi Primus qui est obligé par sa promesse de peine devient créancier de Maevius pour le cas où celui-ci n'exécuterait pas ce qu'il a promis. Cette complication donne à Primus un intérêt dans l'affaire. Quelle action a-t-il? Le texte applique ici la même action utilis ex locato. Il paraît difficile de croire qu'Ulprien ou le glossateur ait laissé notre cas sans solution et il est difficile de croire que cette sanction a été l'action utilis ex locato. Il y a dû y avoir antérieurement dans ce texte une action utilis ex stipulatu pour sanctionner cette stipulation incertaine anormale.

3^e - Sous entreprise par contrat de louage d'ouvrage.

3^e partie: le texte ne suppose plus une stipulation, mais un louage d'ouvrage. Néanmoins il vaut mieux ne pas couper le texte pour l'avoir dans son ensemble.

Voici enfin un passage complet avec une solution. C'est ce passage qui prévoit le sous-louage d'ouvrage, une sous-locatio-conductio operis faciendo. Quelqu'un avait loué un travail à faire: si quis locaverit in faciendo. Le mot locare veut toujours dire placer et dans le louage avec ce sens de placer on obtient l'explication du renversement des termes. Si quelqu'un a loué un travail, c'est-à-dire a placé chez autrui un travail dont il était chargé, il l'a donné à entreprendre à autrui comme le propriétaire du terrain qui voulait y faire construire une maison.

l'avait placé lui-même dans les mains du premier entrepreneur Primus.

Ce Primus a placé, loué un travail qu'il avait pris lui-même à charge (quod ipse conduxerit, qu'il avait promis d'exécuter, dont il s'était chargé) entreprise qui lui avait été confiée et dont il s'est chargé. Il est constant, il va de soi qu'il a l'action utile ex locato contre le sous-entrepreneur qui n'execute pas le travail. "Il est constant" est bien contre à la règle de droit romain que les contrats pour autrui ne produisent pas effet. Il est difficile de croire que cette constatation soit d'Ulprien, c'est une jurisprudentia, une doctrine post classique.

Le renversement des termes dans le louage doit être rappelé. La locatio conductio operis facie le louage d'ouvrage ou de travail présente cette particularité que celui qui commande le travail à l'entrepreneur, qui s'engage par conséquent à payer la mercerie, c'est le locator, le bailleur d'ouvrage, celui qui place, locat, le terrain pour qu'on y édifie l'immeuble. L'entrepreneur qui se charge du travail est appelé le conductor. D'habitude, c'est le conductor qui verse la mercerie. Ici c'est le contraire. Pourquoi? Cela est conforme à l'étymologie des mots. De même que le locator place le terrain pour que l'entrepreneur y édifie une maison, de même l'entrepreneur est un conductor, parce qu'il emmène avec lui, cum ducere sur le terrain les ouvriers qui exécuteront l'ouvrage, il est un conducteur et c'est à lui surtout que s'applique le terme conductor, beaucoup mieux qu'à celui qui doit fournir l'argent de la locatio rei ou de la locatio operarum. (Cf. le titre de conducteur des Ponts et Chaussées).

Le premier entrepreneur Primus était un conductor par rapport au futur bénéficiaire des travaux qui devait le payer. Mais ce premier entrepreneur, conductor, a par hypothèse concédé le travail à un sous-entrepreneur, celui-ci devient conductor; et l'entrepreneur locator. Primus est conductor vis-à-vis du propriétaire et locator par rapport au sous-entrepreneur.

Comment agira-t-il si le sous-entrepreneur ne tient pas sa promesse ? Il agira par l'action utile ex locato. Parce que Primus est devenu locator par rapport à Secundus, l'action est une action ex locato et comme ce ne peut être une action normale, c'est une action ex locato utile.

Il est bien difficile que ce soit un texte classique et une action classique.

3ème texte: Paul, VI Quaest. D. 24.3. solut
Matr. 45.

Le texte accorde l'action utile ex locato.

Dig. 24,3,45
promesse de restituer la dot en cas de divorce au constituant ou à la femme.

Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem, dotis nomine, Lucio Titio marito dedit: et instrumento dotali hujusmodi pactum et stipulationem complexus est: Si inter Lucium Titium maritum Seiam divortium sine culpa mulieris factum est, dos omnis Seiae, uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur, restituere turque:

Quaero, cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit, et Seia postea sine culpa sua divorterit, vivo patre suo, in cuius potestate est, an, (et cui) actio ex hoc pacto ex stipulatione competit: (et) utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti?

Respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur; quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Seia posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competit) ac si sibi, aut illi dari avus stipulatus esset: sed permittendum est nepti ex hac

avita conventione, ne com-

Gaius Seius aïeul maternel de Seia laquelle était sous la puissance de son père a donné une quantité certaine d'argent à titre de dot à Lucius Titius son mari et il a inséré dans le contrat de mariage un pacte et une stipulation de cette nature (suivante): "Si entre Lucius Titius son mari et Seia le divorce était intervenu sans faute de l'épouse, toute la dot serait rendue et restituée à Seia l'épouse ou à Gaius Seius son aïeul maternel.

Je demande, étant donné que Seius, l'aïeul maternel a quitté la vie et que Seia a ensuite divorcé sans sa faute, du vivant de son père, sous la puissance de qui elle est, si (et cui est supprimé), une action compétente de ce pacte et de cette stipulation, et auquel des deux compétente l'action de la stipulation, à l'héritier de l'aïeul maternel ou à sa petite-fille ?

J'ai répondu, dit Paul, que d'une part la stipulation semble avoir été conçue en vain dans la personne de la petite fille, parce que l'aïeul maternel est présent dans la consultation comme ayant stipulé pour elle. Puisqu'il en est ainsi c'est à l'héritier du stipulant, la femme ayant divorcé, que l'action semble compétente. Mais il faut dire que la dot peut être payée à Seia (quoique l'action ne compétente pas directement à elle) comme si

modo dotis defrudetur,
utilem actionem: favore
enim nuptiarum, et maxime
propter affectionem per-
sonarum, ad hoc decurrer-
dum est.

l'aîeul avait stipulé qu'il
restitue à lui-même ou à
elle. Mais il faut permet-
tre l'action utile à la
petite fille sur la base
de cette convention de son
aîeul, pour ne pas la
frustrer de l'avantage de
la dot. Il faut en effet
en venir là par faveur du
mariage et surtout à cause
de l'affection des person-
nes.

Texte fameux, très étudié et extrêmement critiqué. Index II.C. 99.IOO.

Ce texte a été examiné en dernier lieu par M. Riccobono, loc. cit. p. 428-436 qui discute surtout la conclusion critique de Otto Gradenwitz Memorie de l'Académie de Bologne, 1925-1926, p. 165-170, dans une courte étude très féconde: Metodo per iscoprire periode istoriche nel Codice Giustinianeo (Cf. Collinet. Le rôle de la pratique p. 43).

Remarques: 1° - au point de vue critique, la doctrine est unanime pour reconnaître comme interpolé ce qui se rattache au pacte de dot: pactum et stipulationem, actio ex hoc pacto et stipulatione, et puis on s'aperçoit que dans la réponse, il n'est plus question que de stipulation. Par conséquent la doctrine a supposé que tout ce qui se rattache au pacte dotal était postérieur au texte. Si on invoque ici le pacte dotal c'est par allusion au pacte légitime de dot reconnu seulement en 428 par Théodose. De sorte que tous ces passages sont postthéodosiens. On trouve un rapport entre l'expression employée ici et les pactes et stipulations en matière de servitudes qui sont d'origine orientale (Cf. Collinet Etudes I). 2° - De même une très forte majorité regarde comme interpolé la finale, c'est-à-dire permittendum à la fin. L'insertion de cette période a entraîné l'interpolation de la période précédente de quamvis....competat. Opposition entre l'action utile indiquée par la finale et l'action directe qui est refusée à la fille dans la période antérieure. M. Riccobono se sépare de la majorité.

3° - Enfin, Fabre qui a découvert l'interpolation précédente rayait: "sed dicendum est.... esset".

Nous en sommes à la phrase sed dicendum.... La plus grande partie de la doctrine ne la considère pas comme interpolée, tout au plus a-t-elle été remaniée. Encore ne faut-il pas croire que les seuls mots

"dicendum est" ont été interpolés, comme le pense M. Riccobono (cf. Solazzi, p. 29 et ss.). L'opinion générale admet que le texte est classique. Il dit: "mais il faut dire que la dot peut être payée à Seia comme si l'aifeul avait stipulé qu'on restitue à lui-même ou à elle". La doctrine générale voit dans Seia une adjecta solutionis gratia (Girard, p. 480 n. 6) et admet en conséquence la pureté du texte.

La dernière phrase: *sed permittendum est....* La majorité des auteurs admet qu'elle est interpolée. MM. Riccobono et Vazny résistent cependant à la doctrine générale. Nous touchons là à la question la plus délicate: l'action utile était-elle concédée à la femme dès l'époque classique ? M. Riccobono le pense en observant que les deux motifs donnés par le texte sont classiques: *favor nuptiarum* et *affectio personarum*. D'autre part, il invoque le parallélisme avec Fg. Vat. 286 (renvoi à la Section II § I) qui, dans un cas de stipulation pour autrui, accorde une action utile. Seulement pour M. Riccobono ce n'était pas une action utile qui était donnée en ce cas mais une action prétorienne que le préteur délivrait en vertu de son imperium, par exemple *ex decreto*. L'auteur accepte seulement que, en raison des fautes de latin évidentes, de cette finale, le texte a été réécrit par les commissaires qui y ont inséré l'action utile.

Tout d'abord, comme l'observe M. Solazzi, à propos de dicendum est, il est difficile que la réécriture se soit bornée à quelques mots et il semble que la phrase depuis "sed permittendum est" est interpolée. Les critères ne manquent pas: cette forme *permittendum est* a pour sujet un accusatif féminin. En outre, il y a des raisons de fond. Que valent les raisons de fond invoquées par M. Riccobono ? D'abord, il n'est pas sûr qu'elles apparaissent dans les passages purs: *favor nuptiarum* est suspecté par Fabre et M. Albertario (Bulletin 33 pp. 29-53); *Affectio personarum*, l'affection que témoignent les parents, n'a pas été suspecté mais M. Guarneri Cittati, Indice, p. 65 suspecte *reverentia personarum*. Surtout même si les notions ci-dessus ont été connues à l'époque classique, cela ne prouverait pas que l'action utilis aurait un précédent classique. On peut bien admettre que les mots des motifs se trouvent à l'époque classique et à l'époque post-classique; ce n'est pas parce que l'expression est classique que le texte l'est. Si l'on trouve un faisceau d'arguments qui prouvent que le texte a été réécrit à l'époque post-classique, même s'il contient des raisons qui ont pu être classiques, cela n'empêche pas le texte d'être post-classique. Nous retrouverons le Fg. 286 du Va-

L'action utile était-elle concédée à la femme dès l'époque classique.

La fin du passage a été certainement interpolée.

tican qui est un cas très particulier; au reste, c'est bien l'action utile qui est octroyée là par des empereurs.

Enfin, on pourrait invoquer l'article de M. Bonfante sur un contrat en faveur des tiers à l'époque classique; mais, on verra ce qu'il faut penser de cet article.

En résumé, Girard et d'autres n'ont pas manqué de remarquer que la fin devait être interpolée, parce qu'en contradiction avec ce qui précède. On sent très bien là une addition destinée à corriger la solution négative.

Commentaire.

Casus
pacte et stipulation de restitution de dot en cas de dissolution du mariage, à son grand père ou à elle.

1° - Casus. Gaius Seius, aïeul maternel de Seia, a donné en dot une quantité certaine d'argent à Lucius Titius le mari de sa petite fille, laquelle était restée sous la puissance de son père. Dans l'instrumentum dotale, le grand père a inséré une clause qui fait l'objet de la difficulté: un pacte et une stipulation, dit le texte, les auteurs disent une stipulation: en cas de divorce qui interviendrait sans la faute de Seia, la dot entière serait restituée, à Seia ou à Gaius Seius, c'est-à-dire à l'épouse ou au grand-père maternel constituant de la dot. Mais les prévisions sont déjouées Seius meurt. Seia divorce sans sa faute.

La condition prévue se réalise, elle divorce du vivant de son père sous la puissance de qui elle est encore. Cela est très instructif au point de vue des moeurs romaines: cette fille n'a pas été émancipée, ce qui avait l'avantage de lui permettre de venir à la succession de son père. En présence de ces faits, une consultation a été demandée à Paul (L. VI Quaestionario, c'est-à-dire des questions posées au jurisconsulte par des clients et non pas de questions théoriques posées par des élèves). On lui demande: (Mommsen suppose "et cui". Mais la place de ex stipulatu aussi est mauvaise; ex stipulatu doit aller avec actio. Tout cela indique que le texte a été fortement corrompu ou mal copié dans ce passage). Est-ce que l'action compétente? et un scoliaste a mis en marge "et cui", et à qui. Le consultant demande à Paul si l'action ex stipulatu compétente à l'héritier de l'aïeul maternel ou à sa petite fille? Question très importante. (Il s'agit ici d'un aïeul maternel. S'il était un aïeul paternel la question ne se poserait pas. Si l'action compétait Seia, placée en puissance de son père, cela reviendrait à la donner à ce père, fils et héritier du grand-père).

Réponse du jurisconsulte en deux points:

Nullité de la stipulation en la personne de la petite fille.

(Respondi) 1er point: la stipulation est conçue d'une façon vaine dans la personne de la petite fille. Pourquoi: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur, puisque l'aïeul maternel est présenté dans cette consultation comme ayant stipulé pour elle. Voilà un cas de stipulation qui, aux termes de l'usage du droit romain, est inutile. En conséquence c'est à l'héritier du stipulant, c'est-à-dire à l'héritier du grand père maternel, que l'action semble compétente.

Tout cela paraît très juridique. C'est l'application de la règle qu'on ne peut stipuler pour autrui.

2ème point: Mais voici une atténuation qui paraît de Paul: La dot peut parfaitement être payée à Seia (En laissant de côté la phrase interpolée: quoniam avus maternus ei stipulatus, comme si l'aïeul avait stipulé).

On a objecté que, dans la rédaction d'une *adjectio solutionis gratia*, l'*adjectus* doit être cité le second. Or ici le contrat de mariage cite Seia d'abord. En général on admet que cela n'a pas d'importance. Le texte est correct au fond et dans la forme Seia est traitée comme une *adjecta solutionis gratia*, comme une personne ajoutée au stipulant uniquement pour recevoir le paiement.

Cependant un changement de doctrine est intervenu. L'action était refusée par Paul à Seia, car la stipulation était nulle. Mais dans la dernière phrase on aperçoit un changement total. Emane-t-il des commissaires ou d'un auteur préjustinien ? M. Collinet ne trouvant pas là le style des commissaires, soupçonne un scoliaste en face de fautes de grammaire surprenantes: sed permittendum est utilem actionem. L'interpolation de la dernière phrase entraîne celle de quamvis etc,...

La raison donnée par le Scoliate est intéressante. En réalité il donne deux motifs d'une raison très importante. La raison c'est, dit-il, "afin que la femme ne soit pas frustrée de l'avantage de la dot". Considération très sérieuse, intervenue dès l'époque classique, mais qui serait encore mieux en vedette à l'époque post-classique. C'est une conséquence des deux motifs qui interviennent à la fin du texte: favor nuptiarum et surtout affectio personarum.

M. Riccobono, suivant logiquement ses idées, trouve là des raisons pour attribuer à l'époque classique l'action utile sous un autre nom sans doute. M. Collinet observe que l'*affectio personarum* peut être une considération qui intervient dès une époque assez haute dans l'histoire du droit romain. Il s'agit ici d'un aïeul maternel qui dispose en faveur de

Solution contraire donnée à la fin du texte: action utile.

Il ne semble pas que la solution soit classique.

sa petite fille. Nous sommes là dans la ligne maternelle: or, les rapports de droit entre celle-ci et l'intéressé ont été beaucoup plus longs à venir que ceux avec la ligne paternelle. Cette substitution de famille cognatique à l'agnatique a mis un certain temps à se réaliser. Il s'agirait de savoir si Paul, au début du III^e siècle, pouvait déjà envisager en faveur de la famille maternelle l'affectio personarum comme l'invoquerait un homme du V^e ou du VI^e siècle.

Bonfante a prétendu montrer l'existence d'un contrat en faveur des tiers à l'époque classique.

Texte d'Apulée.

Les termes pacte et stipulation dans notre texte seraient purs.

Nous arrivons ainsi à l'article sensationnel de P. Bonfante qui ne paraît pas tenir la place qu'il mérite dans notre bibliographie française. Or, les textes dont il est question dans cet article soulèvent un grave problème d'histoire et d'interprétation. Bonfante devant fournir une contribution aux Studi Brugiani, y publia un article: "un contrat en faveur des tiers à l'époque classique", réédité dans Scritti giuridici varii, T. III p. 243 ssq. (1926). Les textes invoqués là et qui paraissent avoir été découverts par Bonfante sont des textes littéraires tirés d'Apulée. De Magia liber ou Apologia, Ch. 91-92 et 102. Apulée s'étant marié (110) avec une veuve Pudentilla a promis la restitution de la dot en faveur des deux fils de cette femme, par conséquent contrat en faveur d'un tiers. Ces passages réservaient à Bonfante une surprise qu'il dissipa du reste tout de suite. Le Ch. 92 parle d'un pacte et le Ch. 102 d'une restipulatio, alors qu'il s'agit de la même promesse faite en faveur des deux fils du premier lit. Bonfante dit: "cela confirme l'interprétation que j'ai donnée de l'expression pacte et stipulation en matière de servitude, pacte désigne le contenu et stipulation la forme". En matière de servitude cela se comprend: le pacte sera plus ou moins complet, puis il interviendra une stipulation de façon à légitimer le pacte, à le rendre efficace. Ici un pacte également consolidé par une stipulatio. Bonfante cite les textes juridiques de la stipulation pour autrui, mais sans les étudier. Or, dans notre loi 45, il est question de pacte et stipulation deux fois et le critique supprime pacte comme visant le pacte légitime de dot reconnu en 428; le terme pactum serait interpolé deux fois dans notre texte. En tirant parti du texte d'Apulée, M. Collinet dit: ne pourrait-on pas soutenir que pacte et stipulation dans notre texte sont purs ?

Mais la contribution qu'apporte à notre question le passage d'Apulée, est beaucoup plus importante. Bonfante qui se tient dans un juste milieu ne donne pas expressément son opinion, mais on sent quelle elle est; on reconstitue bien sa pensée. Il tire de ce texte la conséquence que l'action utile exis-

tait déjà à l'époque de cet écrivain, II^e siècle, (sous forme d'action décretale, dit-il avant M. Riccobono). Il dit en effet: l'expédient de l'action utile est conforme à la pratique du droit classique et le passage d'Apulée permet de lever les hésitations d'Eisele et Pacchioni qui acceptent le principe du droit romain et l'inefficacité de la stipulation pour autrui et sont embarrassés devant l'existence classique de l'action utile (Fg. Vat. 186 et Paul Sent X.7.8.). On sent que la pensée de Bonfante est qu'il n'y a pas lieu, comme ces deux auteurs, de rester dans l'embarras devant ces deux textes puisque le texte d'Apulée est là et que ce texte d'Apulée est favorable à l'idée qu'il existe une action utile au profit des enfants de Pudentilla pour réclamer la dot.

Il n'est pas question d'action utile dans le texte d'Apulée.

L'action utile n'est donnée que dans le seul cas où le pacte ou la stipulation avaient été insérés en faveur des descendants soumis à la puissance paternelle.

M. Collinet ne le pense pas cependant, parce qu'il n'est pas question d'action utile dans le texte d'Apulée. Apulée dit qu'il a fait cette promesse. C'est tout, pas question d'action utile. On présume que cela va de soi. Pas du tout. La preuve c'est que dans Paul (Loi 45), il intervient bien un pacte et stipulation en faveur d'autrui et cependant Paul dénie toute action au profit du tiers. On peut donc dire que dans Apulée, il est bien question de pactes de stipulation de restitution en faveur de tiers, sans que ceux-ci aient l'action utile.

Alors pourquoi cette promesse. M. Albertario va la justifier.

Sur ce témoignage d'Apulée et sur les pactes dotaux M. Albertario (Studi di Diritto Rom. T.I. Milan 1933-349-367) a donné la meilleure solution. Son idée est double : 1^o il repousse complètement l'idée d'une action ex decreto en faveur des tiers à l'époque classique - 2^o- le droit postclassique et le droit de Justinien ne reconnaissaient la sanction par l'action utile que dans le seul cas où le pacte ou la stipulation avaient été insérés en faveur des descendants soumis à la puissance paternelle. Qu'on le remarque bien, en effet, D. XXIV.3.45, précise que, quand elle divorce, Seia est encore sous la patria potestas et puis l'interpolation: Extraneo constituto au C. 5. I2. 26 a été insérée à cette fin. (Ajouter le texte d'Africain L. VII Qu.D.23.4.23 qui va faire l'objet d'une thèse à l'Université de Lausanne). On comprend que l'action utile soit donnée dans ce cas, car l'enfant en puissance ne peut stipuler pour lui-même. Quand au contraire le tiers bénéficiaire de la promesse est un sui juris, il peut stipuler pour lui-même et s'il eut obtenu l'avantage prévu il pourra le faire, sinon il

n'aura pas d'action. Or dans Apulée, la stipulation est

faite par les deux fils de Pudentilla qui sont sui juris (Cf. Gordien 240 interpolé C.V.I4.4) M. Collinet avait suggéré plus haut que la mention du pactum dans la L. 45 de Paul pouvait être pure. Le texte d'Apulée et les explications de M. Albertario le confirment.

Section II.

Les pactes de restitution.

Sous ce titre général sont rassemblés les cas examinés par les auteurs sous des chefs spéciaux. Grâce aux rubriques de nos paragraphes, il sera facile de retrouver la correspondance entre les explications et celles des auteurs.

L'idée qui unit tous ces pactes c'est qu'aucune stipulation n'intervient. Le bénéfice en faveur du tiers n'est pas l'objet d'une stipulation, mais d'un simple pacte. Ce pacte est un pacte spécial: pacte de restitution, qu'il ne faut pas confondre avec d'autres pactes ou clauses comme les leges venditionis (V. plus loin S. IV.).

§ Ier - Le fidéicommis de donation.

C'est le seul cas d'action utile conférée au tiers authentiquement classique.

Le texte est de Diocl. et Max. 290 Fg. V. 286: C.J. VIII, 54 (55) de don. q. sub. modo.3.

Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est aili restituatur, veteris juris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compensatio non sit; placiti non impleta, ei qui liberapulé, la actionis persecutionem competere

Toutes les fois qu'une donation est ainsi faite qu'après un certain temps ce qui a été donné soit restitué à autrui, il a été décreté par l'autorité du vieux droit que si celui à qui le dium conferebatur, stipula-bénéfice de la libéralité fide a été conféré n'a pas stipulé, la foi de la convention auctor fuit vel hec servée, une poursuite par redibus ejus, conductiae l'action de conductio compete

I- Sed cum postea benigna juris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utili actionem juxta

pétait à celui qui a été l'auteur de la libéralité ou à ses héritiers. Mais comme dans la suite par une interprétation bienveillante du droit, les deux empereurs ont admis qu'à celui qui n'a pas stipu-

Le bénéfice
en faveur
du tiers
est l'objet
d'un simple
pacte.

Dioclétien
et Maximin
C. VIII,
54.8.

donatoris voluntatem de-
cernendam esse admise-
rint : actio, quae so-
rori tuae, si in rebus
humanis ageret, potuit
decerni, si quae propo-
nis vera sunt, tibi ac -
commodabitur.

pulé une action utile devait
être accordée conformément
à la volonté du donateur,
l'action qui aurait pu être
accordée à ta soeur, si el-
le était encore vivante, te
sera accordée, si ce que tu
exposes est vrai.

Critique. Telle est la version des Fragments
du Vatican. Si ceux-ci qui ne sont conservés que par
un unique manuscrit étaient complets, si les lignes ne
présentaient pas de lacunes, ce texte pourrait être
tenu pour parfait. Mais ce manuscrit présente des la-
cunes et les reconstitutions (en italique dans les
Textes de Girard) sont dues à Mommsen Cod. Vatic. N
5766, Berlin 1860 p. 359). Mommsen les a comblées à
l'aide de la version parallèle du texte au C.J.

La question préalable est de savoir si ces
compléments sont justifiés, c'est-à-dire si la ver-
sion du C.J. offre assez de garantie pour pouvoir être
transportée intégralement dans les lacunes du Manu-
scrit du Vatican. Pour le savoir, il faut compter les
lettres. Or si on compte les lettres du fragment sur
le manuscrit, on arrive à une moyenne et on s'aperçoit
que, comparée à celle-ci, la ligne 8 est trop longue.
Elle comprend 78 lettres dont 53 dans la lacune. Elle
est trop longue parce que c'est elle qui contient con-
dicticiae actionis. Or cette expression précisément
est suspecte (Guarneri Citati et Heumann - Seckel H.V.)
Il faut restituer probablement condictionis. A part cela
la correspondance est complète, encore que quelques dif-
férences sont à relever:

F.V. servata	C.J. non impleta.
F.V. decernendum	esse C.J. competere.
F.V. potuit decerni	C.J. competebat.

En effet, quand il s'agit d'une action uti-
le, jamais les classiques ne disent competere, ils
disent decerni dandum esse, dabitur. Au contraire,
les textes de Justinien disent competere même pour des
actions utiles. Ce changement repose sur ce que, dans
la procédure formulaire, le magistrat devait délivrer
la formule, tandis qu'à l'époque de Justinien, le ma-
gistrat n'a plus à délivrer de formule, puisqu'il n'y
en a plus. L'action utile compétente comme une action
directe; competere pour une action utile est un cri-
tère d'interpolation.

F.V. condictionis	C.J. condicticiae ac- tionis.
-------------------	----------------------------------

Quoique les Fragments du Vatican aient été

suspectés (Albertario et M. Collinet en ont signalé

quelques-unes). Ici on peut avoir toute confiance dans cette version, car elle est prise directement au C. Grégorien L. XIII.

L'exégèse ne suscite aucune observation. Veteris juris auctoritate, c'est l'autorité du vieux droit, des prudents ,du droit classique. " Proponis que tu proposes dans la requête à l'empereur, dans le libelle que tu présentes pour demander la consultatio

Donation faite à charge de retransférer, charge résultant d'un pacte adjoint au transfert.

Le donateur seul pouvait en droit classique reprendre la chose par une condic peace.

Des Empereurs antérieurs à Dioclétien et Maximien ont donné une action utile au fidéicommissaire.

Le cas et la solution sont simples. Le donneur avait fait à Primus une donation à charge par lui de la retransférer à la soeur de Julia Marcella. Cette donation par fidéicommiss entre vifs était donc une donation avec charge, une donation sub modo comme le prouve la rubrique du titre VIII, 54 (55) de donationibus, quae sub modo, vel condicione, vel certo tempore conficiuntur.

La charge était imposée par un pacte adjoint au transfert. C'est un des innombrables cas de pactes adjoints au transfert (Cf. Viard). Or le doneur Primus n'a pas observé la foi de la convention : il n'a pas restitué à la soeur de Julia Marcella. Ce le-ci après la mort de sa soeur réclame et consulte l'Empereur pour savoir si elle peut agir contre Primus.

Solution. Les Empereurs rappellent d'abord la solution du vieux droit, celle des prudents. L'auteur de la donation ou ses héritiers, au cas où le pacte n'aurait pas été observé, pouvait répéter par la condic peace. Celle-ci joue le rôle de l'action en révocation pour inexécution des charges. Condic peace rem datu re non secuta. La donation sub modo a du reste fini par devenir un contrat inconnu (N.B.). Le donateur peut reprendre la chose par une vindication utilis, en vertu d'une constitution de Valer. et Gall. 258. C.J. H.T.I)- Le donateur seul avait donc une action, le tiers, c'est-à-dire la fidéicommissaire n'avait rien à sa disposition.

Mais par une interprétation bienveillante droit, benigna juris interpretatione, les divi principes ont changé cela; les divi sont des Empereurs qui sont morts et qui ont été divinisés. Ces divi sont inconnus. Diocl. et Max. ne les précisent pas. Ce sont des Empereurs du III^e siècle et la modification du droit aurait répondu à peu près comme date à celle de Valérien et Gallien. (Au milieu du III^e siècle mouvement favorable au donateur et au fidéicommissaire).

Ces Empereurs ont donc admis que, conformément à la volonté du donateur, une action utile pouvait être accordée à la fidéicommissaire. Si donc les choses exposées dans la requête sont vraies, l'action

qui aurait dû lui appartenir t'appartiendra à toi. Dérogation très nette au principe de la nullité de la stipulation pour autrui (au sens large), dérogation classique puisqu'elle est antérieure à Dioclétien et Maximin. C'est la seule authentiquement classique et la réforme est importante puisqu'elle peut être approximativement datée.

§ 2 - Le pacte de restitution d'un dépôt.

C'est encore une constitution de Dioclétien et Maximin 293 C.J. III.42 ad Exhib. 8.

Si res tuas 'commodavit, aut' depositum is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum, vel vindicatione uti potes.

I- Quod si pactus sit, ut tibi restituantur: si quidem ei, qui depositum successisti, jure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili, nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet: intellegis nullam te ex ejus pacto' contra eum' contra quem supplicas, actionem stricto jure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio".

Si celui dont tu as rappelé la requête a donné en commodat ou a déposé tes choses, tu peux user contre le détenteur de l'action en exhibition ou de la revendication. Que s'il a convenu que ces choses te seront restituées, si d'autre part tu as succédé à celui qui a déposé, tu n'es pas empêché d'user de l'action de dépôt par droit héritaire. Mais si ni en droit civil ni en droit honoraire, son héritéité ne t'appartient pas, tu commets une faute: prends que tu n'as en vertu de son pacte en droit strict aucune action (contre celui) contre qui tu réclames Mais l'action utile de dépôt te sera donnée pour une raison d'équité.

Critique - D'abord reconstitution du texte.

Les éditions ajoutent *contra eum* sur la foi des Basiliques. Ce qui est plus important, c'est que la constitution originale ne se rapportait qu'au dépôt et ne visait nullement le commodat. Il faut donc rayer 'commodavit aut'. La preuve est très simple: dans le § I il n'est plus fait allusion au commodat (R. de Ruggiero Bull. d. I.d. D.R. XIX. p. 80 et sq. remarque acceptée par Siber et par Vazny, p. 83).

M. Collinet estime en outre que, dans une constitution, quand deux cas apparaissent séparés par vel ou aut l'un est de trop. Les constitutions jusqu'à Constantin, en effet, sont des rescrits, c'est-à-dire des réponses aux consultations des plaideurs. Ils

Dioclétien
et Maximin
293 C. III,
42.8.

Reconstitution
du texte

Les rescrits ne répondent qu'à une seule action.

doivent donc répondre dans la ligne même de la consultation, en se fondant sur les faits. Si le consultant fait mention d'un dépôt, on lui répond sur le dépôt et non sur le commodat. Le rescrit ne fait pas un cours de droit au consultant. Au contraire, quand les rescrits ont été rassemblés dans les Codes Grégorien et Hermogénien, qui sont devenus des sources de droit utilisées dans les Ecoles, les textes ont été assortis de scolies où les cas parallèles ont été exposés. Un Scolaste écrit commodavit a côté de depositum, parce qu'il a dans la tête l'idée que ce serait la même chose. (C'est ce qui explique les interpolations si nombreuses où le curateur est assimilé au tuteur.) Le consultant parlait de tuteur, le Rescrit également, les textes aujourd'hui disent tutor vel curator. Ce sont des scolies marginales qui assimilent un cas à un autre. Il faut faire disparaître ces doublements de casus et de personnalités qui sont le produit d'interpolations.

Dans le texte on devrait encore rayer ad exhibendum vel, en vertu d'un autre critère proposé par M. Collinet admis par beaucoup d'auteurs, à savoir que la dénomination des actions par leur nom sans actio ou judicium est byzantine. Or ici on a "Ad exhibendum (ut potes)"; vindicatione uti potes est latin, ad exhibendum uti potes ne l'est pas et a dû être ajouté par suite du développement de l'action ad exhibendum en parallèle avec l'action en revendication, à raison des avantages qu'elle présentait sur celle-ci.

Au § I, on peut soupçonner une interpolation. La distinction si quidem, - si vero - ne paraît pas avoir appartenu au texte primitif. Il est au point de vue de la forme difficile de soutenir que la chancellerie aurait écrit nec civili nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet, pour la bonne raison que si une personne peut bien recueillir une hérédité en droit civil, elle ne peut pas la recueillir en droit prétorien. Le droit prétorien ne pouvant qu'octroyer la bonorum possessio.

D'autre part cette distinction est plutôt théorique, car le requérant a dû dire s'il était l'héritier ou s'il ne l'était pas.

Enfin une interpolation se retrouve de façon certaine à la fin du texte dans la phrase concernant l'action utile.

Tous les auteurs après Eisele admettent l'interpolation. M. Collinet a invoqué contre la pureté de la finale un procédé indiqué dans Rev. Et. Lat. 1927 tirage à part p. 5, l'inobservation du casus.

Les mots stricto jure ont été interpolés par

répercussion. A qui imputer l'interpolation ? Sans doute aux commissaires eux-mêmes, à cause de la rédaction qui est voisine de celle du Code V.I4.7. (V. Infra) et dont la provenance est sûre puisque Thalelée nous dit que l'action utile vient des commissaires. Aux Basiliques XV.4.28 (Meimbach t. II p. 178) la dernière phrase relative à l'action utile manque.

Le Pr. pose le cas où le dépositaire a déposé les choses du déposant chez un tiers (c'est un sous-dépôt). Les Empereurs disent que le déposant peut intenter contre ce tiers l'action en revendication ' et l'action ad exhibendum'. Le § I complète le casus. En faisant le sous-dépôt, le dépositaire avait convenu avec le sous-dépositaire par un pacte que les choses te seraient restituées. Le déposant a-t-il l'actio depositi contre le détenteur ? Nous savons qu'une distinction qui n'est peut être pas classique était à envisager : 1° si tu as succédé au déposant, tu as l'action du dépôt. 2° - Si tu n'as pas succédé au déposant tu n'as aucune action en vertu de ce pacte, à cause de la règle générale de la nullité des actes passés entre certaines personnes par rapport à un tiers, (nullité de la stipulation pour autrui au sens large. Cette décision est fondée (dans la version justinienne) sur le droit strict, stricto jure , dit l'interpolation.

Mais une modification favorable au déposant est intervenue "Utilis autem tibi propter ^{aequitatis} rationem dabitur depositi actio", mais l'action utile de dépôt te sera concédée sur la base d'une raison d'équité.

Il n'y a pas lieu de penser que l'action utile existait en droit classique.

Cette phrase est entièrement ajoutée. M. Vazny p. 85 ne juge cependant pas exclue une autre opinion, c'est-à-dire que cette action utile aurait déjà pu être donnée dans la Constitution originale de 293, au moyen tout au moins d'une intervention extraordinaire de la juridiction prétorienne, sous forme d'une actio ex decreto.

On ne peut admettre cette opinion (Cf. Paul D. 24.3. 45 et surtout que l'action utile n'aurait pas été concédée par les Empereurs pour la bonne raison que le seul texte par les mêmes empereurs (F.V.286) donne parfaitement une action utile. Or Dioclétien et Maximin sont les derniers témoins du droit classique et l'on a remarqué que leurs rescrits sont une des sources les plus importantes pour la connaissance du droit classique, leur chancellerie était résolument conservatrice. L'opinion de M. Vazny reste isolée et tous les auteurs admettent l'interpolation du texte.

§ 3 - Le pacte de restitution

d'un commodat.

La constitution 8. pr. C.III 42 (ci-dessus) assimile le commodat au dépôt. Cette assimilation existe par voie d'interpolation en ce qui concerne l'octroi de l'action de exhibendum ou de la revendication contre le détenteur. Mais on a remarqué qu'il n'est plus question de commodat au § I. La question se pose donc de savoir si le commodat aurait l'action utile contre le sous-commodataire. Nous n'en savons rien.

§ 4 - Le pacte de restitution

de la dot.

A la Sect. I § 2 (3ème texte), la restitution de la dot était stipulée en faveur d'un tiers. Il était intervenu une stipulation en faveur du tiers. Ici il s'agit du cas où la restitution de la dot a été non pas stipulée mais seulement insérée dans un simple pacte sans stipulation. Que va décider le droit romain dans ce cas ? Un texte fondamental aussi répond à la question. Diocl. et Maxim. 294 C.J. V. I4 - de pact. conv. 7)

Pater pro filia dotem Un père ayant convenu que la datam genero, ea prius dot fournie à son gendre pour in matrimonio defuncta, sa fille serait restituée aux nepotibus pactus resti- petits enfants, si elle mourut : licet his actionem rait auparavant dans le ma- quae rerere non potuit, ta-riage, quoiqu'il n'ait pu faire utilis eis ex aequi-re acquérir une action à ceux tate accommodabitur ac- ci (les petits-enfants), ce- tio. pendant une action utile leur sera appliquée en vertu de l'équité.

La critique est très facile. Tous les auteurs admettent l'interpolation pour la raison décisive que Thalélie lui-même, dans une scolie déclare que la finale (tamen.... actio) a été ajoutée par les commissaires du Code, pour créer un droit nouveau (Scolie touto Basil. XXIX, I. 37 Heimbach III. 483). L'addition de la finale a entraîné par répercussion l'intercalation de licet pour effectuer le raccord avec la "generalis definitio", c'est-à-dire avec la thèse générale ancienne qui n'admettait pas l'octroi d'une action quelconque quand le pacte était intervenu en faveur d'un tiers.

La restitu-
tion de dot
ne résul-
te pas d'une
stipulation.

C.V. I4.7.

Les Basiliques nous appren-
nent qu'il y a eu interpo-
lation du
texte
Source : BIU Cujas

L'interpolation aurait pu se démontrer même si on n'avait pas l'aveu de Thalelée. Il n'est pas mauvais de chercher à découvrir dans ce passage les critères qui nous serviront de leçon pour d'autres textes.

En faveur de l'interpolation on peut remarquer que licet est suivi de l'indicatif, ce qui est du mauvais latin (Guarneri -Citati, Indice, p. 53). En outre, en intercalant licet, le rédacteur ne s'est pas aperçu que la phrase du début (Pater.... restitui) restait en l'air. Cette phrase allait très bien sans licet: le père ayant fait un pacte..... n'a pu faire acquérir aux petits enfants une action. C'est net, latin et on intercale licet "quocumque" le pater est en l'air c'est un sujet sans verbe. Il aurait fallu changer la phrase. Le rédacteur n'a pas pensé à cela, il a intercalé licet par influence de la dernière phrase et a laissé le texte tel quel. Ces deux critères suffisent à faire soupçonner l'interpolation. La structure de cette phrase, sur la base de l'équité, ressemble beaucoup à la finale C.3.42.8 (supra).

Le casus et la solution sont simples : le père a convenu par pacte avec son gendre que celui-ci restituerait la dot de la fille aux petits enfants si elle mourrait durant le mariage. Les Empereurs décidaient qu'aucune action ne leur était acquise en vertu de la nullité de la stipulation ou du pacte pour autrui (" generalis definitio" de Thalélée). Les commissaires ont changé cela sur la base de l'équité et ont donné aux petits enfants une action utile. Elle n'est pas désignée, tout à l'heure c'était l'action de dépôt utile. Ici ce doit être l'action utile ex stipulatu: comme s'il était intervenu une stipulation.

Action utile
ex stipulatu
accordée aux
petits en-
fants.

Section III.

Le mandat aliena gratia.

Sur l'action de mandat la dernière étude est de H. Kreller dans la Festgabe für Philipp Heck -Tübingen 1931.

Le droit romain a émis quant à la validité du mandat trois solutions qui dépendent de la personne dans l'intérêt de qui le mandat est donné.

I°- Mandat donné dans l'intérêt du mandant (*nossa gratia*) le mandat est valable, et c'est le cas normal.

2°- Mandat dans l'intérêt d'un tiers : *aliena gratia*. Il est valable aussi par exception à la règle

« Les Cours de Droit »

Validité du
mandat en

faveur d'un tiers..

de la nullité des actes en faveur d'autrui et les deux cas de validité sont prévus par Gaius Inst. III § 155:

Mandatum consistit, si- Le mandat est valable, soit ve nostra gratia mande- que nous mandions dans notre mus sive aliena; itaque intérêt propre, soit que nous sive ut mea negotia ge- mandions dans l'intérêt d'au- ras, sive ut alterius, trui; c'est pourquoi, soit mandaverim, contrahi- que j'aie mandé à toi que tu tur mandati obligatio, gères mes affaires, ou que tu et invicem alter alteri tenebimus in id, quod gères celles d'autrui; l'obli- vel me tibi vel te mi- gation de mandat est contrac- hi bona fide praesta- tée et nous serons tenus ré- oportet.

gères mes affaires, ou que tu gères celles d'autrui; l'obligation de mandat est contractée et nous serons tenus réciproquement l'un envers l'autre à ce qu'il convient ou que je te preste de bonne foi ou que tu me prestes de bonne foi.

Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait, sanctionné par l'actio mandati directa ou contraria. Dans quel cas l'intérêt du tiers apparaît-il? Si je t'ai mandé que tu gères les affaires d'autrui.

Justinien Inst. III.26 de mandato 3 (paragraphe spécial) copie de Gaius non pas les Institutes, mais les Res Cottidianaes, Gaius L.II Rer. Cottid., D. XVII. I. mandati vel contra 2.5.

Dans ce texte du Digeste, sponderes a été changé en fide jubeas c'est tout à fait normal. Mais on est surpris de constater que spónderes a été conservé aux Institutes de Justinien. Donc changé au Digeste, conservé aux Institutes ! Cela est tout à fait important. C'est une preuve de l'indépendance des sources des Institutes et du Digeste. Les Institutes n'ont pas été écrites d'après le Digeste dans les passages conservés aux deux ouvrages. Les Institutes et le Digeste ont leurs sources particulières.

3° - Mandat donné dans l'intérêt du mandataire (tua gratia) Gaius III. 156. C'est plutôt un conseil qu'un mandat. Inst. Just. III.26.6 Il est nul.

Une exception cependant existe; après controverse le mandatum pecuniae credendae ou mandat de crédit a été reconnu valable M. G.G. Constandaki, thèse Paris 1932 donne pp. 34 - 50 une explication qui fait rentrer la question dans notre cours. L'opinion de Sabinus a triomphé de celle plus ancienne de S. Sulpicius. Comment expliquer le triomphe de Sabinus?

M. Constandaki accepte l'idée que le mandat de crédit n'est pas un mandat tua gratia pur. Il est ou bien un mandat aliena gratia ou bien un mandat tua et aliena gratia.

I° Alien a gratia lorsqu'aucun intérêt (usurae)

Mandat de crédit.

n'a été stipulé, alors c'est un mandat donné dans l'intérêt du tiers emprunteur, donc valable.

2° - Tua et aliena gratia, dans l'intérêt du mandataire et dans celui du tiers quand des intérêts (usurae) ont été convenus (Gaius D. H.T. 2,5), donc valable encore. Voilà comment l'auteur explique la validité du mandat qu'on croyait impossible quand on pensait qu'il était purement dans l'intérêt du mandataire, tua gratia.

Section IV.

Clauses de la vente en faveur des tiers.

Les pactes adjoints à la vente.

Ce n'est pas un fait surprenant que la vente consensuelle ait contenu beaucoup de clauses accessoires. C'est le plus important des contrats en législation romaine et chez nous et elle contenait des variétés assez nombreuses de leges (Thèse de M. Georgesco). La plus connue de ces clauses est la lex commissoria (étude récente de M. Wieacker.) Il en est d'autres, comme l'addictio in diem (étude récente de M. Sieg), le pactum de retrovendendo.

Parmi ces leges, d'autres ne portant pas de nom, se réfèrent à des cas qui fonctionnent en faveur des tiers. Voici trois textes relatifs à la question : les deux premiers concernent le respect du bail par l'acheteur :

D. 19,2,25,1.
1° - Gaius - X ad Ed. prov. D. XIX. 2, loc. cond. 25.1.

Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat : alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Celui qui a loué (baillé) à quelqu'un un fonds pour en jouir ou une habitation si pour une raison quelconque, il vend le fonds ou la maison, doit prendre soin que chez l'acheteur aussi en vertu du même pacte il soit permis et au fermier de jouir et au locataire d'habiter. Autrement, celui ci étant empêché agira contre lui par l'action du preneur.

Ce § I a été suspecté par Cujas, la finale l'a été par Muller (Index T.I. c. 360). En effet, dans ce texte, règne quelque obscurité : il est question du même pacte, mais duquel ?

La solution est claire. Le principe non exprimé ici, mais déposé au C. 4,65, 9 Infra, c'est que le fermier et le locataire ne jouissant d'aucun droit

Pacte intervenu entre l'acheteur et le vendeur dans l'intérêt du fermier.

Le preneur peut agir ex conducto si il est expulsé.

réel sur l'immeuble, n'étant titulaires que d'un droit personnel, peuvent être expulsés sans rémission par l'acheteur qui acquiert le fonds ou la maison.

D'autre part, il est clair que l'intérêt de ce preneur serait de rester où il est. Il fallait donc que le vendeur obtienne de l'acheteur qu'il respecte le bail. Il ne pouvait obtenir la non expulsion du fermier ou du locataire que par une libre convention avec l'acheteur. Le texte le dit bien : curare debet, il doit prendre soin, c'est-à-dire faire attention, essayer de convaincre l'acheteur. Ce n'est pas une obligation légale pour l'acheteur (contra : C. Civ. 1743). L'obligation ne peut être que conventionnelle.

A quoi donc se rapporte exactement le curare debet et le pacte dont il est question ? Intervient-il entre acheteur et locataire, est-ce une promesse en faveur du locataire, ou est-ce un pacte entre acheteur et vendeur ? Cette dernière idée est plus naturelle et semblerait la bonne si on n'était pas gêné par la fameuse règle de la nullité du contrat pour autrui. Cependant pas de doute, il s'agit bien d'un pacte entre acheteur et vendeur. Cette idée est confirmée par plusieurs textes visant la merces du locataire (Vazny, Bullet p. 73).

Les Basiliques ont aperçu la difficulté et ajoutent que le pacte avait lieu cum emptore (Bas. XX.I 25, Heimbach, 11,25I Scolie de Stéphane t. II p. 252) Voilà donc un pacte qui intervient entre le vendeur et l'acheteur dans l'intérêt du preneur. La sanction est une sanction de droit civil tout à fait importante : recours par l'actio ex conducto si le preneur est expulsé. Cette finale peut dater de l'époque classique.

2° - Alexandre Sévère an. 234 C.J. IV. 65 de 100 et cond. 9

Emptori quidem fundi necesse non est stare 'sinere' colono, cui prior dominus locavit: nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductio ne maneat, quamvis sine scripto, fidei bone judicio, quod placuit, parere cogitur.

A l'acheteur d'un fonds, d'une part, il n'est pas nécessaire de (permettre) que le fermier reste auquel le premier propriétaire a loué, à moins qu'il n'ait acheté avec cette clause. Mais s'il est prouvé qu'il a consenti à quelque pacte portant que le fermier demeurera dans le même bail, quoique sans écrit, il est forcé par l'aktion de bonne foi d'obéir à ce qui a été convenu.

L'acheteur n'est pas forcément de laisser jouir le preneur à moins que la vente n'ait été passée sous cette condition.

Sanction :
l'action de
bonne foi
(ex vendito)

lère doctrine
interpolation
de la phrase
nisi ea lege
emit.

Cette constitution est un texte fameux et cité constamment dans l'ancien droit par son premier mot : loi emptorem, variante de Emptori. (La loi emptorem, source de l'Art. 1743 du C. Civ., a été étudiée par M. Meyrial, Mélanges Gérardin, Paris 1907 p. 413-437) Cette loi, en effet, est d'une très grande importance parce qu'elle pose à la fois le principe et l'exception. Le principe formellement exprimé ici et du reste très juridique, est que l'acheteur n'est aucunement forcé de laisser jouir le preneur (Mommsen a supplié sincère, permettre, laisser d'après les Basiliques). La loi ajoute "à moins que la vente n'ait eu lieu à cette condition" nisi ea lege emit, à moins que l'acheteur n'ait acquis sous cette clause, lex.

Après avoir dit nisi ea lege emit, le texte reprend la même idée dans la deuxième partie : "s'il est prouvé que cet acheteur a consenti à quelque pacte portant que le fermier restera dans le même bail, il doit respecter la convention et ne peut expulser le fermier.

Il faut donc qu'il existe entre vendeur et acheteur un pacte exprès, pacte adjoint à la vente, pactum venditionis.

Le texte dit : ce pacte n'a pas besoin d'être rédigé par écrit, quamvis sine scripto.

Si l'acheteur n'a pas respecté la convention, n'a pas obéi à ce qui avait été convenu, il sera poursuivi par un judicium bonae fidei. Lequel ? L'action de bonne foi ne peut être autre que l'action du vendeur, l'action ex vendito ; une convention accessoire à la vente est intervenue, elle prend la nature de la vente et si elle n'est pas respectée le vendeur a le même droit que si la vente elle-même n'était pas respectée. Le preneur, ici, ne semble pas avoir d'action (comme dans le texte précédent)

La question délicate est de savoir si la dérogation à la règle, si la validité de la lex en faveur du tiers était déjà reconnue en 234 dans la version originale de la Constitution d'Alexandre Sévère. Y a-t-il ou non interpolation ?

La critique n'aboutit pas à un système unique, mais les deux opinions qui se sont fait jour reviennent au même.

D'après la première (Pacchioni), la phrase nisi ea lege emit est interpolée. De toute évidence nisi est un critère de suspicion. Eisele l'a étudié tout au début de la renaissance de la science des interpolations. (Cf. Indice de Guarneri Citati). Pourquoi suspecte-t-on ici la phrase : Nisi.... parce qu'elle fait double emploi avec la deuxième partie qui pose l'exception.

2ème système
interpolation
de la deuxième partie :
même résultat.

tion en face de la règle. Nisi ea lege emit peut très bien disparaître sans empêcher la dérogation d'avoir été sanctionnée en 234. On verrait volontiers une glose, une scolie dans les quatre mots : nisi ea lege emit, une scolie qui résume la deuxième partie en quatre mots.

Le second système (Vazny, Bull. p. 74) part, au contraire, de l'authenticité de la phrase à Nisi, mais suspecte la deuxième partie. Ce qui revient au même que le premier. Le texte original disait : l'acheteur peut expulser le fermier à moins qu'il n'ait acheté avec une clause contraire. Pourquoi cette deuxième partie serait-elle une addition ? Parce que les critères n'y manquent point : aliquo pacto, pacto consentire, in conductione manere, quamvis sine scripto. Donc quatre critères de forme. En ce qui concerne quamvis sine scripto, l'indice d'interpolation est fort et même si on se rangeait à la première opinion ou à la rigueur au système qui repousserait toute suspicion, on devrait éliminer quamvis sine scripto, parce que l'écrit n'a joué son rôle obligatoire qu'au Bas-Empire, l'opposition du contrat écrit et du contrat non écrit étant d'origine hellénistique.

3° - Ce troisième texte, relatif aux leges venditionis, est d'Ulprien 38 (28) ad Edict. Dig. XIII. de pigueraticia actione vel contra. 13, pr.

Si cum venderet creditor pignus, vel hypothecam convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, licet ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignericis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem, sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.

Si, lorsqu'un créancier a vendu le gage ou l'hypothèque, il a été convenu entre lui et l'acheteur que, si le débiteur payait l'argent du prix à l'acheteur, il serait permis à lui (débiteur) de reprendre sa chose, Julien a écrit et il a été confirmé par des Rescrits qu'en vertu de cette convention le créancier est tenu par les actions du gage de céder au débiteur l'action de la vente contre l'acheteur. Mais de plus le débiteur lui-même pourra ou revendiquer la chose ou agir contre l'acheteur par une action in factum.

Critique : La finale sed et à rem agere est sûrement interpolée. (Favre Cf. Index. T.I. c.222-223) Dans le corps même du texte, M. Beseler (III^e cah.

Critique.

p. 382 et sq.) propose l'interpolation de ob hanc conventionem jusqu'à la fin parce qu'il n'admet pas que l'obligation de céder les actions était classique. Une partie de la doctrine trouve cela excessif et M. Biondo-Biondi admet seulement que "pigneraticeis actionibus" serait ajouté (Index T. I. c. 222). C'est trop peu. M. Collinet croit que la période "et est rescriptum ob hanc.... actionibus" est interpolée. Pigneraticeis actionibus est un pluriel de majesté toujours suspect. Un second argument se tire du passage géminé : Marcien Lib. Sing. ad formul. hypoth. D. XX.5. de distr. pignor. 7, pr. qui rapporte aussi l'opinion de Julien, dans le même casus :

Et Julianus Lib. XI Di-
gestorum scribit recte
quidem distractum esse
pignus, ceterum agi-
posse cum creditore,
ut, si quas actiones
habeat, eas cedat debi-
tori.

Et Julien au L. XI de son
Digeste écrit que d'une part
le gage a été régulièrement
vendu, mais que par ail-
leurs, on peut agir contre
le créancier pour que, s'il
a quelques actions, il les
cède au débiteur.

On notera que la mention de rescrits confirmatoires ne figure pas au texte géminé, pas plus que les actions de gage. D'autre part, à la fin de ce passage, on rencontre encore un pluriel de majesté et au lieu d'indiquer qu'il s'agit de la cession de l'action ex vendito, le texte parle plus vaguement d'actions quelconques. Le texte a donc été réécrit, puisque nous savons, par notre texte, qu'il s'agit de la cession d'une seule action : l'actio ex vendito. Ce n'est pas une raison pour supprimer avec M. Beseler (III, p. 183) la mention de la cession d'action et pour suspecter le texte depuis recte.

Il est question dans ce texte in fine, de l'hypothèque : "ce que Julien écrit pour le gage il faut le dire pour l'hypothèque. M. Fehr qui supprime le mot hypothèque ou hypothecaria partout, même dans le titre de l'ouvrage de Marcien, déclare que la fin de ce Pr. est interpolée (Index T. I. c. 395). Après lecture de l'étude de M. Buckland sur Marcien (Studi Riccobono), on peut se demander s'il ne faudrait pas maintenir cette phrase, parce que Marcien écrivant sur la formule hypothecaria a dû parler de l'hypothèque ; seuls les mots vel hypothecam dans le pr. seraient interpolés.

La question qui se posait était de savoir comment le débiteur recouvrerait sa chose. La solution est donnée par Julien au L. XI de ses Dig. Il a écrit que le créancier est tenu de céder au débiteur son actio ex vendito et à l'aide de cette action mandée (avec transposition de sujets), le débiteur agira contre

comparaison
avec D. 20,5,
pr.

créancier
tenu de
er au dé-

biteur son action ex vendito pour que le débiteur agisse pour se faire livrer la chose conformément à la convention.

Le créancier agira par l'action du gage.

Le débiteur peut revendiquer la chose ou agir contre l'acheteur par l'action in factum.

l'acheteur pour se faire livrer la chose conformément à la convention. L'action cédée est l'*actio ex vendito*. C'est très juridique : le créancier est un vendeur vendeur du gage ; il pourrait agir lui-même contre l'acheteur par l'*actio ex vendito* pour inexécution de la Lex venditionis qui s'incorpore au contrat. Cette action, il est tenu à la céder au débiteur qui paie le prix de la vente (Vazny Bull. p. 78 examine la question sans rien ajouter de nouveau).

Il ne faut pas négliger les additions faites dans les interpolations sans doute préjustiniennes.

1°- Elles nous apprennent d'abord que l'opinion de Julien avait été confirmée par les Rescrits et était devenue ainsi de jurisprudence.

2°- De plus, elles nous apprennent par quelle action le débiteur agira contre le créancier : par l'*action pignericia*, par l'action du gage. Cela n'a rien de surprenant ; le contrat de gage subsistait toujours entre créancier et débiteur malgré la vente. Donc le créancier peut agir par l'*action pignericia* directe, donnée normalement au débiteur contre le créancier gagiste pour se faire remettre en possession après l'avoir désintéressé.

3°- A la fin du texte, on trouve une interpolation sans doute plus récente. Le débiteur lui-même peut revendiquer la chose ou agir contre l'acheteur par l'*action in factum*. Il peut revendiquer puisqu'il est resté propriétaire, le débiteur qui constitue sa chose en gage ne se dépouillant que de la possession. Il garde la revendication, action réelle qui passe contre les tiers. Ce qui est plus particulier et dénote l'interpolation, c'est que ce débiteur a aussi une action in factum contre l'acheteur. Le cas est facile à prévoir : l'acheteur s'est dessaisi de la chose ; la revendication n'étant pas possible, on a contre lui l'*action in factum* en dommages-intérêts. Mais, dira-t-on, la revendication est possible contre celui qui a cessé de posséder "par dol" (ou contre celui qui s'offre au procès). Quid si le possesseur a cessé de posséder sans dol ? L'*action in factum* servira contre lui.

Ainsi la lex venditionis a été obligatoire dès l'époque classique, quitte à ce que sa sanction soit étendue à l'époque préjustinienne. Dans le premier cas, il s'agissait de l'intérêt du locataire, dans le deuxième de l'intérêt du débiteur gagiste. Ce sont des tiers au profit de qui, en raison de leur intérêt, les Romains ont su faire plier la règle de la nullité de toute convention à l'égard des tiers.

Section VLa sous-entreprise.

L'hypothèse a déjà été prévue dans la Section § 2, à propos d'un texte concernant la stipulation et le contrat de louage d'ouvrage à la fois : Ulp. 49 ad Sabin. D. 45.1.38.21. La finale de ce paragraphe concerne le cas de sous-entreprise réalisée par voie de louage : "item si quis id locaverit faciendum quo ipse conduxerit ; constat habere eum utilem ex locato actionem : de même si quelqu'un a loué (baillé) quelque chose à faire qu'il avait lui-même pris à charge, il est constant qu'il a l'action utile du louage". L'entrepreneur est conductor par rapport au propriétaire et locator par rapport au sous-entrepreneur, il a donc l'action utile ex locato contre le sous-entrepreneur. Le texte tout entier est interpolé, c'est une interpolation préjustinienne beaucoup plutôt qu'une interpolation des commissaires, la nécessité a poussé le droit du Bas-Empire à reconnaître à cet entrepreneur l'actio locati utilis. Dans la dernière section, on verra, en effet, qu'on n'a pas attendu Justinien et ses commissaires pour donner des actions utiles.

Section VI.Le sous-dépôt.

Le texte fondamental que ne cite pas Girard est Paul. Sent. 11.12 De dep 8 : Collat Leg. Rom. et Moais X, de deposit. 7 § 8 : Si quis rem penes se de- positam apud alium depo- suerit, tam ipse directam, quam is qui apud eum de- posuit utilem actionem depositi habere possunt. Si quelqu'un a déposé chez autrui une chose déposée peut avoir l'action directe de dépôt que celui qui a déposé chez lui peut avoir l'action utile de dépôt.

Primus avait déposé une chose chez Secundus. Secundus la dépose à son tour chez Tertius. L'action de dépôt sera donnée tantôt sous la forme directe, tantôt sous la forme utile : lui-même, Secundus, a contre Tertius l'action directe ; il a fait un contrat de dépôt (en réalité le sous-dépôt). Mais, et ceci

Paul Senten-
ces II, 12, 8.

Le casus.

nous intéresse davantage car c'est une nouveauté en droit romain : Primus, le premier déposant aura également une action de dépôt contre Tertius le sous-dépositaire, l'action utilis depositi. (c'est un cas analogue à la sous-entreprise). Primus était un tiers par rapport au dépôt de Secundus à Tertius, cela n'empêche pas qu'il aura l'action utile contre Tertius. La solution est nette, c'est une dérogation évidente à l'ancien droit, une dérogation à "la règle générale", comme disait Thalélée. Mais de quand date-t-elle ?

1° - Le passage n'est pas visigothique puisque le passage se retrouve dans la Collatio.

2° - d'autre part, il n'est pas sûr que le passage soit de Paul et que l'action utile existe de son temps, bien qu'il s'agisse des Sentences de Paul.

Il est plus probable que ce passage est du compilateur des Sentences plutôt que de Paul, car il est reconnu aujourd'hui que les Sentences, dans leur état actuel, ont bien un fonds paulinien, mais sont une compilation postclassique. (Cf. Lauria, Ricerche su Pauli Sententiarum Libri". Annali della Universita di Macerata, T. VI, 1930, p. 33-108 et Ernst Levy Paulus und der Sentenzen Verfasser - Z.S.S., 50, 1930, 272-294).

Ce qui fait croire que l'action utile de dépôt n'est pas classique, c'est qu'elle est inconnue même de Dioclétien et Maximin (C. III. 42.8. supra. Section II § 2). Il est vrai que les hypothèses sont différentes : dans la Loi 8, un pacte de restitution existait. Ici, pas de pacte. Faut-il croire que l'existence du pacte pour autrui a gêné les Empereurs à cause du principe de la nullité du pacte pour autrui, alors que le compilateur des Sentences n'est gêné par rien ? On peut s'imaginer que l'action utile était une sorte d'action oblique : Primus exercerait à titre utile l'action de Secundus son débiteur contre Tertius. Mais l'action oblique paraît inconnue du Droit classique. En tout cas l'action utile est au moins postclassique, renseignement historique à retenir.

L'action utile de dépôt n'est pas classique.

DEUXIÈME PARTIE.

LES PROCÉDES TECHNIQUES

D'ELARGISSEMENT

DES OBLIGATIONS.

Chapitre I

LE DROIT CLASSIQUE.

L'élargissement des obligations s'est opéré dès l'époque classique sous des formes diverses. Puisque à l'époque classique règne la procédure formulaire, l'élargissement s'est opéré sous les espèces de formules.

1° - Nous avons vu l'élargissement dans des cas très rares se produire par le développement interne de l'obligation ancienne. Alors la formule qui conviendra sera la formule directe de l'action, la formule du dépôt s'il s'agit du dépôt irrégulier.

2° - Pour la grande majorité des cas, il a fallu élaborer des formules nouvelles (les formules directes n'étant pas applicables), puisque la jurisprudence sanctionnait des éléments nouveaux qui s'ajoutaient aux éléments essentiels du contrat.

Puisqu'il s'agit de sanctionner des éléments nouveaux, la formule ne peut plus être une formule directe. Il y faut des modifications concernant soit les personnes au point de vue actif ou passif, soit des éléments nouveaux de l'obligation.

Les formules extensives ont été tantôt des formules fictives, tantôt à transposition, tantôt des formules utiles (et de même en dehors du domaine des obligations).

Aucune difficulté quant aux actions fictives,

Dans la majorité des cas il a fallu imaginer des formules nouvelles.

Actions fictives et formules à transposition.

actions utiles.

ni sur les formules à transposition. Au contraire, les Manuels sont très brefs sur l'action utile.

La vérité, si les manuels ne donnent pas de renseignements sur la nature et la notion d'action utile, c'est que la question est encore obscure. Le sujet avait été abordé par M. Bortolucci "Actio utilis" fascicule 1, Modène 1909. Il montre bien l'obscurité qui règne encore sur la question, mais il ne l'a pas dissipée. Il n'a tranché qu'une question qui était du reste importante, mais était une question préalable : l'origine justinienne de nombreuses mentions de l'actio utilis dans la codification justinienne.

Comme il existe certainement déjà aussi des actions utiles classiques, des formules utiles, à quelle idée répondent-elles ?

Plusieurs systèmes ont été proposés. M. Bortolucci les repousse sans donner le sien propre. Les deux conceptions les plus suivies sont celles-ci :

1° - L'un repose sur le contenu matériel de l'actio utilis. C'est le système de Muehlenbruck (sur la cession d'actions) adopté par nombre d'auteurs. L'action utile est une extension de la synthèse d'application d'une action existante. Cela est évident.

2° - Un autre système (Keller) et beaucoup d'auteurs s'attachent à la forme et déclarent que l'actio utilis se définit "celle qui, en dehors des formules de l'Edit, comporte les changements nécessaires à la protection juridique des cas nouveaux".

Ces deux systèmes soulèvent des objections (V. Bortolucci).

Essayons de voir plus loin. D'abord le mot utilis en droit romain, a deux sens : il s'emploie très souvent pour dire une "action efficace" par opposition à "inefficace", inutilis. Il s'emploie aussi dans le sens d'action étendue.

A propos de ce dernier sens, le seul intéressant ici, M. Collinet croit que les jurisconsultes romains ont pris le terme utilis dans un sens très large, et que ce terme utilis est plus récent que les formules qu'il désigne. C'est un terme général et doctrinal couvrant les formules modifiées par rapport aux formules types, une étiquette comme la capitis deminutio dans le système de M. Desserteaux. Les auteurs s'égareront quand ils veulent y voir un terme ancien correspondant à une catégorie très nette d'actions.

Mais encore à quoi l'épithète utilis peut-elle correspondre ?

L'épithète utilis couvre toutes les actions

Le terme *actio utilis* couvre toutes les actions du droit nouveau qui comportent une modification des formules de l'Edit.

L'action décretale n'est pas toujours fictice.

Renseignements fournis par Gaius.

du droit nouveau, à savoir toutes les actions qui ont été reconnues à partir des Veteres, puisque déjà P.Rutilius Rufus a créé de nouvelles formules. Le terme s'appliquerait donc à toute formule qui contient une modification d'une formule directe de l>Edit (par opposition à l'action *in factum* qui postule une création de formule sans modèle). L'action utile couvre des formules nouvelles, qu'elles soient prévues par l>Edit ou qu'elles ne le soient pas. Si elles sont prévues par l>Edit, ce sont alors des actions édictales ; si elles ne le sont pas ce sont des actions décrétale proposées par les prudents et agréées par le préteur.

C'est, semble-t-il, revenir au système de M. Riccobono. Mais non. M. Riccobono, qui a étudié spécialement les actions fictives, rapporte tout à elles. Il considère que l'action décretale est nécessairement une action fictive. Non, l'action décretale peut être fictive ou ne pas l'être. L'action fictive est celle qui contient une fiction, celle-ci correspondant toujours à un droit ; il n'y a pas de fiction de fait. On construit une formule fictive quand il faut introduire une qualité nouvelle (Par exemple si c'est un Péregrin qui agit : "si civis romanus esset" quand s'agit de la publicienne on imagine que le demandeur a possédé pendant un an ou deux ans. S'il avait possédé un an, il aurait la revendication, on feint qu'il a possédé pendant le délai). Mais toute action utile n'est pas une action fictive. Ainsi les textes donnent à l'époque classique l'*actio commodati utilis* : celle-ci ne contient aucune fiction, on étend le *commodat* à tel cas qui n'a pas été prévu par les anciens. L'action utile présente une grande différence avec l'action directe : l'action directe compète et l'action utile ne compète pas, elle doit être accordée par le préteur : *danda est, dabitur decernenda est....* Mais par interpolation (P. Kruger), les textes ont été modifiés pour dire qu'elle aussi compète.

Ces observations répondent aux objections faites à Keller et ceci en conformité avec les idées de Gaius.

1° - Gaius nous montre que des formules utiles existaient dans l>Edit, par exemple Gaius II,253 : actions utiles en vertu du S.C. Trébellien ; Gaius IV. 36, formule de l'action publicienne. Ces exemples redressent Keller qui disait que les actions utiles sont celles qui existent en dehors de l>Edit. La vérité, c'est que l'action utile est celle qui contient des modifications à l'action normale, qu'elle soit ou non dans l>Edit.

2° - Gaius IV, 38, appelle *actio utilis* l'action fictice donnée *rescissa capitis deminutio*, preuve que le terme *utilis* n'est pas, dans la pensée de Gaius, un terme étroit. Les actions utiles ne forment pas une catégorie spéciale d'actions, comme les actions fictives, comme les actions *in factum* ou celles avec transposition de sujets. Le texte de Gaius prouve que le terme *utilis* couvre des actions fictives. On peut donc à juste titre maintenir la distinction entre action utile et action fictive. Tandis que dans le système de M. Riccobono, action fictive et action utile se confondraient. Il y a lieu de maintenir la distinction parce que si toutes les actions fictives sont des actions utiles, toutes les actions utiles ne sont pas des actions fictives.

Au reste, le sens général de Utilis se comprend. Une action qui sert, qui a une utilité, que veut dire cela ? Les textes nous l'apprennent. Ils disent : Ulp. 3I ad. Edict. D. XVII. 1, 6, 7 in fine : Quae sententia utili- Cette décision correspond à tati rerum consenta- l'utilité des choses. nea est.

Ou bien -expression fréquente- l'action est concédée "utilitatis causa". Certes, cela va de soi, cependant l'utilité des choses, l'utilité tout court, cela répond à un concept. Ce concept est celui du besoin de la pratique. Une chose utile est une chose dont on se sert dans la pratique. Ce besoin de la pratique correspond toujours à un progrès dans l'Economie, à un progrès dans la reconnaissance des relations humaines, commerciales ou civiles, mais aussi dans les idées. Le besoin économique se fait sentir le premier, il n'est pas toujours satisfait tout de suite par le droit, car le droit est toujours en retard. Le progrès se manifeste ensuite par la sanction juridique. Ce progrès qui fonde l'action utile répond à la notion bien connue d'équité qui domine le progrès du droit dans tous les temps : exemples : C.V. 14.7 supra "ex aequitate", C. III, 42, 8 supra propter aequitatis rationem. Sans prononcer toujours le mot d'équité, les Romains ont tout de même l'idée dans l'esprit; Ex : F. V. 286 Supra : benigna juris interpretatione (La formule revient souvent) Une interprétation de droit qui est bienveillante, n'est-ce pas la définition commune, mais exacte, de l'équité ?

L'utilité, c'est donc le besoin de la pratique satisfait sur la base de l'équité dans l'interprétation bienveillante du Droit.

Il faut distinguer les actions *in factum* des

Une action utile est une action qui satisfait un besoin nouveau de la pratique.

utilité est le besoin de la pratique satisfait sur la base de l'équité.

distinction

des actions
in factum et
des actions
utiles.

actions utiles. En effet, le terme actions in factum indique par lui-même très bien ce qu'il est, comme le terme action fictice. L'action in factum est celle créée sur la base d'un fait. L'action in factum est toujours sans modèle, elle est créée en quelque sorte ex nihilo. L'action utile a sa base dans le droit, puisque la formule utile a toujours un modèle dans une action préexistante, sanctionnant un droit. Toutes les actions utiles sont in ius.

Disparition
des actions
fictives.

Les moyens techniques d'élargissement des obligations restent en principe, les mêmes dans le droit byzantin que dans le droit classique.

Persistiance et
multiplica-
tion des ter-
mes actions
utiles et ac-
tions in fac-
tum.

Les actions fictives seules ont disparu de la codification Justinienne, parce que liées intimement à la formule. Or, comme il n'y a plus de formules sous Justinien, il n'y a plus d'actions fictives.

Explication :
les juriscon-
sultes qui
veulent élar-
gir le droit

A part cela, les procédés techniques sont les mêmes. C'est un fait dont on ne peut pas ne pas être frappé. Les actions utiles et les actions in factum étaient liées aussi à la structure de la formule et correspondaient à des formules spéciales. Il semble donc, à première vue, que l'expression action utile ou action in factum aurait dû disparaître dans la compilation comme les actions fictives. Cependant, il n'en est rien. D'une part, les actions utiles et les actions in factum du Droit traditionnel persistent. Mais de plus les deux catégories ont proliférés dans les sources postclassiques et dans la codification de Justinien. Le fait est facile à démontrer : 1° - on trouve dans les lois personnelles de Justinien des mentions assez fréquentes de l'action utile et de l'action in factum. 2° - On trouve de nombreuses interpolations qui introduisent l'action utile dans les textes classiques qui ne la contenaient pas, interpolations qui marquent le progrès du droit à l'époque postclassique ou justiniennne. (M. Bortolucci a bien souligné que l'action utile était un procédé familier aux Byzantins p. 19-20, 53).

Le phénomène s'explique par deux raisons :

1° - Une raison de fond. Il n'est pas douteux aujourd'hui que les jurisconsultes postclassiques ou préjustiniens, les Empereurs et Justinien lui-même, c'est-à-dire tous ceux qui ont élaboré du droit nouveau entre le IIIème et le VIème siècles, ont voulu

stent sou-
ls au concept
'action.

étendre le domaine des rapports de droit. Cela sous l'influence croissante de la notion d'équité qui, sans doute, n'est pas une création byzantine, mais n'est pas non plus particulière au droit de la fin de la République ou du commencement de l'Empire.

Ces créateurs de droit nouveau restent toujours soumis au concept d'action, quoique le concept de "droit" fait des progrès. (Quelquefois, là où les classiques employaient *actio*, les interpolations montrent qu'on disait *obligatio*). Le triomphe du droit sur l'action ne se produira qu'au moyen âge et aujourd'hui.

Les créateurs de droit des IIIème au VIème siècles réalisent donc leurs extensions sous forme d'actions. Ils restent soumis également à l'influence des jurisconsultes classiques. Leurs guides sont toujours les Anciens dont ils lisent les idées dans les livres qu'ils commentent. Les Anciens restent pour ces jurisconsultes des modèles (inégalés sans doute). Cela étant, les instruments de leurs réformes vont être ou l'action utilis ou l'action *in factum* (suivant les cas). Comment du reste les auraient-ils exprimées autrement ? Ils se sont servi des termes existants : action utile, action *in factum*.

Toutefois, ces expressions ne pouvaient plus avoir pour eux le même sens que pour les classiques. En droit classique, dans la procédure formulaire, l'action utile ou l'action *in factum* se réfère toujours à une formule spéciale, adéquate. La nature de l'action en droit classique est formulaire, l'action est de nature formelle. Elle ne peut exister que dans une formule. A partir du IIIème siècle, règne la procédure extraordinaire, dont on a cherché le critère dans bien des directions, mais dont le plus simple est de dire que c'est une procédure sans formule.

En conséquence, la nature de l'action ne peut plus être une nature formelle, quoique toute procédure soit formaliste ; l'action (Longo, *Natura actionis*) est alors de nature substantielle. A la forme, s'est substitué le fond, le contenu.

En conséquence, puisque les formules ont disparu qui caractérisaient chaque action et distinguaient les catégories d'actions, on peut dire que dans la procédure extraordinaire, il n'y a plus qu'une Action comme aujourd'hui. Au point de vue de la nature (mais non des conditions d'exercice) dans la procédure extraordinaire, il n'y a plus qu'une Action. Elle porte des noms particuliers (aujourd'hui encore revendication, etc.) selon les cas et en particulier dans le cas d'extension du droit on dira *actio utilis*, *actio*

ture for-
elle de l'ac-
on classi-
ue.

ture subs-
tentielle de
action dans
procédure
extraordinaire.

in factum. Mais ce ne sont que des noms particulier qui ne correspondent à rien de particulier dans l'action.

On a gardé ces noms par un besoin scientifique.

Pourquoi a-t-on conservé ces noms ? C'est une nécessité de l'esprit humain que d'appeler les chose par un nom ; du IIIème au VIème siècle, cette nécessité est d'ailleurs plus théorique que pratique ; mais elle est même d'ordre scientifique et doctrinal (ce qui va à l'encontre de la thèse que c'est la pratique qui a agi surtout) ; car nous savons qu'au point de vue pratique n'existe plus de distinction entre actions directes et actions utiles. C'est ce que dit le texte fondamental et interpolé de Paul I Sent. D. III. 5 de Neg. Gest. 46 (47), 1,

Le mot d'actio utilis s'appliquait autrefois des réalités, à des formules spéciales. En droit post-classique, il n'est plus qu'un nom particulier de l'Action.

On conserve également les noms parce qu'il faut faire connaître au défendeur l'action demandée.

2° - Raison de procédure. - L'action que le demandeur intente doit être connue du défendeur. Par quelle de la procédure ? M. Brugi a cru que le nom de l'action figurait dans le Libelle. M. Collinet a essayé de démontrer que le nom de l'action ne figurait pas dans le Libelle, mais qu'il figurait autre part. Le § I du Catalogue grec antéjustiniens de Actionibus dit quand on envoie le libelle (au défendeur) il faut lui communiquer le nom de l'action. On le lui fait contre lors de l>Editio actionis (extrajudiciaire) (Cf. Etudes Tome IV) Or, lorsqu'il s'agira de signifier défendeur que l'action intentée contre lui est une action en dehors de la normale, une action fondée sur l'équité, comment la lui désigner ? S'il s'agissait d'une action ancienne, ce serait très simple : j'intente contre toi la revendication, l'hypothecaria. Comment indiquer qu'on intente l'action nouvelle ? Il faut bien recourir à l'expression traditionnelle ou à une expression calquée sur celle et dire par exemple actio ex empto utilis. C'est une nécessité procédurale qui a accompagné la nécessité doctrinale et toute deux ont fait que les termes action utilis, action in factum se sont maintenus, ont proliférés même alors que les actions fictives, bien qu'utiles, ont disparu.