40

Faculté de Droit de Toulouse.

DROIT ROMAIN.

DES PACTES.

DROIT FRANÇAIS.

PRINCIPES DE L'OBLIGATION NATURELLE.

DISSERTATIONS

POUR

LE DOCTORAT

Présentées à la Faculté de Droit de Toulouse,

PAR

M. Alban DUFAUR.

40

TOULOUSE,

TYPOGRAPHIE BAYRET-PRADEL ET COMPe,

RUE PEYRAS, 12.

1856.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

GARRIGOU

Considérations générales.

La théorie romaine des pactes se présente à notre étude comme un des principaux résultats de cette œuvre de refonte législative entreprise par l'Édit prétorien et continuée par les Constitutions ; œuvre qu'a nécessité de bonne heure l'esprit de réaction dirigé par la raison et la philosophie contre le formalisme juridique des premiers temps. On sait toute l'habileté qu'apportent les magistrats romains à concilier le respect des traditions avec les exigences des idées régnantes. A ces époques où la loi des XII Tables est l'objet d'une vénération profonde chez un peuple qui professe la religion des souvenirs, songer à renverser le monument décemviral aurait passé aux yeux de tous comme une espèce de profanation. Bien au contraire, en opérant ses réformes, le Préteur a soin de placer le texte sacré à une hauteur où l'on peut le croire inaccessible à toute atteinte (1). Aussi les institutions fondamentales du Droit quiritaire, le domaine, les successions, les obligations, survivront-elles à l'apparition des Édits, dans tous leurs caractères primitifs : seulement, au-dessous du *dominium*, on institue la propriété du Droit des gens ; indépendamment de l'hérédité, on consacre la possession de biens, et, sans nuire, du moins en apparence, à l'ancienne obligation romaine, au *nexum* et à ses dépendances, toujours en vigueur, on élève insensi-

(1) Bravard Veyrières, *De l'étude du Droit romain*, p. 199 et 200. —Le droit anglais consacre certaines pratiques qui rappellent ce mode de procéder des Préteurs.

blement un système complet d'obligations prétoriennes; pièce à pièce, un nouvel édifice légal prend place à côté de l'ancien (1), de telle sorte qu'en suivant les vicissitudes du Droit romain depuis la création du Préteur jusqu'aux règnes de Trajan et d'Adrien, on voit se produire deux législations parallèles : l'une descendant des temps antiques et tirant sa force de son ancienneté; l'autre d'une source plus récente, qui n'en réussit pas moins à rivaliser d'autorité avec la première. Pendant ce long intervalle, chacune d'elles vit et se meut dans sa sphère propre; mais le régime impérial tend à les rapprocher, à confondre de plus en plus leurs éléments hétérogènes, par l'action d'un troisième élément qui paraît avec lui, et qui deviendra une des sources les plus fécondes du Droit romain : les rescrits du prince, ou les Constitutions.

Ces inductions historiques, faciles à vérifier dans la plupart des matières dont s'occupent les lois civiles de Rome, s'imposent surtout avec la dernière évidence dans l'étude des Obligations et des Pactes.

Dérivations plus ou moins directes de l'antique *nexum*, les modes de contracter organisés par le Droit n'étaient efficaces qu'après l'accomplissement des formalités réelles, verbales ou littérales qui donnaient la vigueur civile au consentement. Dans quatre cas, il est vrai, la simple volonté fut reconnue suffisante pour parfaire le contrat; mais cette concession à de nouvelles

(1) Cujas soutenait que le Préteur s'est posé en législateur en vertu d'une usurpation; d'autres veulent qu'il ait reçu une mission expresse. Au moins doit-on tempérer la version de Cujas par les mots qu'ajoute Vinnius : « non obnitente populo. » (V. Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, tome I, p. 179.)

idées, qui probablement avait dû coûter de grands efforts, était bien loin de répondre à toutes les nécessités de la vie sociale. La vente, le louage, la société, le mandat jouissaient seuls du privilége de l'action, en dehors de ce qu'on appelait les *causæ civiles*, c'est à dire les faits matériels qui rapprochés des conventions, leur donnaient l'existence civile, faits résultant, répétons-le, de la tradition, de la parole et de l'écriture.

Les quatre conventions favorisées étaient synallagmatiques : l'expérience en fit découvrir une multitude d'autres, synallagmatiques comme elles, mais dont la nature un peu vague échappait à toute définition rigoureuse. Pour les naturaliser dans le Droit on essaya de leur trouver des points de contact avec des conventions déjà pourvues d'un nom et d'une action, notamment avec la vente et le louage. Cette combinaison quelquefois juste, en d'autres cas un peu forcée, amena la formation des contrats *innommés* et l'introduction de l'action générale *præscriptis verbis*. L'exercice de ce nouveau moyen de contrainte destiné aux contrats innommés était soumis à la condition de l'exécution de l'engagement par l'un des contractants, et c'est sur ce point que ces contrats, assimilés sous bien des rapports aux contrats consensuels, venaient participer de la nature des contrats réels (1). Certains auteurs ramènent leur origine à l'interprétation des Prudents, qui formait à Rome une sorte de jurisprudence civile. La *disputatio fori* aurait admis que plusieurs conventions sans action à leur naissance deviendraient obligatoires par le fait de leur

(1) Loi 7, § 2, Dig., *de Pactis* (II, 14). — V. sur cette loi Cujas, *ad h. t.* (tome I de ses œuvres).

exécution partielle, ce qui (d'après les mêmes esprits) devrait faire adopter pour ces conventions le nom de *pacta re perfecta* au lieu de l'expression reçue. — Une opinion plus accréditée nous montre les contrats innommés institués à Rome dès avant les lois décemvirales, qui les auraient consacrées dans le Fragment connu : « *Rem ubi paigunt ratom estod* » (1). Quoiqu'il en soit, un trait caractéristique qu'il ne faut pas oublier à leur sujet c'est que celui des contractants qui a exécuté sa part de l'obligation réciproque est le maître de requérir la dissolution du contrat à l'aide d'une *condictio* appelée *ob causam datorum*, si mieux il n'aime le voir parfaire en poursuivant l'exécution de l'obligation de son co-contractant par l'action *præscriptis verbis* (2).

Nommés et innommés les contrats possèdent, comme on le voit, le nerf légal de tout engagement : l'action ; c'est précisément ce qui les distingue des pactes, ces conventions méconnues par le Droit civil. Les contrats et les pactes sont donc à la convention ce que l'espèce est au genre, et ce n'est que par l'effet d'une habitude d'insister sur l'idée, familière, ce semble, aux légistes de tous les temps, qu'on juxtaposait d'ordinaire ces deux mots : *pactum conventum* (3).

(1) Hugo, *Histoire du Droit romain*, tome I, p. 125. — Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 156.

(2) Loi 5, pr. et §§ suiv., D., *de Condict. causa dati*. — Heineccius, *Antiquit.*, lib. III, 14, § 4.

(3) « Pactum conventum idem est quod pactum initum et factum et emphasim habet quasi velit dicere jurisconsultus pactum conventum, id est pactum conclusum inter partes. » (Rebuffe, *Comment.*, tome I, ad tit. *de Pactis*.) — L'expression *pactum* elle-même prenait quelquefois autant d'extension que celle de *convention :* ainsi dans la phrase : « non nudis pactis, sed traditionibus dominia rerum transferuntur. »

Les pactes, à l'origine, étaient abandonnés à l'entière bonne foi des contractants. Mais quand le Droit quiritaire se détendit de sa rigueur primitive, sous la double influence du Préteur et des jurisconsultes, on s'occupa de relever aux yeux de la loi quelques-uns de ces modes d'expression du consentement auxquels elle avait fermé son refuge tutélaire. Ainsi, la doctrine fit admettre que les pactes annexés à des contrats donneraient lieu, dans certaines hypothèses, à la même action que les contrats eux-mêmes : ce fut le principe des pactes joints.

On avait fait au Droit civil, à Rome, des conditions d'amélioration et de progrès trop favorables pour qu'il dût s'arrêter dans cette voie. Il y avait certaines conventions que les entraves juridiques des *causæ civiles* empêchaient souvent de naître, et dont les tendances de l'époque (1) demandaient l'affranchissement. Le Préteur, de son autorité propre, les appela au bénéfice de l'action, et rendit inutile sur ce point le rôle de la tradition, de la parole ou de l'écriture. Dès ce moment, la nomenclature légale des conventions obligatoires s'enrichit de la classe nombreuse des pactes prétoriens. Il est à remarquer que le nom de contrat fut écarté, sans doute pour ne pas mettre en éveil l'ombrageuse susceptibilité des Romains à l'endroit des traditions, qui aurait pu se trouver froissée d'une extension trop directe des règles de la matière, telles que les avaient promulguées la loi des XII Ta-

(1) Nous nous plaçons dans la 2me période de l'histoire du Droit romain, des XII Tables à Cicéron.

bles, en les empruntant peut-être à Servius Tullius (1).

Ces innovations successives dans la théorie des pactes conduisit la doctrine à séparer les pactes qui en étaient l'objet (les *pacta adjecta* et *prætoria*), de la vaste agglomération que formaient les autres, lesquels, dépouillés d'action, reçurent le nom de pactes *nus*. Néanmoins sur ces derniers s'étendit encore, mais à un moindre degré, l'influence prétorienne. Les pactes nus, en l'honneur du Droit naturel dont ils exprimaient les obligations, à défaut d'un moyen immédiat de contrainte, purent fournir matière à des exceptions. Les paroles de l'Édit, que le Digeste nous a transmises, sont remarquables et vont même au-delà du sens qui leur est généralement attribué : « *Pacta... servabo.* » Les auteurs n'interprètent, pour la plupart, ce passage d'Ulpien, qu'en le terminant dans leur pensée par les mots suivants : « *per exceptionem* » (2).

Le Droit impérial devait à son tour porter son contingent de réformes à la législation sur les pactes. Certaines conventions, qu'avait laissées à l'écart le Droit prétorien, telles que la donation et la constitution de dot, ne tardèrent pas à devenir, par la force des lois nouvelles, de véritables contrats, moins le nom (3). Déjà, depuis l'œuvre du Préteur, le signe caractéristique du contrat romain ne ressortait pas de l'action at-

(1) « Leges de contractibus et injuriis rex Servius Tullius tulit quas comitiis ratas fecit. » (Denys d'Halicarnasse, *Antiq rom.*, chap. IV.)

(2) Cujas, ad tit. *de Pactis*. — Noodt, *de Pactis et transactionibus*, liber unic., cap. X. — J. Voët, *ad Pandectas*, ad leg. 7, *in h. t.*

(3) La *condictio ex lege* s'éleva pour leur donner sanction... L. un., D., *de Cond. ex leg.*

tachée à l'obligation qui en découlait, mais bien plutôt de la circonstance historique que cette action avait pris racine dans la première assise du Droit civil. Le cercle des contrats s'étant rigoureusement fermé, il n'y eut pas d'inconséquence à ce que la langue romaine continuât d'appeler toujours des pactes, les conventions d'abord déshéritées auxquelles le Préteur ou les Empereurs avaient ultérieurement ouvert une action (1).

Ce coup d'œil rapide sur l'histoire du Droit justifie suffisamment la division suivante, que nous avons adoptée pour notre travail : les pactes munis d'une action, — nous repoussons la métaphore quasi-barbare de *pacta vestita*, — et les pactes nus; les premiers subdivisés en pactes joints, prétoriens, impériaux ou légitimes.

(1) Haubold sur Heineccius, *Antiq. rom.*, lib. III, tit. 14. D'après cet auteur, avant la promulgation de l'Édit, « variis artibus eludebantur pacta crebræque in foro erant disputationes de conventionibus pactorum, an in numero contractum essent referendæ. » — C'est à quoi fait allusion Plaute (*Aulul.*, act. II, sc. 2), quand il met ces vers dans la bouche d'un de ses personnages :

« At scio quo vos soleatis pacto perplexarier
Pactum non pactum est, non pactum pactum est, quod vobis lubet. »

PREMIÈRE PARTIE.

DES PACTES *NON NUS*, OU REVÊTUS D'UNE ACTION.

CHAPITRE PREMIER.

Pactes joints aux Contrats.

Les pactes formant l'annexe des contrats, parmi lesquels nous nous proposons de passer en revue ceux que vulgarisa le plus la pratique romaine, sont dans leur nature propre, de véritables conditions quand leur réalisation se subordonne à un évènement futur et incertain; ou seulement des modes s'ils ne contiennent qu'une charge pour l'un des contractants. Quel que fût leur caractère, les Romains prenaient toujours soin de les séparer des conventions auxquelles la volonté des parties les incorporait, et bien que cette analyse ne laissât pas d'être dans certaines espèces une tâche assez délicate, elle offrait une grande utilité puisque le Droit, ainsi que nous allons l'observer tout à l'heure, réglementait différemment ces sortes de conventions accessoires selon qu'on les avait apposées à des contrats de Droit strict ou de bonne foi; selon qu'elles étaient conclues, soit en même temps que les conventions principales, soit à une époque ultérieure.

En consacrant à l'étude de ces pactes deux sections que nécessite la division des contrats de bonne foi et de droit strict, nous nous proposons d'examiner, sous l'une et l'autre rubrique, la question de la concomittance du pacte avec le contrat principal et celle de sa formation après coup.

SECTION PREMIÈRE.

Pactes joints aux contrats de bonne foi.

Le siége de la matière que nous abordons est la loi 7 du titre du Digeste, *de Pactis* (liv. II, 14), autour de laquelle viennent graviter quelques textes de moindre importance (1). Les principes qu'elle expose sont tirés d'un ouvrage fondamental d'Ulpien, qui doit avoir ici la plus grande autorité. Notre Fragment distingue très nettement les pactes joints *in continenti*, c'est à dire nés avec le contrat lui-même (2), de ceux qui, formés postérieurement au contrat, sont connus dans la doctrine sous le nom de *pacta ex intervallo*. Or, tous les pactes ajoutés *in continenti*, sans exception aucune, sont assimilés au contrat qui les reçoit. Qu'ils en modifient les éléments essentiels ou accidentels, ils en font partie intégrante : une seule et même action protége à la fois l'exécution du contrat et du pacte, et cette action est celle que le contrat doit produire dans les circonstances ordinaires. Telle se formule la règle, mais rappelons bien que nous n'en cherchons l'application actuellement que dans l'hypothèse des conventions de bonne foi (3).

(1) Notamment la l. 58, *h. t.*; — la l. 24, D., *Depositi vel contrà*, que nous retrouverons plus bas; — la l. 72, pr., D., *de Emp. vend.*

(2) Plusieurs commentateurs, Noodt entre autres (*de Pactis et transact.*, cap. XI), laissent à la discrétion du juge la question de savoir si un court intervalle fait sortir le pacte de la classe des *pacta in continenti*. Donneau (*ad Cod.*, tit. *de Pactis*), soutient que la coïncidence du contrat et du pacte est rigoureusement nécessaire.

(3) Il paraîtrait pourtant indispensable pour l'extension de l'action de bonne foi au pacte *in continenti*, que ce dernier eût un rapport direct avec la convention, sous peine de retomber dans les *pacta nuda*. Voilà comment s'expliquent la loi 7, D., *de Servis exportat.*, et la loi 11, D., *de Religiosis*.

Les docteurs du moyen-âge ont agité longtemps la question de savoir si l'action *præscriptis verbis*, instituée pour les contrats innommés, était applicable au pacte *in continenti* concurremment avec l'action du contrat lui-même? Alciat (*Paradox.*, lib. v) et Conanus (*Comment. Jur. civ.*, cap. II, n° 7), combattaient cette extension. L'action *præscriptis verbis*, disaient-ils, est un recours extraordinaire que n'appelle pas le pacte, déjà couvert par l'action du contrat. D'autres légistes, Bartole, Duaren (ad. l. 7, *de Pact.*), et Fachinæus (*Controvers. Juris*, lib. II, cap. 49) soutenaient le contraire, et leurs arguments paraissent avoir plus de résistance. D'ailleurs, quelques textes assez explicites militent en faveur de leur opinion.

Les choses changeaient de face si le pacte au lieu de faire concorder sa formation avec celle du contrat, n'apparaissait qu'au bout d'un certain intervalle. Dans le premier cas, deux opérations se produisaient sans doute, mais à la faveur de l'unité de contexte qui reliait le pacte au contrat, l'un rentrait dans l'autre et l'on ne voyait plus qu'un acte complexe dont tous les éléments demandaient leur défense au même droit sanctionnateur. Aussi est-ce avec raison qu'Ulpien, au Fragment précité, pouvait dire à propos de l'influence du pacte *in continenti* sur la convention, qu'un tel pacte donne la loi au contrat, *dat legem contractui*. Mais dès que le contrat et le pacte se constituaient à des époques différentes, qu'ils avaient un point d'existence séparé, l'idée de leur confusion se présentait moins aisément à l'esprit. Alors, des distinctions furent admises : on proportionna la force civile du pacte ajouté *ex intervallo* à la gravité de la modification qu'il appor-

tait au premier contrat. Un langage tout spécial vint servir cette combinaison : Les corollaires que la loi eût fait découler de la nature du contrat étaient-ils modifiés par le pacte ultérieur? on disait : *detrahitur contractui;* au contraire, le pacte réglait-il des points qui n'eussent pas été la conséquence du caractère légal de la convention? on en résumait ainsi les effets : *adjicitur contractui* (1).

A ce point de vue, les pactes qui dans une vente concernaient les arrhes, les cautions, les cas d'éviction, rentraient dans la catégorie des *pacta adjicientia;* et ceux qui s'attaquaient aux choses substantielles de la vente, c'est à dire à l'objet et au prix, altérant la première convention dans ses éléments, la décomposant pour ainsi dire, formaient des *pacta detrahentia.* Mais ces dernières appellations, inventées pour le besoin de la méthode, sont peu romaines et trahissent, comme tant d'autres, l'application de la scolastique à l'enseignement du Droit (2).

Quand la convention principale était atteinte dans sa substance, dans ses parties organiques, par l'effet d'un pacte *ex intervallo,* on ne tarda pas à reconnaître qu'il était nécessaire de se préoccuper d'une modification aussi radicale, sous peine de faire de la loi une application aveugle et inintelligente. Aussi la jurisprudence admit-elle sans contestation que le pacte *detrahens,* même *ex intervallo* devait concorder avec le contrat primitif.

Dès lors qu'arrivait-il? Le pacte devenu ainsi insé-

(1) Mackeldey, *Instit. du Droit romain,* partie spéciale, § 148.

(2) Cujas, *ad leg.* 7, h. t. — Noodt, *de Pact. et trans.,* cap. VI. — Donneau, *Comment.,* ad h. t. — Voët, *ad Pandect.,* ad h. t. — Duaren, Rebuffe, *ibid.*

parable du contrat, ne se bornait plus à fournir au défendeur le bénéfice d'une exception, il influait directement, *ipso jure*, sur l'action, qui ne put être introduite qu'à la condition d'être modelée sur la teneur combinée du pacte et du contrat. Ce n'était pas même toute l'influence du pacte. Le jurisconsulte Ulpien nous montre que la vente conclue peut être anéantie dans ses effets, les choses étant encore entières, par un pacte consensuel postérieur qui empêcherait l'exercice des actions du contrat (*eod. Fr.* 7, § 5); et Nératius renchérissant sur cette solution, affirme que le même acte aurait la même énergie dans le cas où les choses ne seraient plus entières, c'est à dire quand le contrat aurait été réalisé en partie (1).

Comme on le voit, l'autorité légale de ces conventions accessoires que nous étudions sous le nom de pactes joints est toute d'emprunt, et doit se mesurer à celle du contrat auquel elles se rattachent. Leur place à côté de ce dernier les relève en quelque sorte aux yeux du Droit, et leur importance semble croître en raison du voisinage. Ainsi, nés immédiatement après la convention principale, les pactes joints s'introduisent à son ombre au milieu des institutions que la loi reconnaît; formés au contraire à distance, leur valeur est plus douteuse et ce n'est qu'à certaines conditions que le législateur consent à leur prêter son appui.

Avant d'entrer dans les détails de la matière, qu'il nous soit permis d'avancer une proposition que nous a suggéré le rapprochement des lois anciennes et du Droit actuel sur le sujet qui nous occupe. Ces clauses dont le

(1) L. 75, D., *de Empt. vend.* — L. 7, § 6, D., *de Pactis.* — L. 58, h. t. — J. Voet, *ad Pand.*, in tit. *de Pactis*, § 8.

caprice des parties fait l'annexe des contrats, et que la jurisprudence romaine décompose avec tant de soin et de subtilité en leur donnant une individualité propre, ne figurent, en d'autres législations, qu'enveloppées et absorbées dans les contrats eux-mêmes, qui se présentent alors modifiés, suivant les cas, par une condition ou par un simple mode. La division des sources de l'obligation civile à Rome, en contrats de bonne foi et de Droit strict, a pu seule donner crédit au système des pactes joints. Sous l'empire des lois modernes, qui considèrent tous les engagements comme contractés de bonne foi (1), une semblable théorie n'aurait pas de raison d'être. Encore les interprètes du Droit romain ne sont-ils pas unanimes pour apprécier la portée légale des pactes mêlés au contrats de Droit strict. De là naissent de graves débats dont nous réservons l'examen après avoir présenté, dans un tableau aussi succint que possible, les pactes que les textes mettent le plus en relief à côté des conventions de bonne foi.

§ 1er. Pactes joints à la vente.

Le plus grand nombre de ces accessions se produisent dans la société romaine à la faveur du contrat de vente, et nous n'avons aucun droit de nous en étonner. Il est rare que la vente puisse se réduire, dans la pratique, aux caractères généraux que lui assigne la définition élémentaire de la loi, et qu'elle n'emprunte quelque trait particulier aux circonstances qui la font naître.

Les relations commerciales — en donnant à ces mots la plus grande extension — ont besoin pour s'alimenter

(1) Code Napoléon, art. 1134.

de toute espèce d'accommodements, qu'elles cherchent en dehors des données pures et simples des conventions telles qu'on les voit écrites par le législateur. L'institution de la vente, par elle-même, accuse déjà un certain degré de civilisation ; mais tout n'est pas de l'établir : reste encore à la plier aux intérêts multiples des vendeurs et des acquéreurs, aux mille exigences de leur situation respective. Il y aura là un nouveau travail pour la jurisprudence romaine, destinée à progresser bien longtemps encore avant de trouver son point d'arrêt. Pour lui donner l'impulsion la plus vigoureuse, jurisconsultes et Préteurs se donnent la main : les premiers font rayonner dans la science juridique les lumières de la philosophie et du Droit naturel, les seconds s'emparent des théories nouvellement acquises et leur donnent une application qui bien des fois doit alarmer les partisans du Droit quiritaire, peu séduits par le respect nominal dont protestent les magistrats pour l'œuvre des décemvirs.

Le cadre étroit de notre dissertation nous interdit de suivre dans leurs détails les nombreuses annexes admises au contrat de vente, sur lesquelles s'exerce depuis longtemps la sagacité des romanistes de la docte Allemagne (1). Nous ne pouvons même nous flatter d'en dérouler une liste complète ; et si la fréquente application dont deux de ces pactes joints étaient

(1) Il serait difficile d'énumérer toutes les monographies allemandes consacrées aux *pacta adjecta;* citons entre autres : G. L Madihn, *de effectu legis commissoriæ parte pretii soluta,* 1755. — J. Wilkens, *de lege commissoria emptionis,* 1786. — J. Schilter, *de pacto retrovendenditionis.* — Hert, Gœssel, *de vi reservati domini.* — Gottschalk, *de hypotheca reservata.* — J. A. Bach, *de mulcta pœnitentiali,* 1786. — H. Carrard, *de pacto de non alienando...,* etc.

l'objet nous commande d'insister sur leur analyse, nous nous voyons réduits, pour les autres, à donner une idée sommaire de leur principe et de leur résultat.

1. Du pacte commissoire. — Le pacte commissoire, qualifié aussi de *lex commissoria*, remplit un titre du Digeste (liv. XVIII, tit. 4). A l'origine il peut affecter deux contrats : la vente et le gage (1), aussi le retrouverons-nous dans ses rapports avec ce dernier; de là deux manières de définir : l'une générale, l'autre relative à celle des deux conventions qui le reçoit selon l'espèce. En se placant au premier point de vue, on se représente une clause modifiant le contrat principal au point de l'anéantir, si l'un des contractants se permet une contravention à la teneur de l'engagement. Dans son application à la vente, la physionomie du pacte commissoire est plus saisissable. La vente, comme d'ailleurs chaque contrat, implique une loi privée à laquelle les parties doivent rester fidèles; si donc l'une d'elles agit en opposition avec le texte ou l'esprit de cette loi librement consentie, l'autre partie, dans les cas ordinaires, est recevable à demander par toutes les voies juridiques la réparation du préjudice que lui cause cette violation du traité; et celui-ci, remis à la garde de la justice, recevra son entière exécution. Mais proposons l'hypothèse suivante : le vendeur et l'acheteur ont établi, dans leur marché, que la contravention commise par l'un d'eux aura pour effet d'autoriser, de la part du non-contrevenant, la résolution de la vente : cette

(1) La *lex commissoria* peut même accompagner tous les autres contrats de bonne foi. (V. Mackeldey, *Inst. du Droit romain*, p. 248.)

convention secondaire nous donnera précisément l'espèce de la *lex commissoria* (1).

Telle se présentait la règle, et l'application la plus fréquente en était réservée au cas où l'acquéreur aurait laissé écouler un certain intervalle — variable au gré des parties — sans payer le prix d'achat (2).

La contravention qu'ont eu en regard les contractants dans leur pacte commissoire les place, dès qu'elle s'est produite, en une situation particulière où l'on dit que *la loi est commise* (*lex commissa videtur*) (3). Mais la question de savoir si cette situation devait s'adapter à tel ou tel cas, ne laissait pas de donner prise à des difficultés et des controverses dont le Digeste nous offre plusieurs exemples. Pour n'en citer qu'un seul qui se rapporte à une espèce où l'acquéreur tombe en contravention s'il ne paie pas au jour dit, qu'arrive-t-il, quand il n'a tenu qu'au vendeur de se voir désintéressé? Les textes nous répondent que l'acquéreur n'étant pas en faute ne doit point supporter les conséquences du pacte commissoire (4); mais si l'obstacle apporté au paiement par le vendeur était levé antérieurement au terme inscrit sur le contrat, sans que l'acquéreur eût profité de cet intervalle pour se libérer, les choses tourneraient entièrement contre ce dernier (5).

Quand le contrat a été violé dans le sens du pacte commissoire qu'il renfermait, le contractant resté dans

(1) L. 4, pr., D., *de Lege commiss.*

(2) LL. 2, 6, 8, D., h. t. — Brinkmann, *Inst. jur.*, § 736. — Mühlembrück, *Doctrina Pandect.*, II, p. 204.

(3) Pothier, *Pandect. Justin.*, tome I, p. 454.

(4) L. 8, D., h. t. — L. 10, § 1, D., *de Rescindendâ vendit.*

(5) L. 51, § 1, D., *de Empt. vend.*

la légalité a une double ligne de conduite à tenir : il peut vouloir conserver la vente (*stare venditioni*), auquel cas tout doit se passer comme si nulle contravention n'eût été commise. Il peut encore invoquer les effets de la résolution ; alors la vente est judiciairement déclarée non avenue (*res inempta est*), en conséquence de quoi la restitution de l'objet vendu (principal et accessoires) se poursuit contre l'acquéreur s'il s'est mis en possession (1); mais l'un de ces deux partis déjà pris empêche le demandeur de recourir à l'autre (2).

Si lors de la contravention encourue, le prix de la vente était dans les mains du vendeur, qui de son côté aurait fait profiter l'acquéreur des fruits de la chose vendue, on pourrait établir une compensation entre le prix à rendre d'une part et les fruits perçus de l'autre (3). Parfois la clause commissoire insérée contre l'acquéreur négligent à s'acquitter ne l'astreint pas uniquement à restituer l'objet vendu : il est en outre redevable au vendeur des dommages-intérêts auxquels donne lieu la position de ce dernier, compromise par le fait de la contravention (4).

Avons-nous besoin de spécifier l'action à l'aide de laquelle le demandeur pourra attirer sur son co-con-

(1) LL. 6, § 1 ; 5, D., h. t. — On se place dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle du pacte destiné à sanctionner l'obligation du paiement à terme. — Ulpien (l. 4, § 1) note un cas où la restitution des fruits n'est pas exigée. — L'acheteur qui a donné une partie du prix à titre d'arrhes ne peut pas la répéter (l. 6, h. t.)

(2) L. 6, § 2 ; l. 7, D., h. t. — Const. 4, Cod., *de Pactis int., empt. et vend.*

(3) Mülhembrück, *loc. cit.*

(4) L. 4, § 1, ibid. — Pothier, *Pand.*, in h. t.

tractant les effets du pacte commissoire? Les principes exposés plus haut nous semblent résoudre bien catégoriquement la question. La clause est-elle invoquée par le vendeur? l'action *ex vendito* se prêtera à sa réclamation ; au contraire, l'acquéreur veut-il s'armer du pacte contre le vendeur? l'action *ex empto* le servira à cette fin. Les deux actions, en effet, garantissent pour l'un et pour l'autre le pacte et la convention principale, la loi n'avouant plus celle-ci qu'avec le changement opéré par celui-là.

Cette modification virtuelle que la vente reçoit du pacte commissoire, la transforme assez rarement en un contrat conditionnel proprement dit (1). On sait que les lois romaines ne formulent pas, comme les nôtres, la division des conditions suspensives et résolutoires (2). Dans leur esprit, la condition est toujours suspensive : le contrat est pur et simple, quand même l'hypothèse d'un évènement ultérieur donnerait à craindre sa résolution. Or, si nous voulons adapter notre langage aux idées reçues dans la jurisprudence romaine, nous devrons tenir comme principe, que la vente suivie d'un pacte résolutoire n'était pas conditionnelle (3), mais résoluble seulement sous une condition, à moins que le contraire ne résultât formellement de l'accord des parties (4); mais dans l'une comme

(1) L. 4, D., h. t.

(2) Arg. l. 2, D., *de in diem addictione.* — L. 2, § 5, D., *pro empt.* — L. 1, pr., D., *de Donationibus.*

(3) En Droit français, nous dirions qu'une telle vente est faite sous condition résolutoire.

(4) Mülhembrück, *loc. cit.* — Glück, *Erläuten der Pand.*, XVI, p. 273 et suiv.

dans l'autre hypothèse, la résolution devait sortir à effet sans le secours d'aucune mise en demeure (1).

Pothier nous révèle, au Fragment 4 de notre titre, l'espèce assez curieuse d'un pacte commissoire surchargé d'un second pacte qui participe aux effets du contrat par l'intermédiaire du premier. Le vendeur trouvant sans doute une faible garantie dans la faculté de résoudre la vente en cas de non paiement au jour donné, convient encore que s'il trouve à revendre l'objet à des conditions inférieures à celles obtenues du premier vendeur, ce dernier sera dans l'obligation de payer la différence de l'un à l'autre prix ; et pour cimenter ce nouveau traité, la loi n'hésite pas à laisser dans les mains du vendeur l'action née de la première vente : « *Erit que ità adversus eum* venditi *actio.* »

II. De l'addictio in diem. — L'*addictio in diem,* cette autre accession de la vente dont il nous soit possible de traiter ici avec quelque détail, s'étend, comme le pacte commissoire, dans tout un titre du Digeste ; mais à la différence de celui-ci, elle se rattache presque exclusivement à un seul contrat. Le vendeur d'un objet, par l'*addictio in diem,* se réserve que dans l'intervalle convenu, il lui sera permis d'accepter d'un tiers de meilleures conditions de vente que celles de l'acheteur, et de dégager sa parole envers ce dernier. Ceci nous amène à grouper toutes nos explications sur l'*addictio* autour de deux points fondamentaux : Quand est-ce que l'on peut juridiquement dénoncer l'existence de la condition qui met à néant le premier traité de

(1) L. 3, l. 4, § 4, D., *de leg. comm.*

vente? Quelles sont les suites de la rescision obtenue par cette voie, soit sur la chose elle-même, soit sur les accessoires?

Le premier résultat se réalise moyennant six conditions, il faut :

1° Qu'un second acheteur se présente, un acheteur sérieux et ne remplissant pas le rôle de prête-nom. En cas de pluralité de vendeurs ou d'acheteurs, il peut indifféremment avoir été étranger à la première vente, ou y avoir figuré (1);

2° Que le second acheteur fasse au vendeur des conditions plus avantageuses que celles qu'il retirait du précédent marché. Le mot meilleure condition doit ici s'admettre dans le sens le plus extensif; tout profit appréciable pour le vendeur et qu'il ne trouvait pas auparavant peut être invoqué à ce titre, qu'il naisse soit de la somme du prix, soit du temps ou du lieu du paiement, soit même des qualités personnelles de l'acheteur (2);

3° Que dans l'intervalle convenu pour la mise à exécution de l'*addictio*, le vendeur se montre, ou qu'il soit légalement représenté. Si à cette époque il n'a aucun héritier, bien qu'il dût en paraître un dans la suite, la seconde vente serait consolidée et l'acheteur pourrait jouir en parfaite sécurité de l'objet détenu (3);

4° Que le premier acquéreur reçoive du vendeur notification des nouvelles offres, formalité dont l'omis-

(1) Donellus, *Comment. jur. civ.*, tome x, p. 396.

(2) L. 5, D., *de in diem add.* — L. 6, § 6, h. t. — L. 3, D., *de eo quod certo loco.*

(3) L. 15, D., h. t.

sion, au terme fatal de l'*addictio*, mettrait l'acquéreur à couvert de toute attaque (1);

5° Que le vendeur agrée les conditions nouvelles, liberté entière lui étant laissée de s'en tenir, même contre le gré du premier acquéreur, à la vente soumise au pacte d'*addictio* (2).

En cas de pluralité de vendeurs dont les uns goûtent les nouvelles propositions, quand les autres préfèrent maintenir le *statu quo*, il importe de se rendre compte des opérations qui se sont produites au premier contrat: la vente peut avoir été conclue en commun, pour un prix unique, auquel cas le refus d'un seul des vendeurs à passer à un nouveau contrat valide à toujours le premier; mais il est encore possible que les vendeurs ayant des intérêts distincts et séparés, la vente faite en commun n'ait été qu'une agglomération de ventes particulières, et dans cette dernière éventualité l'on conçoit que la décision de l'un ne puisse, en aucune manière, nuire aux autres intéressés (3).

6° Enfin, comme dernière condition dont dépend la rescision de la vente par l'*addictio*, il faut que le vendeur, en acceptant les nouvelles offres, délivre la chose au dernier acheteur, sans conditions ni réserves : le pacte d'*addictio* inclus dans la seconde vente aurait pour effet de l'annuler (4).

En général, dans la situation qui naît de l'*addictio*, l'acheteur joue un rôle à peu près passif, incapable

(1) LL. 7, 8, D., h. t. — L. 161, D., *de Div. reg. jur.* — L. 1, § 1, D., *de Act. emp.* — L. 1, D., *de Ædilit. edicto.*

(2) L. 12, § 3, D., *de Solutionibus.*

(3) LL. 11, 12, 13, D., h. t. — Donellus, *loc. cit.*

(4) L. 11, D., h. t.

qu'il est d'imposer sa manière de voir au vendeur, puisque le pacte est dirigé contre lui-même.

Toutefois, la convention des parties peut changer la face des choses et donner à l'acheteur le droit d'élever la voix pour la rescision du contrat (1). Il est d'ailleurs à observer que l'acheteur a le droit de garder l'objet vendu en se soumettant lui-même aux nouveaux avantages offerts au vendeur (2); mais comme, ce cas échéant, une nouvelle vente s'opère, rien ne peut, même alors, dégager l'acheteur de l'obligation de rendre les fruits (3).

L'objet est recouvré par le vendeur sans le secours de la tradition, puisque l'*addictio* a effacé la vente: aussi le vendeur peut-il s'armer de la revendication contre les tiers-détenteurs (4). Que si l'objet se trouve dans les mains de l'acheteur, la revendication est hors de propos, car nous savons que l'exécution de l'*addictio*, comme celle de toute autre *lex venditionis*, doit se poursuivre par les propres actions issues du contrat (5).

Il nous reste à préciser l'influence de la rescision de la vente en vertu de l'*addictio*, sur les accroissements et décroissements de l'objet vendu (*commoda et incommoda rei*): influence qui variera nécessairement selon que la vente affectée par l'*addictio* aura été con-

(1) Mülhembrück, *Doctrina Pandectar.*, II, § 403, adn. 5. — L. 11, pr., h. t. (*de in diem add.*)

(2) LL. 7, 8, D., h. t.

(3) L. 6, pr. et § 1, D., h. t. — *Secùs* si la première vente avait été faite sous condition.

(4) Arg. Const. 3, Cod., *de Pactis inter., emp. et vend.* — Donellus, *loc. cit.*, § 12.

(5) L. 16, D., h. t.

clue purement et simplement sauf résolution postérieure, ou qu'à l'opposé l'*addictio* aura été insérée comme une condition négative de la formation de la vente. La plupart du temps, le pacte commissoire n'était pas envisagé, à Rome, comme une condition; par contre, l'*addictio* jouait assez fréquemment ce rôle dans les contrats où elle accédait; et comme dans la vente conditionnelle il est de principe que les avantages et les périls de l'objet regardent toujours le vendeur, si l'on admet que l'*addictio* est une condition de la vente, il y a lieu d'appliquer ce principe (1). Le point de départ opposé, c'est à dire le cas de vente pure et simple résoluble sous condition, nous entraînerait droit à la conséquence inverse (2).

III. Du pacte de retròvendendo. — Le pacte *de retrò-vendendo* n'a pas, comme les deux précédents, les honneurs d'un titre spécial dans le corps des lois romaines; mais il s'évince clairement de certaines dispositions isolées (3) où l'a puisé notre Droit civil, qui le consacre dans les articles 1669 et suivants du Code Napoléon. Seulement, en le déplaçant, on a, c'est du moins notre croyance, modifié assez profondément sa nature, de telle façon qu'aujourd'hui la chose est fort peu en harmonie avec le mot (4).

(1) L. 8, D., *de Peric. et commod. rei venditæ.*

(2) L. 2, *ult.* l. 4, § 1, h. t. — L. 74, D., *de Contr. empt.* — Inst. Just., § 3, *de Empt. vend.*

(3) Entre autres, l. 12, D., *de Præscr. verb. et const.* Cod., *de Pactis int., empt. et vend. comp.*

(4) L'exercice de la faculté de réméré dans notre Droit n'aboutit pas, comme on pourrait l'induire faussement du nom usité, à l'opération d'une seconde vente, mais à l'anéantissement rétroactif de

En joignant à la vente un tel pacte, le vendeur créait pour lui et pour ses héritiers la faculté de racheter l'objet vendu soit dans un délai déterminé soit même indéfiniment. Pour contraindre l'acquéreur à lui revendre selon la lettre du pacte, il avait à portée soit l'action *venditi*, la plus naturelle en pareil cas, soit l'action *præscriptis verbis*.

Le pacte *de retròvendendo* avait-il un effet rétroactif à Rome? Sur ce point la doctrine est divisée d'opinions : nous avons déjà fait pressentir la nôtre. Il est probable qu'en exécution du pacte la chose passait au vendeur devenu acquéreur, dans l'état où elle se trouvait, et que les hypothèques et autres droits réels constitués sur l'objet du chef du premier acquéreur devaient subsister (1).

IV. Du pacte protimeseos. — Au premier abord il paraîtrait naturel de faire rentrer dans la précédente cette nouvelle accession de la vente. La *protimesis* (προτιμήσις) avait pourtant une physionomie bien tranchée. C'est une sorte de droit de préférence que se réserve le vendeur au cas où l'acheteur se verrait obligé de revendre. Ce dernier est dont requis de notifier à son vendeur toutes les offres d'achat qui lui sont faites, à peine de dommages-intérêts qui seraient poursuivis contre lui par l'action *ex vendito*. D'après un rescrit

l'ancienne aliénation : Dès-lors le vendeur qui use du pacte de rachat ne devient pas propriétaire, mais il est censé n'avoir jamais cessé de l'être. — V. Marcadé sur l'art. 1669. — Le mot *retròvendendo* a été forgé par les commentateurs. — Tiraqueau, *de Retract. convent. præfatio*, nº 1.

(1) De Fresquet, *Instit. expliq.*, tom. II, p. 96. — MM. Ortolan et Etienne sont d'un autre avis.

de Justinien, ce pacte est sous-entendu en faveur du concédant dans le contrat d'*emphytéose* (1), et peut également naître d'un testament ou de la loi (2).

A cette nomenclature des pactes que pouvait comporter la vente, ajoutons :

1° *Le pactum displicentiæ*, sorte de clause résolutoire qui permet soit à l'un des contractants, soit à tous deux de revenir sur le contrat : ce privilége, ils peuvent l'exercer pendant un temps même indéfini, si tels sont leurs accords, au moyen d'une action *in factum* qui porte tantôt le nom de *condictio ex pœnitentia*, tantôt celui d'*actio redhibitoria;* mais nous n'hésitons pas à croire que les actions nées du contrat remplissent le même but, d'après les principes admis (3);

2° Le pacte *reservati dominii* ou *reservatæ hypothecæ*, qui offre une garantie spéciale au vendeur, soit en maintenant en sa faveur la propriété de l'objet vendu, jusqu'à parfait paiement, soit en établissant pour lui une hypothèque sur le même objet (4);

3° Le pacte qui défend à l'acquéreur d'aliéner la chose à une personne déterminée et qui avoisine assez, par conséquent, le pacte *protimeseos* (5). L'interprétation le nomme *pactum de non alienando;*

4° Les pactes qui libèrent le vendeur de l'obligation de garantie ou l'acquéreur des risques de la chose, et qui

(1) Const. 3, Cod., *de Jure emphyt.* — V. aussi sur ce pacte la loi 21, § 5, *de Act. empt. et vend.*

(2) Mülhembrück, *op. cit.*, II, § 405.

(3) L. 3, D., *de Contrah. empt.* — L. 2, § 5, D., *pro empt.* — L. 3, § 22, 23, D., *de Ædilitio edicto.* — Const. 4, Cod. *de Ædilit. edict.*

(4) Mülhembrück, *op. cit.*, t. II, § 405.

(5) L. 75, D., *de Contrah. emp.* — L. 21, § 5, *de Act. empt. et vend.*

dans la langue des glossateurs sont devenus : ici, le *pactum de casu non suscipiendo;* là, le *pactum de non præstanda evictione* (1).

§ 2. Pactes joints au gage.

Le gage, contrat réel de bonne foi en vertu duquel le créancier acquiert la détention d'un objet de son débiteur à titre de garantie de ses droits, se complique, dans les lois romaines, de quelques clauses accessoires dont les plus connues sont l'*antichrèse* et la *lex commissoria*.

I. De l'antichrèse. — Il paraît que dans son acception primitive le mot *antichrèse* (ἀντίχρησις) aurait été affecté à l'idée d'une contre-jouissance en général, qu'on pouvait rattacher non-seulement au contrat de gage, mais encore à d'autres conventions (2). L'usage en circonscrivit l'application au *pignus*. C'est à ce dernier état de choses que se rapporte la loi 11, § 1, Dig., de *Pign. et Hyp.*, d'après laquelle l'*antichrèse* accède au *pignus* toutes les fois que le créancier obtient la jouissance de la chose frugifère dont son gage l'a nanti, en compensation des intérêts de sa créance. Et à cet égard deux hypothèses peuvent se présenter : ou le pacte a été formellement inséré dans le contrat, ce qui donne qualité suffisante au créancier gagiste pour percevoir les fruits de la chose, sans se voir réduit par la suite à restituer l'excédant des fruits perçus sur le taux de l'intérêt légal acquis à sa créance (3); ou bien un capital

(1) L. 11, § 18, D., *de Act. empt. et vend.*

(2) Const. 6, Cod., *Quod cum eo qui in al.* — Const. 14, Cod., *de Usuris.* — Glück, *Erläuten der Pand.*, tom. XIV, p. 105 et suiv.

(3) Mülhembrück, *op. cit.* II, § 318. — Brinkmann, *Inst. jur.*, § 865. — Schelling (trad. Pellat), *Droit de gage et d'hypothèque*, § 12.

étant donné à titre de *mutuum*, le créancier a reçu en gage une chose frugifère et les parties n'ont rien articulé dans le contrat touchant la perception des fruits. La loi supplée alors au silence des contractants et ouvre au créancier gagiste une *antichrèse* tacite (1) ou improprement dite, qui ne laisse que la jouissance des fruits correspondante aux intérêts légaux; computation soumettant le créancier à la necessité de rendre compte des produits de sa jouissance (2). Quant à l'excédant des fruits sur l'intérêt, il doit être imputé par le créancier sur le capital même de sa créance (3). — Toutes réserves faites sur les deux positions que nous venons d'indiquer, le créancier qui tournerait à son profit l'objet qu'il détient à gage, se rendrait coupable d'une sorte de vol (*furtum usus*) (4).

II. Du pacte commissoire. — Le gage n'a été placé dans les mains du créancier que pour sauvegarder son titre; mais de quelle manière? En principe, le droit réel qui naît du nantissement, rend le gagiste capable de vendre l'objet et de se payer sur le prix : et cette auto-

(1) C'est l'opinion de Cujas (*Observat.*, VIII, 17) suivie par Mülhembrück. Mais elle a trouvé des contradicteurs, notamment Sintenis et Glück.

(2) L. 8, D., *in quibus causis pign.* — Les partisans de l'opinion contraire prétendent qu'il s'agit dans ce texte des intérêts *moratoires*, à quoi Schelling (*loc. cit.*) répond que le caractère légal du *mutuum*, contrat de droit strict, s'oppose à une pareille interprétation.

(3) Mülhembrück, *loc. cit.* — La Const. 17, Cod., *de Usuris*, que cet auteur invoque, ne nous paraît pas concluante; mais nous arguons de la Const. 1, Cod., *de Distract. pign.*

(4) Inst. Just., IV, 1, § 6. — L. 54, pr., D., *de Furtis* « *Si pignore creditor utatur, furti tenetur* (*actione*). »

risation de vendre est tellement inhérente au contrat *pignoratif*, que le Droit romain considère comme nulle toute clause absolument prohibitive. Le pacte *ne omninò res distrahatur* est sans valeur, et on passe outre sur sa défense (1), à la condition d'envoyer une triple sommation au débiteur à fin de paiement.

En l'absence de toute clause prohibitive, le créancier, avant de procéder à la vente, peut se borner à faire une seule sommation, au moins d'après le nouveau Droit de Justinien; mais la vente ne doit, dans tous les cas, s'effectuer valablement qu'à l'expiration de deux ans à partir de la sommation (2).

Mais quelle sera, dans le contrat de gage, la portée d'un pacte commissoire, c'est à dire de toute convention à l'effet d'attribuer au créancier non désintéressé la propriété de la chose engagée, « *ut propter moram debitoris jure suo res cedat creditori?* » Un tel pacte frappait trop rigoureusement le débiteur et le livrait au créancier, en quelque sorte, pieds et poings liés. La loi romaine l'abolit, et ne fit en cela qu'un acte d'humanité. Ses termes révèlent suffisamment l'esprit du législateur en l'édictant; encore l'honneur de cette prohibition que la loi française a reproduite (C. Nap., 2078, 2088) revient-elle en entier au Droit impérial. Avant la Const. 3, au Code, *de Pactis pign.*, œuvre de Constantin, le pacte *commissoire* était parfaitement licite dans le gage comme dans la vente : Cicéron en signale l'existence, et les textes des

(1) Pauli, *Sententiæ recept.*, II, 13, § 5. — LL. 4 et 5, D., *de Pigner. act. in rem.*

(2) Const. 3, § 1; Cod., *de Impetrando jure dominii.* — Justinien, dans cette même loi, ordonne de respecter les clauses qui seraient admises dans les contrats de gage pour régler le mode d'exécution de la vente.

jurisconsultes viennent confirmer pleinement son témoignage (1).

Un Fragment de Marcien, devenu la loi 16, Dig., *de Pign. et Hyp.*, protége la convention qui se formulerait ainsi : Si la chose n'est pas payée, le créancier la possèdera à titre d'achat pour le juste prix qui sera alors fixé. — Le Jurisconsulte fait rentrer ce cas avec raison dans celui d'une vente conditionnelle. En effet, convenir que l'on vendra un objet lors d'un évènement futur et incertain, et en attendant livrer cet objet à gage, il n'est rien là qui soit illicite. Autre d'ailleurs est l'état du débiteur qui se résigne à voir passer à un tiers la propriété du gage en cas de non paiement, sans débattre le prix ; autre est celui d'une personne qui s'en remet à une époque donnée pour fixer en toute liberté les clauses de la vente. Aussi la légalité d'un semblable arrangement paraît-elle devoir survivre à la loi prohibitive du pacte *commissoire*, et par voie de conséquence, nous ne verrions aucune raison de l'annuler, même sous l'empire de notre Droit (2).

(1) Cicéron, *ad familiares*, XIII, 56. — *Adde* Paul, *Sent.* II, 13. — Vatic., *Fr.* 1, § 9. — L. 81, pr., D., *de Contrah. empt.* Ce dernier texte valide la convention intervenue entre le débiteur à gage et le fidéjusseur, à l'effet de rendre ce dernier acquéreur du bien engagé, si le débiteur dans un temps déterminé ne l'a pas libéré de sa caution. — Bartole (*ad* h. t.) tente de concilier cette loi avec le rescript de Constantin, en posant en principe que le pacte commissoire, défendu entre un créancier et un débiteur, ne l'était pas entre le débiteur et un tiers. Mais, sans parler de ce qu'a d'hypothétique cette explication, le seul fait de la prohibition du pacte par Constantin n'est-il pas assez probant ?

(2) *Sic* Mackeldey, *op. cit.*, partie spéciale, § 316. — Schelling, *Gage et Hyp.*, § 209, note 16.

§ 3. Pactes joints au dépôt.

De la clause d'intérêts.

Les premiers Romains n'admirent pas sans une longue résistance qu'un objet stérile par lui-même, comme l'est le métal, pût, en vertu des conventions, avoir un produit quelconque. Longtemps ils se demandèrent s'il était bien conforme à la saine raison de mettre en parallèle, à titre de choses frugifères, une étendue de terrain et une somme capitalisée. C'est ce qui fit dès l'abord envisager l'usure comme plus flétrissante que le vol, c'est ce qui fit appliquer à l'usurier la pénalité du *fur manifestus*, le quadruple (1). Les lois ne pouvaient frapper avec moins de rigueur celui qui, dans la bouche de Caton et des stoïciens, était comparable à un ver engraissé de la substance humaine.

Mais, en écartant l'abus, le principe en lui-même, la fructification de l'argent, domina toutes les attaques soit des juristes soit des philosophes. Enraciné au fond des mœurs, il pénétra de vive force dans la législation. Ce n'est pas qu'on n'ait à signaler sur ce point de grandes vicissitudes depuis les XII Tables jusqu'à Justinien (2). Dans une question si féconde en luttes entre

(1) Gravina, *Esprit des Lois Romaines*, p. 82. — Sur le rapport de Pline l'Ancien (XVIII, 15) et de Cicéron (*de Offic.*, II, 25), Caton, à qui l'on demandait : « Quid fœnerari ? » répondit impitoyablement : « Quid est hominem occidere ? »

(2) Heineccius (*Antiq. rom.*, II, 10, 5) énumère, outre la loi des XII Tables qui institua *l'unciarium fœnus*, la loi Licinia (368 *ab* U. C) qui le modifia ; la loi Duilia Mœnia qui le rétablit ; la loi *de fœnore semiunciario*, qui ne toléra que la moitié du taux des XII Tables ; la loi Genutia qui abolit toute clause d'intérêts, mais qui n'eut jamais d'application. — Enfin fut adoptée comme taux légal la *centesima*

les deux castes, l'histoire du Droit se mêle intimement à l'histoire politique du peuple Romain.

Les autorités les moins suspectes se réunissent pour décider que le texte décemviral renfermait une délimitation légale de l'intérêt; aussi la difficulté n'est-elle plus là. Il s'agit de savoir si le taux fixé par les XII Tables est le même que celui que l'histoire romaine nous montre comme étant en vigueur au temps de Cicéron. La phrase célèbre de Tacite (1) dans laquelle il désigne Appius Claudius et ses collègues comme fondateurs de *l'unciarium fœnus*, préparait bien des tortures aux Saumaises futurs de la jurisprudence! Qu'est-ce que *l'unciarium fœnus?* Faut-il le rapprocher ou le séparer du *maximum* usuraire connu sous le nom de *centesima usura?* Noodt (*de Fœnore et usuris*, lib. I, in pr.) affirme que *l'unciarium fœnus* ne forme que la douzième partie de la *centesima usura*, et donne d'amples raisons à l'appui de sa thèse. Gravina (*l. cit.*) semble confondre les deux expressions dans une seule et même idée. Malgré toute la bonne volonté apportée par les auteurs à résoudre ce point délicat, il faut bien en venir

usura, que certains auteurs rapportent à une certaine loi Gabinia, sur un passage de Cicéron (Brisson, *Antiq. rom.*, III, 1, p. 46; — Hotoman, *de Leg.*, p. 74), et les autres à l'Édit du Préteur confirmé par un s.-c. et des Constitutions. (Noodt, *de Fœnor. et usuris.* — Gronovius, *de Centesima usura et unciaria.*) Heineccius se range à cette dernière opinion.

(1) Tacite, *Annal.*, lib. 6, cap. 16 : « Primò XII Tabulis sanctum est nequis unciario fœnore amplius exerceret cum antea ex libidine locupletium agitaretur. » — Montesquieu (*Esprit des Lois*, liv. XXII, ch. 22) n'hésite pas à révoquer en doute Tacite. « Pour peu, dit-il, qu'on soit versé dans l'histoire de Rome, on verra qu'une loi pareille ne pouvait être l'ouvrage des décemvirs. » — Gibbon (*Déc. de l'emp. rom.*) répond avec aigreur à Montesquieu en lui demandant si Tacite était un ignorant ou un homme d'un jugement peu solide?

à l'avouer : *sub judice lis est.* Ajoutons que, vu l'insuffisance des documents qui nous restent, nous n'entrevoyons guère la possibilité d'asseoir la discussion sur un autre terrain que sur celui des conjectures.

Mais au moins nous est-il permis d'indiquer les bases du calcul de la *centesima usura*, que Justinien a modifiées dans la dernière période du Droit romain. Avant ses réformes, on divisait en 100 deniers tout capital objet d'un prêt usuraire, en exigeant à chaque kalendes la prestation d'un centième à titre d'intérêt. Le fruit du capital, ainsi perçu mensuellement par le créancier, est un centième, qui se répétant pendant les douze mois de l'année, produit un total de 12 p. 0/0 par an (1).

Le mode par excellence et vraiment légal de constituer un prêt usuraire résulte d'une stipulation particulière combinée avec le *mutuum*. Ce dernier contrat ne donnant naissance qu'à une action *stricti juris*, se refusait par sa nature — au moins dans l'opinion générale, qui est la nôtre — à l'adjonction d'un pacte pour les intérêts. Mais la réunion du *mutuum* et du contrat verbal répondait entièrement au vœu de la loi. Le créancier se couvrait par une double action : la *condictio certi*, tendant à la répétition du capital; l'action *ex stipulatu*, exclusivement consacrée à la solde des intérêts (2). Ainsi se réalisait la convention complexe que les auteurs nomment *fœnus* ou *pecunia fœnebris*.

La pratique, qui affectionnait peu les formalités in-

(1) Gravina, *loc. cit.*, ib. — Marezoll, *Droit privé des Romains*, § 110.

(2) Noodt, *de Fœnore et us.*, lib. III, cap. 1. — Cujas (*Observ.* XI, § 37) nomme *actio ex Kalendario*, l'action produite par la stipulation usuraire. (Le *Kalendarium* était une note de ce qu'on devait à chaque kalendes — d'où le mot calendrier.)

commodes de la stipulation et du *mutuum*, chercha, pour atteindre le même but, des voies simplifiées. Le système des pactes adjoints aux contrats de bonne foi seconda merveilleusement, à cet égard, les tendances du siècle; on fit servir le dépôt, contrat de bonne foi, comme une nouvelle assiette des opérations usuraires. Le prêteur devint le déposant, et l'emprunteur le dépositaire d'un capital qui, en vertu du pacte *de Usuris*, accolé au dépôt, ne devait être restitué qu'avec l'accroissement légal. Il est bien vrai que cette théorie faisait fléchir les principes juridiques du contrat de dépôt, qui commandaient de restituer par l'action *depositi*, non l'équivalent de la chose livrée, mais la chose elle-même; et que le dépôt, permettant au dépositaire d'user de l'argent prêté, n'était plus à vrai dire qu'un *mutuum* déguisé. Aussi les docteurs l'ont-ils dénommé, dans ce cas, *depositum irregulare, extra terminos depositi egrediens* (1). Mais si, pour l'honneur des principes, les jurisconsultes devaient constater cette irrégularité, le dépôt n'en était pas moins adopté tous les jours comme contrat usuraire, et l'action *depositi* donnait au déposant le droit de réclamer tout à la fois le capital et les intérêts (2).

(1) Mülhembrück, *Doctr. Pand.*, II, § 383. — Mackeldey, *op. cit.* — Dans certaines hypothèses, le dépôt régulier dans le principe, peut se transformer, par la volonté des parties, en un *mutuum* véritable; par exemple, quand il résulte d'une convention postérieure que le dépositaire pourra mettre à profit la chose et rendre *non idem sed tantumdem*, sans que l'on agite la question d'intérêts. (L. 9, § 9, D., *de Reb. cred.* — L. 34, pr., D., *Mandati vel contrà.* — L. 1, § 34, D., *Depositi vel contrà.* — L. 10, D., *de Reb. cred.*)

(2) LL. 24, 25, 26, D., *Depos. v. cont.* — Les intérêts moratoires subissent le sort des intérêts conventionnels; non exigibles dans les actions de droit strict, ils le sont dans les actions de bonne foi.

Jusqu'à présent nous avions en vue le pacte *de usuris* attaché *in continenti* au contrat de dépôt. Qu'est-ce à dire, si le pacte ne suit le contrat qu'à distance, *ex intervallo*? (1) D'après Noodt (*de Fœn. et us.*, lib. III, cap. 5), les intérêts découlant du pacte *in continenti* devraient être servis selon les conditions réglées par le pacte lui-même, tandis que pour imposer au débiteur la prestation de ceux fixés par le pacte *ex intervallo*, une mise en demeure serait de rigueur : « *Si quidem in continenti (pactum adjicitur) ex eo debentur usuræ... sin ex intervallo non ex eo sed ex mora debentur.* » Deux lois semblent favorables à cette distinction, que notre auteur trouve nécessaire pour maintenir la proportion établie en principe entre la force du pacte concomittant au contrat et celle du pacte intervenu depuis sa formation.

Après avoir étudié les principales accessions des contrats de bonne foi, le sujet nous amène à discuter leur existence et leur valeur dans les contrats de droit strict.

SECTION II.

Pactes joints aux contrats de droit strict.

Cette matière, hérissée de controverses qui sont dues en grande partie à l'absence d'unité des Fragments du Digeste, exige tout d'abord le rappel d'une règle importante de la procédure romaine. Sous le sys-

(1) Nous localisons la question à l'article du dépôt ; mais l'annexe usuraire à tout autre contrat de bonne foi — la vente ou le louage — doit être raisonnée de même : c'est ce qui a lieu dans la loi 24, D., *Depos. v. cont.*, et la Const. 5, Cod., *de Pact. int., empt. et vend.*

tème formulaire, le défendeur qui voyait le demandeur prêt à user de son droit, et qui se trouvait lui-même nanti d'un droit opposé, pouvait paralyser l'action réclamée des magistrats par une exception introduite en sa faveur; mais si le droit invoqué par le demandeur n'avait, d'après la loi, aucun fondement, le Préteur refusait d'accorder l'action, soit d'office, soit sur les observations du défendeur, ainsi dispensé d'aller débattre sa situation devant le juge.

Cela posé, un demandeur pouvait-il appuyer son action sur les termes d'un pacte annexé à un *mutuum* ou à une stipulation? La question a plusieurs branches qui veulent un examen séparé. Étudions en premier lieu les effets de l'adjonction d'un pacte à un contrat de *mutuum*.

Tout est rigoureux dans ce contrat. Première manifestation du *nexum*, il a gardé l'empreinte de son origine. L'action qui le sert doit se restreindre à ce qui a été compté de la main à la main; née déjà au moment de la tradition, elle ne peut varier dans l'intervalle de sa naissance à sa mise en exercice; seulement si, le *mutuum* à part, un pacte a été conclu en faveur du débiteur, celui-ci pourra faire valoir la ressource des exceptions (1).

Ainsi les choses se passaient à l'origine; mais petit à petit la législation modéra sa rigueur première et consentit à admettre quelques tempéraments d'équité. Ce n'est pas que l'action du *mutuum* pût jamais s'étendre sous l'influence d'un pacte; les textes les plus caté-

(1) Encore devra-t-il les invoquer devant le Préteur, le *Judex* ne pouvant en aucune manière, dans les actions de droit strict, s'occuper d'une exception non incluse dans la formule.

goriques vont nous fournir la preuve qu'à nulle époque le pacte ne prévalut dans le MUTUUM, *ad augendam obligationem*, et les auteurs qui se sont hasardés à les contredire nous paraissent donner prise au reproche de témérité (1).

Mais ce qui paraît incontestable, c'est que le pacte-annexe, qui dégageait en tout ou en partie le débiteur du *mutuum*, finit par le dispenser de recourir à l'exception. De plein droit, l'action du *mutuum* se réduisit à la créance telle que la laissait subsister le pacte intervenu pour le débiteur, et Ulpien pouvait alors résoudre ainsi, d'après un autre jurisconsulte, l'espèce suivante : « Je vous donne 10, et nous convenons que vous me rendrez 9 : Proculus pense que vous ne me devez de plein droit que 9. » Mais il avait bien soin d'ajouter, en rappelant toujours l'avis de Proculus : « Si la convention porte que vous me rendrez 11, la *condictio* ne sera jamais que de 10. » (L. 11, § 1, D., *si certum petatur.*) Et Paul disait de son côté : « Si je vous donne 10 en convenant que vous me rendrez 20, l'obligation ne naît pas au-delà de 10. L'obligation *re* ne peut en effet être contractée que dans la limite de ce qu'on donne. »

Il est donc acquis à la doctrine que le pacte ajouté au *mutuum* a la vertu d'influer sur l'action, quand

(1) Entre autres Hotomann, *Observ.*, lib. VII, cap. 15. — Duaren, *Comment.*, ad leg. 7, *de Pactis*. — On nous oppose la loi 48, D., *de Pactis*, dans laquelle Gaïus dit : « In traditionibus rerum quodcumque pactum sit id valere manifestum est. » Gaïus a-t-il été trop absolu ou le Fragment contenait-il des précisions qui n'ont pas été insérées dans le Digeste ? C'est notre sentiment. Cujas et Vinnius prétendent que Gaïus avait en vue les contrats innommés et leur action *præscriptis verbis*, analogue aux actions de bonne foi.

on l'établit dans l'intérêt du débiteur (*ad minuendam obligationem*); mais qu'au contraire l'action résiste au pacte ajouté en faveur du créancier (*ad augendam obligationem*). N'oublions pas d'ailleurs que l'efficace du pacte *detrahens* se produit uniquement lorsqu'on le voit incorporé dans le *mutuum*, et que l'on peut regarder comme indifférentes au point de vue de la *condictio certi*, fille du contrat, les accessions faites *post intervallum*, à telle intention qu'on les ait consenties.

Les mêmes solutions s'appliquent-elles aux pactes nés dans les stipulations? Avant de répondre sur cette nouvelle controverse, il nous semble utile de parcourir les textes qui lui ont donné matière, et qui forment en quelque sorte les différentes pièces du procès.

Gérard Noodt, dont on nous permettra de retracer à peu près la marche dans le courant de cette discussion (1), fait remonter, non sans fondement, le débat qui nous occupe aux Prudents eux-mêmes. Et en effet, si Ulpien, dans la loi précitée, décide que le pacte ajouté au *mutuum* influe directement sur l'action quand il favorise le débiteur, ce n'est qu'avec une certaine timidité, en abritant sa responsabilité derrière l'opinion d'un autre Prudent. Le point faisait donc doute pour le *mutuum*. Pour la stipulation, même divergence : ainsi Papinien, dans le Fr. 4, au Dig., *de Servitutibus*, se demande quel sera le sort du terme ou de la condition apposée à la promesse d'une servitude (2), et il répond, d'après Cassius et Sabinus, que

(1) *De Pactis et Transactionibus*, cap. XII.

(2) Nous ne pouvons admettre qu'il s'agisse dans cette loi de l'acte producteur du droit réel né de la servitude : La constitution d'un pareil droit, au temps de Papinien, s'opérait par l'*in jure cessio*,

ces accessions porteront effet seulement à titre de pactes nus, c'est à dire que l'exception *pacti conventi* ou *doli mali,* pourra servir de bouclier au défendeur contre les conclusions du demandeur, contraires aux conventions établies.

Cependant le système inverse va se fortifiant dans la jurisprudence. Nous connaissons l'avis ouvert par Proculus au sujet des pactes du *mutuum* favorables au débiteur. En matière de stipulation, il semble qu'on veuille aller plus loin encore, et prêter force et valeur aux pactes joints, en effaçant toute distinction prise dans leur nature. La loi 40, *de Reb. cred.*, nous donne ici un précieux document. Le même Papinien, qui avait reproduit les idées de Cassius sur le pacte joint à la promesse de servitude, est appelé par son titre de préfet du Prétoire à porter solennellement son avis sur une question analogue, dans laquelle il avait pris le jurisconsulte Paul au nombre de ses assesseurs. On fit valoir dans l'auditoire (*in auditorio*) les deux opinions rivales. Le pacte introduit dans la stipulation, d'après les uns, ne valait que comme exception ; d'après d'autres, esprits plus hardis, il devait, par sa place à côté de la stipulation, faire corps avec elle, servir de base à l'action. Cette dernière opinion remporta la victoire ; et ce dont il faut bien se pénétrer, ce sont les termes absolus par lesquels notre jurisconsulte la formule : « *Pacta in continenti facta inesse stipulationi.* » Ainsi, que le pacte soit destiné à amoindrir l'obligation ou à la renforcer, il n'en a pas moins la vertu de modifier l'action. Telle est

acte légitime qui ne pouvait d'aucune façon contenir des modalités, à moins que ces modalités ne fussent tacites et inévitables. (L. 77, D., *de Div. reg. jur. ant.*)

l'induction, selon nous assez logique, que Gérard Noodt tire de l'examen de notre loi, induction d'autant plus réfléchie chez cet auteur, qu'il s'accuse d'être parti d'un point de vue contraire, et qu'il se voit forcé, par la phrase inflexible du jurisconsulte, à revenir sur sa première idée (1).

Cette solution, nous en faisons l'aveu, n'a pas séduit tout le monde, et nombre d'interprètes reprochent à ceux qui l'adoptent de forcer le sens de la loi *Lecta*. Il est bien vrai, disent-ils, que dans la stipulation comme dans le *mutuum*, l'accession *ex parte rei* doit sortir à effet; mais comment? En dispensant le défendeur de recourir à une exception (2). Sur ce point aucune contestation n'est possible devant l'évidence des termes de la loi *Lecta;* mais il est au moins très chanceux, continuent nos contradicteurs (3), d'avancer que l'annexe introduite dans la stipulation au profit du créancier (*ex parte creditoris*), donne un nouveau caractère à la *condictio*, et de fonder cette assertion uniquement sur les expressions de Paul. Ce qu'il y a d'absolu dans les paroles de l'assesseur de Papinien, doit être expliqué et corrigé par l'espèce développée dans la loi *Lecta*, qui

(1) La loi 4, § 3, D., *de Pactis*, combat dans le même sens que la loi *Lecta*.

(2) Néanmoins, même depuis le triomphe de l'idée progressiste, le camp opposé compta toujours ses partisans, puisque nous voyons les Institutes de Justinien nous parler (*de Verb. oblig.*, § 3, à propos du pacte *post mortem* joint à la stipulation), de l'exception *pacti conventi* ou *de dolo :* c'est une dissidence dont il faut prendre son parti.

(3) *Sic* Voët, *Comment.*, ad tit. *de Pactis*, § 7. — Cujas, ad leg. 7, § 5, *de Pactis :* « An et in stipulationibus strictis ? Ex parte actoris in stipulationibus, tantumdem dicere *non ausim.* »

nous représente un pacte *detrahens, ex parte debitoris* (1).

Voilà deux systèmes en présence; lequel choisir? Chacun d'eux a pour lui de grandes autorités et de bons arguments; mais le premier des deux est plus accessible à la démonstration par l'histoire, et c'est déjà pour nous un motif de le préférer. N'oublions pas que les données de la raison et de l'équité s'étaient répandues dans le Droit depuis le siècle de ces grands jurisconsultes, qui étaient aussi des philosophes, et qu'après l'époque classique on en vint à prêter fort peu d'attention à l'antique division des contrats de bonne foi et de droit strict. Le contrat verbal, notamment, tendait de plus en plus à se niveler avec le pacte; dès lors quoi d'étonnant que l'action de l'un protégeât l'autre? Il y aurait lieu de surprendre sans doute que la chose pût se passer ainsi dans le *mutuum*, qui se distingua toujours des autres contrats de droit strict par un point: la nécessité de la tradition; aussi ne découvrons-nous, dans le corps des lois romaines, rien qui puisse nous faire pressentir ce résultat (2); mais en ce qui

(1) Struve, qui s'est imposé la tâche assez ingrate d'amener à conciliation les lois contradictoires du Digeste, nous semble tomber en contradiction lui-même à l'article de la loi *Lecta*: « Hujus verbis legis, dit-il, *quamvis diversa sententia obtinuerit*, non significat quod sententia obtinuerit « pactum etiam prodesse ad agendum, » sed quod ex hujus modi pacto reo competens exceptio *ipso jure* operetur. » Mais si le pacte opère directement, *de plein droit*, c'est donc qu'il n'y a pas lieu à invoquer d'exception! N'est-ce pas là une erreur de principes bien élémentaires? (Struvii, *Immò Golhofredi*, ad leg. 40, *de Reb. cred.*, tome III, page 92, édition Pinel-Grandchamp.)

(2) Nous avons déjà parlé du Fragment de Gaïus (l. 48, D., *de Pactis*), qui évidemment ne peut être pris au pied de la lettre.

touche les stipulations, la loi *Lecta* — ce texte auquel on fait une réputation d'obscurité qu'il ne mérite pas, et que Mülhembrück qualifie énergiquement de *damnata lex* — nous paraît, à nous, d'une lucidité très suffisante. Le principe émis par Paul n'est rien moins que conçu en termes ambigus ;... — mais l'espèce donnée par la loi porte sur une convention *ex parte debitoris*, et la collection du Digeste n'en renferme pas une seule d'un pacte joint à la stipulation *ex parte creditoris*. — C'est là une question de fait qui n'ébranle nullement la règle quand on la trouve posée en une formule non équivoque (1).

Que deviennent les pactes rattachés *post intervallum* à des spéculations? Tous les auteurs, à notre connaissance, sont unanimes pour les sacrifier, non que leur présence au contrat soit absolument indifférente aux parties, mais les effets qu'ils produiront n'iront pas au-delà de ceux des pactes *nus*. Impuissants à élargir ou à restreindre l'action du créancier, ils ne pourront arriver à la paralyser qu'en se manifestant par l'exception.

CHAPITRE II.

Des Pactes prétoriens.

Ici nous nous sentons plus à l'aise, certains de trouver dans la loi des jalons fidèles sur le nouveau terrain

(1) Peu de commentateurs se préoccupent des effets du pacte joint au contrat *litteris*. M. Ortolan (5me édition, tom. II, p. 299) croit qu'on ne peut douter que les conventions même faites *in continenti*, ne soient en dehors de ce contrat.

Il est d'ailleurs bien entendu que le pacte joint dont le demandeur ne pouvait se servir par voie d'action, pouvait dans tous les cas lui être utile par le moyen de la *replicatio*, qui n'est qu'une sorte d'exception.

que nous devons explorer. En vertu de l'autorité discrétionnaire qu'il tient du peuple romain pour adoucir l'âpreté des institutions primitives, et pour en fonder d'autres plus concordantes avec la justice naturelle, le Préteur élève au niveau des contrats civils certaines conventions méconnues par le Droit quiritaire, ou plutôt ignorées de ses fondateurs. L'édit inaugure pour des engagements rejetés jusques-là dans l'innombrable famille des pactes nus, des actions qui les feront respecter devant les magistrats, et l'opinion publique applaudira, car le Préteur, par ces sages et avantageuses réformes, n'aura été que son interprète.

Recueillons avec soin dans les textes les innovations en matière de contrats que revendique la législation prétorienne. Ne pouvant entrer dans les détails particuliers à chacune d'elles, nous nous attacherons à mettre en relief le caractère légal que communiqua le Préteur à ces conventions déshéritées avant lui, pour ainsi dire, de l'existence civile.

§ 1er. Du pacte de constitut (1).

Il y avait à Rome, dès les temps reculés, un usage que sans doute l'impulsion de la jurisprudence (*disputatio fori*) avait fait passer en force de loi. Les débiteurs exposés aux rigueurs de leurs créanciers, les amenaient fréquemment chez des banquiers (*argentarii*), qui soldaient la dette ou qui du moins s'engageaient à la solder à un jour donné. De cet arrangement résultait une action civile nommée *receptitia*, que le créancier pou-

(1) Inst. Just., *de Act.*, § 6. — Dig., liv. XIII, tit. 5. — Code, liv. IV, tit. 18.

vait à l'échéance diriger contre l'*argentarius* qui trahissait sa parole. L'obligation originaire concernait toute espèce d'objets, soit mobiliers, soit immobiliers, soit certains, soit fungibles. Mais la faculté de prendre ainsi sur soi (*recipere in se*) la dette d'autrui, et de fournir aux débiteurs de pareils accommodements, était un privilége attaché à la profession des *mensarii*, des *argentarii* et des *trapezitæ* (1).

Le Préteur vit bientôt dans le contrat de *receptum* ou *receptitium* (2) une théorie bonne à généraliser en Droit. Inspiré par l'axiôme moral « *grave est fidem fallere*, » il établit, par des paroles qu'Ulpien nous a transmises, que toute personne qui aurait donné jour pour le paiement d'une dette antérieure (*qui diem constituebat*) sans formalités, dans un simple pacte, se verrait néanmoins forcée de faire honneur à sa promesse au moyen de l'action spéciale *constitutæ pecuniæ* (3). Dès lors le contrat prétorien du constitut prit naissance.

On peut se lier par le constitut, quel que soit le ca-

(1) Vinnius, *Comment. ad Inst.*, § 8, *de Act.* — L'action *receptitia* pouvait même s'introduire par cela seul qu'il y avait une promesse du banquier : de la cause de cette promesse, on ne s'en préoccupait pas (Etienne, *Inst.*, sur le § 8 du tit. *de Act.*; — Vinnius, *loc. cit.*; — Salmasius, *de Modo usurarum*, ch. 16.)

(2) Ces noms ne sont pas pris dans la langue des jurisconsultes romains; on les trouve chez les interprètes. (V. Pothier, *Pand. Just.*, ad tit. *de Pec. const.*, appendix., et Vinnius, *loc. cit.* — Le mot *recipere* paraît avoir plus de force que le mot *promittere*, à n'en juger que par ce passage de Cicéron : « Velim existimes me ea quæ tibi promitto ac *recipio* sanctissimè esse observaturum? » Epist. 8, *ad Lic. Crassum.*

(3) L. 1, pr., D., *h. t.* — Ce qui suit est résumé des lois suivantes : L. 1, § 7 et 8; — l. 25, § 1; — l. 1, § 6; — l. 29; — l. 3, § 2; — l. 19, pr. et § 1; — l. 18, § 1; — l. 19, § 2; — l. 20; — l. 21, pr.; — l. 13; — l. 11, § 1; — l. 12; — l. 5; — l. 4; — l. 16, § 1; — l. 27; — l. 21, § 1.

ractère, civil, prétorien, ou simplement naturel de l'engagement préexistant. L'obligation légale, l'obligation délictueuse peut aussi lui servir de cause. Peu importe l'espèce de modalité qui affecterait la dette, seulement le constitut participe de la qualité de conventionnelle qu'elle pourrait comporter. — Il suffit que la dette existe au moment de la transformation que le constitut lui fait subir ; son extinction ultérieure est indifférente pour la validité du second contrat, qui tient bon même quand, à sa formation, la dette préexistante est anéantie, si, antérieurement à cette extinction, le débiteur a été constitué en demeure.

Relativement aux choses susceptibles de faire l'objet du constitut, les tendances de l'édit sont peut-être moins larges : le pacte ne doit reposer que sur une dette de quantités; mais, cette condition acquise, l'obligation nouvelle pourrait être égale ou inférieure en valeur à la dette antérieure ; il est même permis de la transporter sur un autre genre de quantités. Si la valeur du constitut dépasse celui de la dette primitive, le constitut ne sera pas nul, mais simplement réductible au taux de cette dernière. Au surplus, le constitut s'entend non seulement du mode de paiement, mais encore de toute satisfaction, de toute garantie souscrite pour le créancier. Rien n'empêche de le contracter sous des modalités de terme et de lieu différentes de celle que présente la première obligation, ou bien de l'affecter de ces modalités alors que celle-ci n'en comporte aucune.

Le point de départ du constitut peut être soit la dette du constituant lui-même, soit la dette d'un tiers, et, dans ce dernier cas, l'on tient peu de compte de la présence de l'obligé primitif, même de son assentiment.

La fixation d'un jour est inséparable de l'idée fondamentale du constitut. Qu'advient-il donc si elle est omise? Dans une matière où règne l'équité, il est facile de suppléer à la volonté des parties. Le terme oublié est sous-entendu et, comme tel, le juge le fixe d'ordinaire à dix jours.

Ne nous méprenons pas sur les résultats immédiats du constitut; loin qu'il fasse disparaître l'obligation primordiale, il la renforce par l'addition d'une nouvelle (l. 28, *h. t.*), et c'est ici le cas, ce semble, de citer l'aphorisme juridique : « *actio non transfertur sed adjicitur.* » Il est vrai qu'un seul paiement suffit pour éteindre l'une et l'autre. Que suit-il de là? Que si la première dette était dénuée d'action en tant que fondée sur un pacte nu, le pacte de constitut apporterait, grâce au Préteur, la sienne propre, et c'est ce qui fait l'un des grands avantages du *constitutum debiti alieni*. Il en sort, en effet, une espèce de fidéjussion prétorienne, beaucoup plus commode que la fidéjussion civile, à raison surtout des différences qui peuvent exister entre le second et le premier engagement (1).

En émettant le principe que l'obligation du constitut laisse vivre l'obligation précédente, nous entendons parler selon la doctrine du Droit civil. En fait, le premier engagement, nové par le constitut, sera toujours neutralisé dans son exécution. Ici nous ne pouvons éviter les espèces : quand Titius, mon débiteur à terme, aura obtenu de moi un constitut qui recule l'échéance de sa dette, il me sera loisible, en négligeant le constitut, de mettre en mouvement l'action primitive; il ne le

(1) Mackeldey, *Théorie du Dr. rom.*, IIe partie, § 429.

sera pas moins à Titius d'opposer l'exception *pacti conventi*. — Si j'ai prêté les mains à un constitut d'un autre genre, qui reporte sur un tiers tout le poids de la dette, sans doute j'aurais le droit, en attaquant Titius, d'oublier que je puis actionner ce tiers *ex constituto;* mais Titius ne sera pas moins fondé à me le rappeler par la même exception introduite à sa requête dans la formule.

Justinien soumit le pacte de constitut à une rénovation presque complète; il en autorisa l'emploi pour les dettes de *corps certains* comme pour celles de quantités; il rendit *perpétuelle* l'action qui en découlait et qui auparavant, en qualité d'action prétorienne, était annale (1). C'était là deux priviléges dont jouissait avant lui la vieille *actio receptitia,* laquelle cessa d'exister ou plutôt se confondit avec l'action *ex constituto,* régénérée (2). Sous le Droit des Pandectes, deux ou plusieurs personnes qui se liaient par constitut, répondaient solidairement de leur dette commune; Justinien leur applique le bénéfice de division établi pour les fidéjusseurs par le rescrit d'Adrien (3). Enfin, par sa Novelle IV, il appelle le tiers qui intervient par un constitut dans la dette d'autrui, à jouir du bénéfice d'ordre.

§ 2. Du pacte hypothécaire.

Le régime hypothécaire dans l'antiquité, est une des matières qu'a le plus creusé l'esprit d'analyse et d'investigation de l'école moderne, et il y a justice à

(1) Const. 2, Cod., *de Const. pec.*

(2) Inst. Just., § 8, *de Action.* — Theophili, *Paraphrasis*, h. l.

(3) L. 16, pr., D., *h. t.* — Const. *ult.*, Cod., *h. t.*

dire qu'aucune autre ne méritait à ce point d'être défrayée par la science contemporaine. Sans parler de la place considérable que lui a fait le corps des lois romaines (7 titres au Digeste et d'autres au Code), que de fruits n'est-on pas sûr de retirer d'un parallèle approfondi entre le système consacré par le Droit ancien, et celui qu'admet notre législation actuelle!

Un seul des nombreux détails qu'embrasse ce sujet est imposé à notre étude : il se réfère à la constitution du droit réel hypothécaire par la seule force d'un pacte prétorien.

Sous l'empire de la loi des XII Tables, le crédit ne pouvait s'acheter qu'au prix de certaines formalités rigoureuses, qui, ne tendant qu'à fortifier les droits du créancier, laissaient sans ménagement aucun la situation du débiteur. Celui que le lien du *nexum* enchaînait à une autre personne se voyait réduit, quand celle-ci réclamait une garantie réelle, à lui transporter la propriété d'un objet de son patrimoine par la mancipation ou la *cessio in jure*, avec cette réserve pourtant que le créancier remanciperait le même objet au débiteur si celui-ci payait sa dette. Ce procédé, d'une rudesse toute primitive, était loin de prémunir le débiteur contre la perte injuste de sa chose, excepté quand le créancier, devenu de la sorte propriétaire sous condition résolutoire, lui abandonnait la détention de l'objet, soit à titre de louage, soit *precario* (1).

A ce transfert de propriété sous *fiducie*, — ainsi appelait-on le moyen de garantie que nous venons de

(1) Marezoll, *Droit privé des Romains*, § 100. — Schelling, *Droit de gage et d'hyp.*, § 6. — Gaïus, *Comment.* II, 60. — Paul, *Sent.*, lib. I, tit. 9, *et aliàs*. — Vinnius, *Comm. ad Inst.*, ad § 7, *de Act.*

mentionner, — se joignait l'espèce particulière d'usucapion appelée *usuréception* dont le débiteur avait parfois besoin pour recouvrer sa chose.

La société romaine, en se dégageant de l'étreinte des préjugés et des symboles théocratiques, demanda de plus solides institutions de crédit.

Le premier pas fut l'adoucissement de la *fiducia* par le *pignus*, c'est à dire le nantissement de la chose du débiteur par le créancier, non plus à titre de propriétaire, mais comme simple détenteur tout au plus capable de la faire vendre afin de se remplir de ses droits. Malheureusement cette possession n'avait qu'une sanction légale insuffisante, et si la chose échappait des mains du créancier pour tomber dans celles d'un tiers, celui-ci était à couvert de toute attaque. En un mot, le droit *réel* de gage était encore à naître. Le Préteur *Servius* (1) en eut l'idée avant tous, et imagina de l'appliquer au cas spécial du locateur de fonds ruraux, constitué par son colon détenteur à gage de certains objets. Ceux-ci, affectés à couvrir la créance du bailleur, étaient jusqu'alors perdus pour lui dès qu'il n'en avait plus la possession. L'action *serviana in rem* lui donna qualité de les récupérer quel qu'en fût le nouveau détenteur. A partir de ce moment, le contrat de gage ne se limita plus entre le bailleur et le preneur : la chose devint partie dans la convention. Elle fut *liée* envers celui qui la recevait et dut, en tout état de cause, lui être soumise

(1) Le contrat de prêt était devenu tellement en usage à Rome, qu'on avait l'habitude de sous-entendre la convention qui attribuait au prêteur, en garantie de sa créance, un droit sur les fruits de la chose qu'il avait prêtée. C'est de là que M. Hugo (*Histoire du Droit romain*, tom. I, p. 208) fait dériver l'action Servienne.

(*subjecta*) jusqu'au paiement de la créance : « *Jure pignoris non solùm tradita res est, sed obligata* (1). » Les successeurs de Servius étendirent son action à tous les cas de gage, et l'idée de cette ampliation se retrouve dans le nom de l'action *quasi-servienne*.

Contre le débiteur lui-même, cette action n'était pas la seule arme dont fût nanti le créancier gagiste : par elle la chose pouvait être suivie en toutes mains, vendue à certaines conditions, et sur le prix que produisait la vente, la loi appelait le titulaire du droit réel à se payer de préférence aux autres créanciers. Mais entre le débiteur et lui s'était formé un contrat de gage donnant naissance à deux actions personnelles, dont l'une, l'*actio pigneraticia contraria*, compétait au créancier gagiste dans le but principal de se faire indemniser des frais de conservation de la chose engagée. En outre, le gage supposant toujours une créance antérieure, l'action née de cette créance conservait sa première force, et offrait au même créancier gagiste une troisième voie de contrainte.

Le Droit prétorien n'avait pas encore dit son dernier mot. A une époque assez difficile à préciser, mais bien certainement antérieure à Cicéron qui mentionne l'hypothèque dans ses écrits, les prérogatives du créancier gagiste reçurent une consécration d'autant plus remarquable qu'elle heurtait de front un principe regardé comme une des colonnes du Droit romain. Le simple pacte fut admis à produire les mêmes effets que le contrat de gage, en ce qui touchait le droit réel que l'ac-

(1) Noodt, *Observat.*, lib. 1, cap. 7. — On trouve aussi dans les textes les mots *obnoxia*, *supposita*, pour désigner la chose soumise au droit réel de gage.

tion quasi-servienne venait de rattacher à ce dernier; en telle sorte que pour *obliger* un objet, pour l'affecter de préférence au paiement d'une dette, pour permettre au créancier de le suivre chez tous les détenteurs, la tradition à titre pignoratif ne fut plus nécessaire. Une convention nue (*nuda conventio*) acquit de par l'Édit la force d'engendrer un action, et, ce qui double l'importance de l'œuvre prétorienne, une action *réelle*, un droit *absolu* (1), le même que celui qui naissait du *pignus*.

Est-ce à dire, toutefois, qu'il faille accepter sans examen la confusion établie par le Digeste et les Institutes entre le gage et l'hypothèque, confusion telle que Justinien semble n'en faire qu'une question de mots? Non, les différences originelles du contrat et du pacte subsistent toujours: le premier impliquant l'idée de la livraison de l'objet faite au créancier; le second laissant le même objet aux mains du débiteur! Joignons à cela que le *pignus*, proprement dit, désigne plus volontiers le gage sur les choses mobilières; et bien que l'hypothèque romaine pût être assise sur les meubles, elle affectait plutôt le sol et la superficie : c'est là que devait la circonscrire le législateur moderne (2).

Tel est le caractère du pacte hypothécaire, le plus grand effort, selon nous, qu'ait réalisé le Préteur dans sa lutte oblique et voilée contre le Droit civil. Le *jus in re*, une émanation du domaine, est transféré par un simple pacte : Qu'on nous permette d'insister sur cette idée, elle nous prépare un argument pour la solution

(1) L. 17, D., *de Pactis*. — Bonjean, *Traité des actions en Droit romain*, t. II, p. 208.

(2) Vinnius, *loc. cit.* — Mülhembrück, *Doctr. Pand.*, II, § 299.

d'une question bien importante aussi, qui passera sous nos yeux dans l'étude des pactes légitimes. Tous les auteurs qui se mettent d'accord ici avec nous, sont-ils bien fondés à nous opposer plus loin l'inviolabilité du principe : « *Non nudis pactis sed traditionibus dominia rerum transferuntur?* » Dans l'hypothèque, la violation de cette règle est évidente, et, nous devons le dire, beaucoup moins naturelle que celle qui ressortirait d'un pacte productif de la servitude.

§ 3. Du serment extrajudiciaire (1).

Dans l'inflexible logique des premières lois romaines, le serment, même celui qui intervient à la suite d'un accord du débiteur et du créancier, n'est jamais une véritable preuve, et les choses doivent suivre leur cours en justice, sans que ni le magistrat, ni le *judex*, en fassent le moindre état. Mais en Droit naturel n'est-ce donc rien que l'affirmation de son droit ou de sa libération, reçue en quelque sorte par les dieux qu'on invoque et qui lisent dans le cœur des parjures? Une imposante présomption de vérité ne se dégage-t-elle pas de cet acte solennel, auquel d'ailleurs l'adversaire a déclaré subordonner sa cause? Du moment que le serment déféré a été obtenu, le litige a disparu dans une transaction de la plus haute valeur, mise au-dessus de la chose jugée, résultat elle-même d'une transaction (2).

C'est ce que le Préteur avait compris : A ses yeux, le

(1) Sources : Paul, *Sent.*, II, 1 ; — Inst. Just., § 11, *de Act.*; — Dig., XII, 2; — Cod., IV, 1.

(2) Vinnius, *Comment. ad Inst.*, § 11, *de Act.* — L. 2, D., h. t.

serment, donné à l'écart de la justice, mais constant ou non contesté dans le fait de son existence, remplaçait un jugement, prenait même une autorité plus respectable, et, partant, devait terminer le procès. Donc, si l'adversaire de la partie qui l'avait prêté ne le déniait pas, il s'avouait vaincu, et la réalité de la dette ne pouvait plus faire question, ni devant le Préteur, ni devant le juge (1). Il importait seulement que le serment fût prononcé à la suite d'un accord entre les deux contendants, sans quoi l'idée de transaction, souveraine ici, n'aurait pu avoir de raison d'être (2). Si la partie sommée de jurer en faveur de son droit ou de sa libération, et prête à le faire, s'en voyait dispensée par l'autre, le serment était tenu pour prêté; au point de vue de l'efficacité légale, le *jusjurandum* et la *volontas suscepti jurisjurandi* sont placés sur la même ligne (3).

Si le Préteur crut devoir organiser, pour le serment extrajudiciaire, l'action *in factum de jurejurando*, ce fut dans l'unique pensée de charger le juge, en cas de dénégation des faits, de prononcer sur la réalité ou la non réalité de la transaction : Mon débiteur Titius m'a déféré le serment, je l'ai prêté; si ne contestant pas le fait du serment il veut dénier sa dette, évidemment je n'aurai pas besoin d'action pour le poursuivre; sinon peut-être l'*actio judicati* qui le contraindra à s'exécuter comme il devrait le faire après une sentence (4). Si Titius s'attachait à nier le serment, c'est dans ce cas

(1) L. 5, § 2, D., *de Jure jurando*. — L. 76, D., *de re judicata*.

(2) L. 3, pr., D., h. t. — L. 5, § 4, h. t.

(3) L. 6; l. 9, h. t.

(4) Arg. l. 30, D., *de re judicata*. — Donellus, *Comment. jur. civ.*, ad tit. *de Jur.*

que l'action *prétorienne* de *juramento vel an juraverit*, serait mon refuge; et le *judex* qui en serait saisi, sans vérifier le fondement de ma créance, devrait élucider le point de savoir s'il y a eu entre nous serment prêté.

Renversons l'espèce : Supposons que Titius, toujours mon débiteur, atteste sa libération par un serment à lui déféré; plus tard, sans me préoccuper de ce fait, j'attaque Titius par l'action de ma créance; de deux choses l'une : ou le serment intervenu sera avoué de moi, et la transaction, ainsi reconnue, rendra mon action non recevable; ou j'en méconnaîtrai l'existence, auquel cas mon action ne subira pas d'entraves, mais libre à mon défendeur d'y faire insérer une exception *jurisjurandi* (1), conçue *in factum*, et donnant mandat au *judex* d'éclaircir le point contesté.

Des conditions particulières sont requises des contractants, pour prêter un serment valable ou pour le référer; nous ne nous arrêterons pas sur des questions dont l'importance pâlit devant celle des principes fondamentaux qui viennent d'être exposés. La théorie du serment extrajudiciaire mène à une conclusion qui, pour nous, est d'une grande évidence : c'est que ce serment a un caractère tout autre que celui d'un pacte prétorien; il nous révèle un acte consensuel auquel le Préteur attache, non pas les effets d'un contrat, mais ceux d'une décision judiciaire. Dès là que cet acte est constant, ni magistrats, ni juges n'ont à intervenir, si ce n'est pour en assurer l'exécution. L'action, l'exception *jurisjurandi* n'ont pas à sanctionner la transac-

(1) Inst. Just., § 4, *de Except.* — L. 9, pr., D., *de Jure jurando.* — L'exception *pacti conventi* ou *doli mali* est en outre applicable en pareille occasion.

tion. L'Édit les recommande comme des moyens de vérification bons à employer, quand la contestation porte sur le fait. Le point est-il mis en lumière? la justice donne acte de la transaction et veut que les parties la respectent. Les preuves sont-elles insuffisantes? on considère le serment comme non avenu, et l'affaire suit son cours régulier. Ce qui achève de nous affermir dans cette idée, c'est qu'une loi du Digeste réserve au défendeur, pour se parer contre les conséquences d'un serment avoué ou judiciairement reconnu prêté, les mêmes moyens de défense dont on lui permettrait l'exercice après un jugement, *in causâ judicati* (1).

§ 4. Du *receptum arbitrii*.

Le compromis, en Droit romain, réunit deux conventions d'un but différent, dont l'une réside dans la promesse faite aux parties litigeantes par la personne choisie pour arbitre, d'examiner et de vider le point qui les divise : c'est le *receptum arbitrii*. En supposant l'absence de toute stipulation, l'arbitre pourrait impunément se dispenser de tenir parole, si l'Édit n'avait ménagé aux intéressés une action *de recepto*, qui tient sous la menace d'une amende l'arbitre manquant ainsi à sa mission. L'action *de recepto* a donc une tendance purement pénale. Au reste, elle demeure sans application quand les parties qui ont fait à l'arbitre l'affront de l'abandonner, veulent plus tard s'en remettre encore à sa décision; d'autres circonstances, appréciées par le Préteur, peuvent la rendre non recevable.

(1) Vinnius, *loc. cit*, in fine.

Nous retrouvons là, sans conteste, tous les caractères du pacte prétorien : une convention d'abord sans valeur légale ; et à un temps postérieur, une action inscrite sur l'*album prætoris*, pour la sanctionner (1).

Quant au second élément du compromis (la convention entre parties de prendre des arbitres), nous le verrons figurer plus bas dans la longue galerie des pactes légitimes.

§ 5. Du *receptum* des hôteliers, bateliers, etc.

Voici encore un pacte favorisé du Préteur, et qui, de même que le précédent, occupe un titre au Digeste (IV, 9). De plus, il y a lieu de remarquer que l'engagement qu'il contient, est fort souvent tacite, ce qui ne fait pas d'obstacle à l'action établie pour en faciliter la réalisation. L'obligé, c'est le maître d'hôtel, le batelier, le maître d'étable (*stabularius*), qui ont dû recevoir les effets des voyageurs, à charge de les soigner et de répondre des dégradations ou pertes qu'ils pourraient encourir, soit d'eux-mêmes, dépositaires de ces objets, soit de leurs gens de service, soit aussi d'un tiers, en mettant à part le cas fortuit et le dépérissement interne de la chose (2). « *Nisi restituent, ego judicium dabo,* » disait le Préteur. Cette action (on est conduit à traduire ainsi le mot *judicium*) est perpétuelle et persécutoire de la chose (3). Elle peut être in-

(1) L. 3, § 12 ; l. 9, § 3, 4, 5 ; l. 11, pr., § 1 ; l. 15 ; l. 32, § 12, D., *de Recept. quum arbitrio recept.*

(2) Mackeldey, *op. cit.*, § 433.

(3) Pothier, *Pand. Just.*, ad h. t.

tentée s'il s'agit de marchandises remises à un capitaine de navire, même avant leur dépôt sur le bâtiment (1).

L'action *de recepto* tient, d'un côté, à l'action *locati conducti;* de l'autre, à l'action *furti*. Aussi le voyageur, victime d'un vol, ne peut-il cumuler les deux actions. Cependant, se demande Pothier (*Pand.*, ad h. t., *in fin.*), des deux actions que fait naître le même délit (le vol), quand l'une est pénale et l'autre persécutoire de la chose, pourquoi l'exercice de la première entraîne-t-il l'extinction de la seconde? Pour répondre à cette question, continue-t-il, reportons-nous aux glossateurs: Ils soutiennent que l'adjonction des deux actions ne peut s'imposer comme un principe, si l'une d'elles doit son introduction, non pas au droit commun, mais à la prévoyance du Préteur appliquée à une hypothèse toute spéciale.

§ 6. Du Précaire.

Avant de porter notre attention sur les principaux pactes légitimes, il est de notre devoir de rappeler une controverse qui date d'une époque antérieure à Doneau et à Cujas, et dont la solution est encore loin d'être uniforme chez les auteurs. Il s'agit de rechercher si le précaire doit être mis au nombre des pactes prétoriens, s'il ne doit pas, de préférence, compter comme contrat véritable, ou si encore il n'est pas mieux d'en faire un quasi-contrat, car cette dernière opinion compte également des défenseurs. Pour ne citer que le plus célèbre d'entre eux, Cujas, dans son Commentaire de la loi 3, au

(1) L. 3, D., h. t.

Dig., de *Verb. sign.* (1), s'efforce d'en arriver là par un raisonnement dont nous confessons ne pas saisir la valeur. Qu'est-ce que le précaire, dans les lois, ou, ce qui est plus exact, dans les mœurs romaines? la livraison d'une chose à une personne, dans le but de lui en procurer l'usage : base identique à celle du commodat. Seulement, la permission de cet usage est dû ici à un sentiment de bienveillance qu'a provoqué la supplication (*preces*) du concessionnaire, et peut être révoquée au gré du concédant ; mais jusqu'à cette révocation, le précaire sera le résultat d'un consentement. Pourquoi donc vouloir lui choisir une origine étrangère? Cujas, pour la convenance de sa démonstration, éloigne autant que possible le précaire du commodat et le rapproche de la donation, dont cependant il est bien moins voisin par le fait. « *Precarium*, dit-il, *non est contractus sed donatio potiùs est et ideo precarium revocanto interdictum datur, non actio civilis aut si datur actio civilis, ex bono et æquo est potius quam negotio contracto.* » ... Et plus bas, persistant dans la même idée : « *Precarium totum pendet ex beneficio et liberalitate ut scilicet is qui accepit tandiù utatur quamdiù is voluerit qui dedit...* » Mais la donation, qui du temps des jurisconsultes classiques n'était pas un contrat, n'en renfermait pas moins les éléments d'un contrat ; et la preuve, c'est qu'il ne fal-

(1) Savigny (*de la Possession*, p. 509) n'admet pas non plus que le précaire soit un contrat. Il pense en outre, d'après Niebuhr, que l'origine doit en être rapportée à l'*ager publicus;* les patriciens, qui monopolisaient les concessions, faisaient à leurs clients des sous-concessions révocables ; et comme de patron à client l'action civile était impossible, le Préteur aurait établi, pour faire respecter le droit de révocation, l'interdit *de Precario*. — V. aussi Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, tome I, p. 383.

lut qu'un texte de loi pour lui en donner tous les effets. Avant Justinien, comme nous le verrons, c'était une convention simple, un pacte; et si l'on veut expliquer le précaire par la donation, de cette assimilation que verra-t-on sortir? un pacte, une convention, sans doute; un quasi-contrat, jamais.

Il est peut-être plus ardu de se prononcer pour la classification du précaire, entre les contrats innommés et les pactes prétoriens. Des deux côtés, les autorités sont respectables; toutefois, le système le plus en faveur nous semble être celui qui voit dans le précaire un cas de contrat innommé. C'est celui que nous suivrons avec Doneau, Pothier, Thibaut et Mülhembrück (1).

Le Préteur se serait borné, vers les premiers temps, à créer, pour le concédant qui voulait recouvrer la chose livrée à précaire, un interdit particulier, *de precario*. Plus tard, les jurisconsultes, ces oracles de la loi romaine, frappés de l'étroite affinité qui régnait entre le commodat et le précaire, en auraient fait, à l'image du premier, un contrat parfait par la chose et muni de l'action *præscriptis verbis*. Ainsi on les voit procéder, pour l'échange établi par analogie de la vente, et pour bien d'autres conventions, dont la réunion forme la classe des contrats innommés. Selon cette doctrine qui, nous le rappelons, est la nôtre, la part qu'a fait le Préteur à l'institution du précaire est assez restreinte. Pour les autres pactes qui viennent de passer sous nos yeux, sa

(1) Pothier, *Pand. Just.*, ad tit. *de Precario* : « Circà *contractum precarii* quærendum est... » — Donellus, *Comment.* XIV, 24. — Thibaut, *Pand.*, § 898. — Mülhembrück, *Doct. Pand.*, II, § 384. — *Contrà* Mackeldey et Brinkmann.

manière d'innover est aussi franche que possible, car il fait au grand jour paraître l'action. Il n'y a plus à s'y méprendre : en sauvant le nom, un nouveau contrat prend naissance. A l'égard du précaire, la question de contrat reste entière, même après la création de l'interdit, bénéfice attaché plutôt au fait de la possession antérieure au précaire, qu'au titre de créancier que le concédant tient de la convention. Aussi les Prudents doivent-ils compléter, sur ce point, l'œuvre inachevée du Préteur.

CHAPITRE III.

Des Pactes légitimes.

Il était naturel qu'à partir de la formation de l'Empire, l'influence du Préteur dût aller s'affaiblissant à mesure que grandirait l'autorité rivale du Prince tendant à annuler les diverses magistratures républicaines (la préture, le consulat), sans vouloir en apparence, par un vain respect pour le passé, les rayer de la nouvelle constitution politique. Cette phase de décadence que traverse le régime prétorien se termine sous l'empire d'Adrien, quand le fils de Trajan investit un prudent célèbre, Salvius Julianus, du mandat de colliger l'*edictum perpetuum* pour servir de règle aux magistrats futurs. De ce jour, le Droit né des Édits, Droit essentiellement mobile, change de nature et devient stationnaire; ce n'est plus que dans l'histoire qu'on le saluera comme la parole vivante du Droit civil (*viva vox juris civilis*). Il n'émettra plus jour par jour ses innovations, en traduisant les aspirations et les besoins de chaque

siècle; dorénavant, il va former non pas une lettre morte, mais un point fixe au sein de la législation. Est-ce à dire que l'élément mobile du Droit romain va disparaître? Non assurément, il ne fait que se déplacer: le Prince hérite du Préteur, la Constitution impériale succède à l'Édit.

Au nombre des réformes législatives opérées par les rescrits, beaucoup se rattachent à notre sujet : plusieurs conventions, que ni le Droit quiritaire ni le Préteur n'avaient sanctionnées, reçurent, de par les lois impériales, le bénéfice de la *condictio ex lege* (1); ce sont les pactes légitimes. En réservant des paragraphes distincts à l'étude des trois principaux, nous envelopperons les autres, bien moins importants, dans un quatrième et dernier paragraphe.

§ 1er. Du pacte constitutif de dot.

Nous sommes au règne des derniers Augustes : les anciennes théories sur la dot, si chères aux premiers Romains, la *dictio*, la *promissio*, la *datio*, se sont oblitérées des mœurs; un travail de simplification s'élabore et va rajeunir le Droit. Ainsi, pour arriver à la consécration des règles qui semblent indiquées par le simple bon sens, bien des siècles n'auront pas été de trop! La civilisation, imprégnée des doctrines du christianisme, est mûre pour l'avènement des institutions rationnelles et demande à se dépouiller des vestiges de mythes et de symboles, ce cortége obligé des législations dans l'enfance. Théodose et Valentinien sont

(1) L. un., D., *de Cond. ex lege.*

assis sur le trône ; ils y marqueront leur passage par de sérieuses améliorations, en tête desquelles se place la loi des Citations, prélude du Digeste, qui élève à la hauteur des dispositions législatives les consultations des éminents jurisconsultes du dernier siècle. Moins importante que la loi des Citations, celle que nous voulons mentionner est encore d'une grande valeur.

L'an 428, un rescrit décide que la simple promesse de dot, formellement constatée, abstraction faite des termes qui la formulent, doit impliquer contre le constituant une action en exécution de son engagement. Les expressions de la loi sont précieuses à enregistrer parce qu'elles dévoilent, aussi clairement que possible, les tendances en quelque sorte spiritualistes du nouveau Droit : « *Ad exactionem dotis quam semel præstari placuit qualia cumque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint, sive non scripta, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit subsecuta* (1). » Depuis, Justinien a renchéri sur ces dispositions déjà bien simples : L'*uxorius imperator* voulait à tout prix que la femme obtint sa dot, et il était loin de s'en cacher : « *Neque nobis ferendum est... mulierem fieri indotatam.* » C'est le même caprice impérial qui valut à la femme dotée les priviléges les plus exorbitants pour faciliter ses droits et reprises (2).

De quelle action se sert, à partir de Théodose, le bénéficiaire de la dot contre le constituant dont il peut

(1) Const. 4, Cod. Théod. (III, 12). — Const. 6, Cod. Just., *de Dotis promissione.*

(2) Const. 25, Cod., *ad s.-c. Velleianum.* — Const. uniq., § 1, Cod., *de Rei uxoriæ actione.*

n'avoir que la simple parole (*nuda pollicitatio*)? (1) Ici, — et cette observation s'applique à tous les pactes légitimes, — il faut se reporter au principe inscrit dans le Fr. du Dig., *de Cond. ex lege:* si une récente loi vient à établir un droit personnel comme conséquence d'une convention nue jusqu'alors, c'est la *condictio ex lege* qui sera mise au service de ce nouveau droit.

§ 2. Du pacte constitutif de donation.

Dans la vaste matière des donations en Droit romain, notre tâche se borne à mettre en saillie le caractère de l'œuvre réformatrice accomplie par Justinien et qu'avait essayée, pour une hypothèse particulière, un des empereurs précédents.

Il est aisé de se convaincre que la donation n'était pas en harmonie avec les mœurs romaines, surtout avec celles des temps primitifs. Comme l'acte qui opérait le transfert du domaine entre-vifs fesait supposer une convention antérieure, on ne s'habituait pas à croire que dans cette convention l'un des contractants eût sacrifié son patrimoine à l'autre sans avoir l'idée d'obtenir un équivalent (2). Loin que l'esprit de libéralité fût absolument banni de la formation des contrats civils, le commodat, le dépot, le mandat en fournissent le témoignage, mais

(1) Divers auteurs (V. Connanus, *Comm. jur. civ.*, v, 8) soutiennent que la simple promesse n'oblige pas d'après le droit des gens.— *Contrà* Grotius (*de Jure belli et pacis*, II, 11, § 1). — En Droit romain, à part le cas de constitution de dot, on regardait comme obligatoire le *votum*, ou promesse faite aux Dieux (l. 2, D., *de Pollicitatione*). — V. Marezoll, *op. cit.*, § 112. — Pellat, *Textes sur la dot commentés*, passim.

(2) Marezoll, *Droit privé des Romains*, § 127.

entre obliger son semblable et se dépouiller vivant en sa faveur d'une partie de son patrimoine, les Romains traçaient une ligne de démarcation profonde ; ce qui les amena à exclure la simple convention de donner du cercle rigoureux des contrats.

Si cependant nous inférions de ce qui précède que le Droit civil répudiait tout moyen de se faire des libéralités entre-vifs, la conclusion serait étrangement forcée. A part certaines restrictions qu'édicta la loi Cincia, vers l'an 550 de Rome (1), il fut toujours licite de constituer une personne étrangère, propriétaire d'un objet dont on voulait la gratifier. La *mancipatio*, la *cessio in jure* ou la tradition, selon la division des choses en *res mancipi* et *nec mancipi*, produisaient ce changement du domaine, et le Droit civil ne se préoccupait pas du motif qui avait inspiré au donateur son acte de dépouillement. Bien mieux, il admettait ce motif et reconnaissait alors une *datio animo donandi*, en termes plus brefs, une donation.

Les disposants pouvaient encore procéder d'une autre manière, en s'engageant, par les formes connues de la stipulation, à manciper ou à livrer tel objet. Le

(1) La loi *Cincia*, dont s'occupent avec détail les Fragments du *Vatican* (§§ 259–298) défendit de donner au-delà d'un certain taux, à des personnes autres qu'à des parents du 1er au 5me degré ; mais selon Ulpien (*Reg.*, I), sa sanction était incomplète (*minùs quam perfecta lex*), elle ne produisait qu'une exception en faveur du donateur qui n'avait pas réalisé sa promesse de libéralité : Encore a-t-on douté que l'exception naquît de la loi même, et quelques auteurs voudraient-ils en revendiquer l'origine pour le Préteur (Mülh., II, § 440). — L'exception *legis Cinciæ*, depuis un rescrit d'Alexandre-Sévère, ne passait pas aux héritiers du donateur, quand ce dernier, dans le cours de son existence, n'avait pas manifesté la volonté de rapporter la donation (*Vatic., Fr.*, § 259).

donataire se voyait alors nanti d'une action de droit strict, pour contraindre le donateur à opérer la tradition, la mancipation promises.

L'usage s'introduisit peu à peu de faire insinuer (c'est à dire de rendre publiques par l'insertion *apud acta magistratus competentis*), les donations d'une certaine importance, à l'effet d'avertir les tiers du dépouillement que subissait le donateur. Constance-Chlore donna force de loi à l'usage, en décrétant la nécessité de l'insinuation pour la validité des donations excédant 200 solides, et Constantin exigea de plus l'observation de certaines formes, entre autres, la rédaction d'un acte écrit et l'assistance de témoins (1); mais ces dernières dispositions furent abrogées sous Théodose et Zénon.

Nonobstant ces réformes successives, la donation continuait d'être ce qu'on l'avait vue dans son principe: un pacte nu, insusceptible d'emporter action sans l'aide de la tradition ou du contrat verbal. Il est vrai qu'un rescrit d'Antonin-le-Pieux, avait décidé que la promesse de donner entre ascendants et descendants — toute tradition ou stipulation mise à l'écart — engendrerait un droit pour le bénéficiaire (2), quand la volonté des parties serait hors de conteste; mais l'exception ne détruisait pas la règle, qui disparut seulement sous le règne de Justinien (3).

La donation, en vertu d'une Constitution de ce prince, devint un pacte légitime respectable par la *condictio ex lege*, un véritable contrat. Quant à l'insinuation, tout

(1) Const. 1, 6, Cod. Théod., VIII, 12. — Const. 25, 27, Cod. Just., VIII, 54.

(2) Cod. Théod., VIII, 12 (*de Donat.*) — 4, Const. Constant.

(3) Inst. Just., § 2, *de Donat.* — Const. 35, § 5, Cod., h. t.

en la maintenant dans l'intérêt des tiers, Justinien n'en fit une exigence légale que pour les donations au-dessus de 500 solides; encore certaines donations particulières en furent-elles dispensées. La nouvelle action, attachée à la promesse de donner, ne put jamais comprendre, au profit du donataire, ni les intérêts moratoires, ni les fruits touchés avant la *litis contestatio* (1).

§ 3. Du pacte constitutif de servitude.

A l'époque classique de la jurisprudence romaine, on compte cinq modes civils de réaliser l'acquisition d'une servitude : la mancipation, pour les servitudes rurales et pour toutes sans exception; la *cessio in jure;* l'*adjudicatio;* la loi; la *deductio,* dont s'occupent si longuement les Fragments du Vatican, en matière d'usufruit. Le sol italique était le seul sur lequel pût reposer le domaine romain, soit intégral, soit fractionné. Quant au sol provincial, dont la propriété fut réservée au peuple ou à l'empereur, les particuliers qui le possédaient n'avaient devant la loi que les titres de simples détenteurs, de concessionnaires. Pour eux donc, pas de *dominium,* mais une simple *possessio in bonis,* acquise par le mode purement naturel : la tradition. Pour eux encore, pas de servitudes proprement dites : le nom restait; la chose, juridiquement parlant, était transformée. Aussi, dans la création des fractionnements de cette propriété *utile,* ne faut-il pas rechercher les moyens purement civils d'acquisition que nous énumérons plus haut; les Institutes de Gaïus en font foi : Après avoir indiqué, pour les servitudes du sol italique, la

(1) L. 22, D., *de Donat.* — L. 16, pr.; l. 38, § 7, D., *de Usuris.*

mancipation et la *cessio in jure,* le jurisconsulte ajoute, dans le § 31 : « Pour établir les servitudes sur le sol des provinces, on a recours à des pactes et à des stipulations. » Sous Justinien, la distinction du sol romain et du sol provincial était effacée; la *cessio in jure,* la *mancipatio* appartenaient à d'autres temps. Voulant instituer un mode d'acquérir les servitudes, compatible avec l'ordre nouveau, Justinien jeta les yeux sur les coutumes des anciennes provinces, et y trouva une législation toute faite : il fut reconnu que les droits réels détachés de la propriété seraient légalement formés sur tous les points de l'empire par les pactes suivis de stipulations.

On a cité souvent la paraphrase de Théophile, pour expliquer les rôles respectifs du pacte et de la stipulation en cette matière. Le premier annotateur (en date) des Institutes, suppose que les propriétaires de deux fonds limitrophes *conviennent* d'asseoir une servitude sur l'un de ces fonds au profit de l'autre; le pacte serait sans valeur s'il n'était escorté d'une promesse dans les formes, de respecter la convention qu'il contient.

Jusque-là nous ne trouvons rien de bien particulier au pacte constitutif de la servitude; et si nous ne lui reconnaissions pas une force propre, distincte de la stipulation qui l'accompagne, nous n'en aurions pas fait un sujet d'étude parmi les pactes légitimes. C'est que dans notre pensée la stipulation confère à l'acquéreur de la servitude, contre le promettant, une action personnelle dont l'objet est d'empêcher celui-ci de mettre obstacle à l'exercice du droit concédé; mais le droit réel lui-même, la réduction du domaine qu'implique toute servitude, prendrait sa source dans le pacte, et

l'acquéreur du *jus servitutis* se trouverait armé, par l'effet de ce même pacte, d'une *actio utilis in rem confessoria*, pour revendiquer le *jus in re* qui lui est départi (1). En d'autres termes, le Droit de Justinien n'exigerait pas, en dehors du pacte et de la stipulation, une tradition quelconque, comme condition nécessaire de l'établissement d'une servitude.

Nous sommes loin de nous dissimuler toute la hardiesse de notre opinion, ainsi que la redoutable controverse qu'elle rappelle. L'ancienne doctrine (les Mérille, les Vinnius, les Otton) n'avait à peu près qu'une voix pour décider que le pacte, sans une quasi-tradition, n'attribuait au concessionnaire qu'un droit personnel, d'où la conséquence bien simple que, si après la convention et avant la délivrance de la servitude le promettant vendait son fonds à un tiers, celui-ci pouvait se refuser à exécuter la promesse, donnant pour raison qu'il y était absolument étranger.

Cette théorie régnait paisiblement dans la science depuis plusieurs siècles, lorsqu'au commencement du nôtre la forte voix d'un maître s'éleva pour la condamner. M. de Savigny, au grand étonnement, nous pourrions dire au grand scandale de ses collègues, enseigna que la création des servitudes s'opérait, en Droit romain, par la seule force des conventions. Depuis, Schmidtlein (*Dissert.*, Gœtting., 1823), Michelsen, Hasse, Schrader ont lutté vigoureusement pour défendre ce système, contre Duroy, Franke et Zimmern (2).

(1) C'est ce qui a lieu positivement pour l'action hypothécaire, ainsi que nous avons eu l'occasion de le dire plus haut.

(2) M. Warnkœnig (*Themis*, tom. x, p. 57 et suiv.) se fait également le partisan de Savigny. Parmi les auteurs récents qui ont écrit

En tête des graves objections qu'ont présentées ces derniers, nous rencontrons le célèbre principe « *Non nudis pactis sed traditionibus dominia rerum transferuntur* », inséré avec variantes dans plusieurs lois (1). S'il est impossible, disent nos contradicteurs, d'opérer le transfert de la propriété par le seul effet des pactes, les *jura in re*, dédoublements de la propriété, résultats de la décomposition des éléments du domaine, ne peuvent être le produit immédiat des conventions. L'argument n'est pas sans réplique ; sa force dépend de la solution d'une question préjudicielle, celle de savoir si, eu égard aux formalités du transfert, le domaine entier et ses démembrements sont rigoureusement traités sur le même pied. Or, l'étude de l'hypothèque nous a montré un pacte générateur d'un droit réel sur la chose d'autrui. La barrière a donc été franchie ; et si de solides raisons nous aident à prouver qu'il existe dans les servitudes une seconde dérogation au principe, ici encore elle devra tomber sans de grands efforts.

Nos adversaires se retranchent derrière un faisceau

sur les Institutes, l'opinion nouvelle, il faut l'avouer, a peu de chances : elle est partagée seulement par Mackeldey (*Théorie des Institutes*, § 291, ter) et Du Cauroy, qui, dans les premières éditions de ses *Institutes expliquées*, s'en tenait au premier système. Celui-ci compte de nombreux champions : MM. Ortolan (I, p. 421, dernière édition) ; Etienne (I, p. 269) ; de Fresquet (I, p. 288) ; Brinckmann (§ 475). — M. Marezoll (*Droit privé des Romains*, 2me partie, liv. III, § 97) se borne à poser la question. Notre savant et regrettable maître, M. Benech, dans son cours oral, professait aussi l'ancienne doctrine. Il en est de même de M. Pellat (*De la propriété et de l'usufruit*, p. 71) et des jurisconsultes allemands qui ont traité du Droit des Pandectes : Glück (IX, p. 64, 70) ; Thibaut (*Systèm.*, § 621) ; Mülhembrück (*Doctr. Pand.*, II, § 400).

(1) Entre autres, la l. 3, pr., D., *de Obl. et act.*, et la Const. 20, Cod., *de Pactis*.

de lois du Digeste, qui paraissent vouloir distinguer entre la stipulation d'une servitude et son établissement effectif (1). Mais ne confondraient-ils pas les époques ? Au siècle des jurisconsultes, la constitution des servitudes, d'après le Droit civil, doit résulter de la *mancipatio* ou de la *cessio in jure*, et, dans cet état de choses, il n'y a rien que de très logique à séparer la promesse de constituer une servitude, de l'acte constitutif lui-même. Mais nous savons qu'il en est différemment pour les servitudes provinciales, sur lesquelles Justinien a calqué les nouveaux modes d'acquérir les droits réels retranchés de la propriété. Cela est si vrai, qu'on peut mettre en confrontation avec les lois dont nous parlions, d'autres lois conçues dans un esprit tout opposé ; ce qui est dû aux interpolations de Tribonien et de ses collègues, préoccupés, sans doute, des modifications faites ou déjà proposées pour les modes d'acquisition des *jura in re*.

Lisons en effet ce qu'ils font dire à Gaïus, sous la loi 3, Dig., 9, de *Usufructu* : « Si quis velit usumfructum *constituere* id pactionibus et stipulationibus effici debet (2). » Ou Gaïus parlait des fonds italiques, et il a dû forcément tenir un tout autre langage, ou il parlait des fonds provinciaux, auquel cas sa phrase peut se comprendre sans recourir à l'idée d'une interpolation. Mais quoi qu'il en soit, en nous plaçant à l'époque de Justinien, les expressions de la loi sont d'une exacti-

(1) Entre autres la l. 20, D., *de Serv. præd. urb.* — L. 27, § 4, D., *de Usufructu.* — L. 20, *de Serv. præd. urb.* — L. 131, D., *de Verb. oblig.*

(2) V. encore la Const. 4, Cod., *de Usufr.* — Mais alors le Droit nouveau était inauguré.

tude parfaite et s'accordent de tout point avec le régime imposé récemment à l'acquisition des servitudes. Nos adversaires le sentent si bien, qu'ils ne peuvent atténuer la force de ce texte si explicite, qu'en torturant le sens du mot *constituere*, auquel ils veulent absolument appliquer l'idée de stipuler ou de promettre! A un argument presque désespéré, nous n'avons rien à répondre (1).

Ils disent encore : Vous devez admettre, sur la foi de certains passages du Digeste, qu'il existe une quasi-tradition, relative aux servitudes, et correspondant, pour les objets incorporels, à ce qu'est pour les choses corporelles, la tradition véritable; et cette quasi-tradition, si vous ne voulez pas qu'elle remplisse, à l'égard des servitudes provinciales, — plus tard à l'égard de toutes, — l'office de la *mancipatio* ou de la *cessio in jure* pour les servitudes des fonds italiques, à quoi la ferez-vous servir? quel sera le but de son institution? Notre réponse est facile : De tous les textes qui font allusion à cette quasi-tradition, c'est à dire à l'*usus servitutis*, il n'en est pas un qui l'envisage comme un moyen de constituer les servitudes (2), et c'est un argument de plus pour notre cause. Ces textes, en consacrant la tradition spéciale des droit réels, veulent donner une assiette à la publicienne utile ou aux interdits *veluti possessoria*, en faveur des concessionnaires de servitudes, quand elles ont été constituées par d'autres que par les propriétaires des fonds grevés.

Au reste, en ce qui touche l'établissement des servi-

(1) L. 20, *de Serv. præd. urb.* — L. 11, § 2, D., *de Public. in rem act.* — L. 1, § 2, D., *de Serv. præd. rust.*

(2) Warnkœnig, *Themis*, x, l. c.

tudes négatives, l'ancienne théorie est bien forcée d'abonder dans notre sens. On comprend que la *mancipatio*, que la *cessio in jure*, qui ne sont que des symboles, puissent se prêter à la création du *jus non ædificandi* ou *ne luminibus officiatur*, comme à celle d'un usufruit ou d'une *via*. Mais comment s'expliquer un *usus*, une *patientia* quelconque, une quasi-tradition enfin, se référant à des droits qui découlent de l'abstention d'un fait? L'expédient ingénieux de Thibaut, consistant à élever des simulacres de construction immédiatement détruits, n'avait été pris au sérieux par personne, et de guerre lasse, les dissidents se sont vus réduits à reconnaître la suffisance du simple consentement par rapport aux servitudes négatives, en cela infidèles à leur point de départ, la maxime : « *dominia rerum...* » Cette concession suprême nous donnerait à elle seule des défiances contre une théorie qui ne peut vivre qu'à l'aide d'emprunts faits à un système opposé, si les raisons que nous avons essayé de faire valoir, jointes à bien d'autres que nous devons taire, ne la ruinaient complètement à nos yeux.

§ 4. Du compromis.

Le compromis, que notre Code de procédure a conservé sous le nom d'arbitrage, se laisse observer dans le Droit romain sous un double aspect. Dans les rapports des parties litigeantes et de la personne choisie pour arbitre, il nous donne un exemple de pacte prétorien, et nous l'avons étudié comme tel. Dans les rapports des compromettants entre eux, il peut être défini : une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'obli-

gent à soumettre à un tiers, pris pour arbitre, la décision d'un point litigieux.

Cette convention, dans le principe, n'oblige ceux qui la contractent à se conformer au jugement arbitral, qu'à la condition de revêtir les formes de la stipulation. L'action *ex stipulatu* assure alors l'exécution de la sentence; et comme il est d'usage d'abord de déposer, plus tard de stipuler une somme en garantie de l'acquiescement des parties, l'action aboutit le plus souvent à la *condemnatio pecuniæ compromissæ* obtenue contre le récalcitrant (1); sinon, dans l'absence d'une clause pénale, la formule de la *condictio incerti : quidquid paret dare facere oportere*, offre à la partie lésée par la résistance de l'autre, une voie facile pour réclamer des dommages intérêts (2). — La décision de l'arbitre ne donne jamais lieu à l'*actio judicati;* c'est ce qui appelle la nécessité de consentir cette stipulation *pénale,* ou de la sous-entendre si le contrat verbal qui intervient n'exprime rien à cet égard (3). Et quant à la question du bien jugé de la sentence, les parties n'ont point à la soulever : la loi couvre l'arbitre de son égide (4).

Justinien trouvant utile de supprimer pour la convention d'arbitrage les formalités des paroles, le compromis se transforme en un pacte légitime (5). Une action *in factum* est désignée aux parties dans l'éventualité

(1) Heineccius, *Antiq. rom.*, IV, 11, 4. — Sigonius, *de Judiciis*, 1, 27, p. 501. — L. 2, D., *de Recept.*

(2) L. 27, ult., D., *de Recept.* — Brinkmann, *Inst. jur. civ.*, § 764.

(3) Const. Anton., Cod., *de Recept.*

(4) L. 27, § 2, D., d. t.

(5) Const. 4, Cod., h. t.

de la résistance de l'une d'elles; s'il y a dénégation du fait de la convention, la signature au pied de la sentence arbitrale est suffisamment probante, ou même, à défaut de signature, le silence des compromettants pendant dix jours, à partir de celui où la sentence est prononcée.

Mais, à part quelques rectifications de peu d'importance, les dispositions du droit des Pandectes, sur les personnes habiles à figurer dans le compromis et sur les choses susceptibles d'en faire l'objet, restèrent les mêmes. Avant, comme depuis le Code, le pupille, le furieux, le sourd-muet étaient exclus du rôle de compromettants; le juge nommé dans une affaire, ne put jamais être appelé à la décider comme arbitre. Enfin, une pareille fonction fut jugée, par Justinien lui-même, incompatible avec le sexe de la femme (1).

N'oublions pas que certaines causes, comme les affaires criminelles et les questions d'État, paraissaient, avec raison, se rattacher par des liens trop intimes à l'ordre social, pour que la solution en pût être abandonnée à d'autres qu'aux juges ordinaires (2).

§ 5. De quelques autres pactes légitimes.

La faveur impériale ne se restreignit pas aux conventions dont l'étude précède. Les Constitutions nous déroulent bon nombre d'espèces de pactes légitimes moins importants que ceux qui nous sont connus, d'une application peut-être plus rare, mais qui méritent d'en être rapprochés comme membres d'une même famille.

(1) L. 11, D., h. t. — L. 6, Cod., h. t.
(2) L. 32, § 6, 7, D., h. t.

I. Pactes des jeux licites.— Nous voyons Justinien (l. 3, Cod., *de Aleat.*) autoriser les enjeux et les paris d'argent, dans la limite d'un solide ou sou d'or, pour cinq espèces de jeux qui tendent à développer l'adresse et la force corporelles. En dehors de ces cas de tolérance; le jeu, loin d'être une source d'obligations, peut au contraire servir de cause, pendant cinquante années, à une répétition au profit du joueur qui aurait cru devoir acquitter sa dette.

II. Nauticum fœnus et autres pactes usuraires. — Les clauses d'intérêts dans les contrats *stricti juris* n'ont d'autres effets juridiques que ceux attachés aux pactes nus; c'est un point de doctrine incontesté, et sur lequel nous ne disons pas notre premier mot (V. *supr.*). De là il suit que le *mutuum*, pour donner lieu au remboursement d'un excédant sur le capital prêté, doit comporter une stipulation particulière à cette fin. Par exception, toutefois, il fut admis sous les Empereurs, à différentes époques, que le simple pacte réuni à la dation d'une somme donnerait droit à la réclamation, par voie d'action, des intérêts convenus, et, dans ces cas réservés, le *mutuum* imprime au pacte usuraire qui lui est joint le caractère d'un pacte légitime.

On distingue de la sorte :

1° Le *fœnus nauticum*, ou prêt d'une somme affectée à l'achat de choses maritimes (navire, agrès, marchandises à prendre à bord), par lequel le prêteur s'est fait promettre, dans l'éventualité d'une heureuse traversée, un surcroît de capital même supérieur au taux légal ordinaire, se résignant par contre à perdre le capital s'il survient un bris, un naufrage ou tout autre fortune

de mer. Ce contrat, également appelé chez les Romains *pecunia trajectitia*, a passé dans le Droit moderne sous le nom de *prêt à la grosse aventure*. Il repose, comme on le voit, sur une base chanceuse et incertaine, une *alea*, qui doit être avant tout prise en considération (1).

2° Les *emprunts faits à certaines villes*, comme nous l'apprend Paul dans le Fr. 30 du titre du Dig., *de Usuris* : « *Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usuræ pecuniarum ab eis creditarum.* »

3° Les emprunts d'*orge* et de *froment*, aux termes d'une constitution de l'empereur Alexandre, ainsi formulée dans le Code (Const. 12, tit. *de Usuris*) : « *Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto præstanda est.* »

Une remarque à faire sur ces trois pactes légitimes, c'est que leur valeur étant subordonnée à la condition de la remise du capital à l'emprunteur, il serait permis de les considérer comme des *pacta adjecta* de nouvelle création (2).

(1) L. 1 ; l. 5, § 1 ; l. 7, D., *de Naut. fœn.* — Duaren, ad leg. 4, h. t.

(2) Quelques auteurs, entre autres Noodt (*de Pactis et transactionibus*, cap. XII, in fine), et tout récemment M. de Fresquet (*Instit.*, tom. II, p. 145), seraient fort tentés de comprendre le *receptitium* des *argentarii* dont nous avons parlé, dans la catégorie des pactes légitimes. Par malheur, la Constit. 2, au Code, *de Const. pec.*, qui fait allusion à une formule solennelle adaptée dès les anciens temps à l'action *receptice*, se refuse à cette classification.

Nous en dirons de même pour M. Bonjean (*Traité des Act.*, tom. II, p. 208), qui paraît dominé par l'idée de faire de l'emphytéose un pacte légitime. La seule lecture des Institutes de Gaïus (III, 75) et de Justinien (III, tit. 24) nous éloigne de cette opinion. L'emphytéose, avant le rescrit de Zénon qui lui donna son nom et sa nature propre, était regardée comme un véritable contrat, rentrant selon les uns dans la vente, et selon d'autres dans le louage.

DEUXIÈME PARTIE.

DES PACTES *NUS*.

Leur caractère. — Leurs effets. — Du pacte *justum* et *injustum*. — Du pacte *ne petatur*. — Du pacte *ne ageretur*. — Du pacte *in rem* et *in personam*. —Des pactes successoraux. — Conclusion.

Toute convention qui, dès le berceau de la législation romaine, n'est pas admise à figurer dans le cadre resserré des contrats, reste confondue dans la multitude des pactes simples, si l'édit Prétorien ou le rescrit impérial ne l'appelle pas au bénéfice d'une action. Ces pactes, sans moyens directs de prévaloir devant les magistrats et les juges, ne demeurèrent pourtant pas déshérités de toute efficacité civile. On voit une époque où le Préteur prononce en leur faveur ces paroles si souvent citées : « *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta principum, neque quo fraus qui eorum fiat facta sunt* SERVABO. » Ce dernier mot est donc l'asile que va solliciter de la justice la bonne foi, trop confiante pour avoir songé à se faire une défense des modes d'engagement prescrits par le Droit civil. Il importe à ce titre d'en analyser le sens et d'en mesurer la portée.

Le Préteur partit de cette idée, que les pactes nus devaient contenir une obligation purement naturelle, et ce fut pour ce motif qu'il leur promit sa protection. Si cette protection ne se traduisit à quelques égards que par des demi mesures, peut-être vit-il un péril à couvrir d'une entière sanction des engagements faciles à obtenir, dans

les moments d'oubli, de bouches imprudentes et téméraires (1). Cette crainte était fondée sans doute, mais d'un autre côté, le manque de parole demandait bien souvent réparation : « *Turpe est fidem fallere.* » Placé entre deux écueils, le Préteur essaya d'un double procédé pour les éviter l'un et l'autre.

Une simple promesse de faire ou de donner ne pouvait pas autoriser celui qui l'avait reçue à requérir une *condemnatio* contre le débiteur ; mais aussi, quand ce dernier avait accompli sa promesse, l'équité eût murmuré de le voir revenir sur cette exécution et réclamer la chose livrée sous le futile prétexte que ses liens n'avaient pas été corroborés par le Droit civil. Le Préteur déniait donc la *condictio indebiti* et *conservait* le pacte suivi d'exécution. Autre hypothèse : Il y avait eu engagement dans les formes, et plus tard le créancier, dans les termes d'une simple convention *ne petatur*, s'était désisté de son droit ; l'action acquise par sa créance, même depuis le pacte, il pouvait l'obtenir sans conteste, mais en laissant le débiteur maître de grossir la formule d'une *exceptio pacti conventi*, qui d'ailleurs n'était qu'une variété de l'exception de dol (2).

Ainsi, la bienveillance du Préteur se manifeste pour les pactes nus par ce double résultat : tantôt les conventions rendent valable le paiement qui les accompa-

(1) J. Voët, *ad Pandect.*, tit. *de Pactis*, § 2 : « Ne imprudentiores sæpè verborum temerè prolatorum laqueis caperentur. »

(2) Gaïus, Inst., III, § 116. — Vinnius (*ad Inst.*, § 3, *de Except.*) va jusqu'à dire que si le pacte est constant pour le Préteur, il doit refuser l'action.

gne, tantôt elles donnent prise à une exception qui amène la décharge du débiteur (1).

Au delà de ces deux effets, leur valeur est nulle, alors même qu'elles s'imposeraient dans les circonstances les plus favorables, soit comme emportant un consentement donné à deux reprises différentes (*pactum geminatum*), soit comme renforcées d'un serment, au moins dans les cas ordinaires et sauf les innovations qu'a pu faire la loi (2). Il y a plus : tous les pactes nus, sans restriction aucune, ne sont pas susceptibles de l'*exceptio* ou de la *retentio soluti*. Le Préteur, avant de leur donner appui, recherche en eux des conditions de légalité que tous peuvent bien ne pas réaliser : il les veut purs de dol et de fraude, conformes à la législation. Ajoutons avec la loi 51 du tit. *de Pactis*, que l'erreur les vicie substantiellement, et avec la Constitution d'Antonin formant la loi 6, au Code, *de Pactis*, qu'ils doivent respecter les bonnes mœurs, à peine de nullité. Ces détails expliquent et légitiment la division créée par nos vieux auteurs, des pactes *justes* et *injustes* (*justa vel injusta*) (3). Dans le nombre des pactes *prohibés* contentons-nous d'indiquer les clauses usuraires au-dessus du taux légal (l. 9, Dig., *de Usuris*); l'intercession des femmes, d'après le s.-c. Velléien (Dig. XVI, 1. — Cod. IV, 19.); certains pactes dotaux disséminés dans plusieurs titres et qui contrarieraient la destination de

(1) Voët, *ad Pandect.*, loc. cit. : « Si exceptio et retentio soluti competat quo casu naturalis tantum est obligatio. »

(2) Le serment prêté d'un mutuel accord devient une transaction prétorienne, ainsi qu'il est dit plus haut.

(3) Duaren, t. I, pag. 69. — Cicéron avait dit : « Ex pacto jus est si quid inter se pepigerint se quid intereos convenit : pacta sunt quæ legibus observanda sunt. » (*Rhetor. ad Herenn*, lib. II.)

la dot ou l'autorité maritale; enfin les conventions nées des jeux et paris, en dehors de celles que tolèrent les lois.

Les pactes nus peuvent être *exprès* ou *tacites*, le simple consentement pouvant résulter de tout autre fait que la parole écrite ou parlée (1). Parmi les espèces de pactes tacites que font ressortir les textes, la plus remarquable est celle qui résulte de la remise du titre d'obligation faite par le créancier à son débiteur.

Sans nous préoccuper de la division tirée par Ulpien (l. 5, h. t.) de la considération des intérêts publics ou privés, division qui nous semble envelopper les contrats en même temps que les pactes, nous devons un moment d'attention à une espèce de pacte nu qui revient fréquemment dans les compilations du Digeste et du Code : il s'agit du *pactum de non petendo*, ou pacte de remise.

C'est celui que fait naître la promesse obtenue d'un créancier de ne pas demander au débiteur tout ou partie de sa dette (2). A propos de cet accord libératoire, les textes formulent la division des pactes *réels* et *personnels* (*pacta vel in rem vel in personam concepta*). Le pacte *in rem* libérait, au moyen de l'exception, le débiteur et tous ses ayant-cause; le pacte *in personam* ne sortait à effet qu'à l'égard des personnes désignées par le créancier en l'accordant. La loi 17, § 3 de notre titre, se montre à ce sujet fort explicite : « *Ne a se sed ut ab hœrede petatur.* » Le pacte *mixte* est à la fois *in rem* et

(1) L. 2, § 1, D., *de Pactis*. — L. 57; l. 4, D., h. t. — L. 2; J. 18, Cod., h. t. — Le gage des *invecta et illata* (l. 4, h. t.), nous offre un cas de pacte tacite *adjoint* au louage.

(2) L. 7, § 8, h. t.; l. 17, § 3; l. 21, § 1, D., h. t., *et alias*.

in personam; il suppose un créancier s'inhibant à demander le montant de la dette au débiteur ou à ses ayant-cause, mais autorisant d'avance ses propres héritiers à diriger l'action contre tout le monde (l. 57, h. t.)

On distingue encore le pacte *ne ageretur* qui allait plus loin que le pacte *de non petendo* et empêchait de délivrer la formule d'instance quand la question de son existence ne fesait pas d'ombre (1).

Le pacte de *non petendo* est péremptoire ou dilatoire au point de vue de l'exception qu'il entraîne, selon que le créancier s'engage à ne jamais attaquer son débiteur, ou seulement à suspendre ses poursuites pendant un intervalle limité (2).

Il est inutile d'ajouter que l'effet d'un pacte de remise sera neutralisé par un pacte postérieur conclu en sens contraire. Si le débiteur garde toujours le bénéfice de l'exception en vertu du premier, le créancier, à la suite du second, acquerra celui d'une réplique.

Les lois du Digeste parlent également du pacte *successoral*. S'il faut en croire Heineccius et Bynkershoeck (3), les conventions relatives à l'hérédité étaient entachées d'une nullité radicale dans les premiers âges de la législation romaine, et nous n'hésitons pas à partager cette opinion. La jurisprudence, d'accord avec l'Édit du Préteur fit plus tard fléchir la rigueur originaire des principes. Les pactes successoraux, en tant que pactes nus,

(1) L. 7, § 13, h. t. — Brissonius, *Formul.*, lib. 6, CXLVII. — Il paraît néanmoins que le pacte *ne ageretur* ne serait efficace dans les contrats de *droit strict*, qu'*exceptionis ope*, ce qui le réduirait, relativement à ces contrats, au rôle du pacte *de non petendo*.

(2) L. 3, D., *de Except.*

(3) Heineccius, *Antiq. rom.*, II, 10, 6. — Bynkershoeck, *Observ.*, II, 2, p. 113.

ne sont point proscrits du Droit à l'époque des jurisconsultes du Digeste, dont les Fragments nous en transmettent des cas assez nombreux : Pour n'en mentionner qu'un, il arrivait, dans maintes circonstances, que les héritiers, peu pressés de faire adition d'une hérédité suspecte à leurs yeux, s'y voyaient déterminés par l'engagement pur et simple des créanciers du *de cujus* de remettre une partie de l'*æs alienum ;* et ce pacte avait sans contredit tout l'effet d'un pacte ordinaire (1). La validité de la convention sur une succession future était même dans l'esprit de quelques légistes, puisque Justinien trouva nécessaire de résoudre législativement la question ; son rescrit la tranche dans le sens négatif, en faisant une réserve pour le cas où le *de cujus* aurait connu le pacte dont il s'agit et l'aurait formellement approuvé (Const. ult., Cod., *de Pactis*).

Le Droit romain ne réussit à prendre place chez certaines nations du moyen-âge, qu'au prix de nombreux sacrifices qui lui permirent de s'harmoniser avec un ordre de choses tout différent de celui dont il était l'expression. Dans ce déplacement de milieu politique et social qu'il dut subir, la théorie des pactes nus fut une des parties du grand legs juridique de l'antiquité que n'accepta pas la société moderne. Toutefois le divorce ne s'accomplit pas brusquement, sans transition. De graves et longues controverses sillonnent sur ce point le champ de

(1) L. 54, § 1, D., *de Manumiss. test.* — L. 59, D., *de Administ. tut.*

l'histoire du Droit. Les philosophes virent dans les pactes nus, à moitié délaissés par les lois civiles, une espèce de dégradation de la volonté humaine. Les théologiens, quoiqu'en ait pu dire Voët (1), protestèrent en assez grand nombre au nom du Droit canonique; enfin, parmi les jurisconsultes, Jacques Coren, Grotius, Wesel, Vinnius, dès avant Voët lui-même, avaient élevé la voix contre les distinctions surannées de la loi romaine, et l'opinion publique, qu'ils conquirent à leurs idées, aida puissamment les efforts de la science pour effacer des nuances anti-rationnelles entre les diverses manifestations du consentement.

Nos lois actuelles en ont-elles conservé quelques vestiges? (2) Il est bien vrai que l'accord de volontés présentant toutes les qualités substantielles qu'énumère l'art. 1108 du Code Napoléon, n'est pas suffisant à la validité de certaines conventions que la doctrine appelle contrats solennels; il est encore incontestable que l'incapacité de consentir ouvre, à des cas donnés, la théorie des obligations naturelles; mais devant le texte si clair de l'art. 1107 du même Code, il n'est plus permis en principe de poser des limites aux actes conventionnels; tous ceux qui se produisent (quelle que soit leur *cause*) (3), quelque nom qu'ils portent et quand

(1) Voët, *ad Pand.*, tit. *de Pactis*, § §. — Andræus Fachinæus (*Controversiæ juris*, Pise, 1601), lib. II, cap. 50. — Au rapport de ce dernier auteur, le pacte doit produire action, selon les casuistes Calefactus et Jason (ad leg. 7, *de Pactis*).

(2) Les lois anglaises ont certainement sur ce point plus de rapport que les nôtres avec le Droit romain. Le principe des pactes nus paraît s'y être conservé. (Blackstone, book II, ch. 30.)

(3) Nous adaptons ici à ce mot l'acception romaine de fait immédiatement générateur de l'action.

même ils n'en auraient aucun, trouvent un égal secours devant la loi. Elle se déclare satisfaite, et les magistrats, qui sont ses organes, ont mission de l'appliquer toutes les fois que décomposant les conventions ils en dégagent les conditions intrinsèques qu'elle-même a dictées : un consentement saisissable ; des personnes habiles à contracter ; un objet certain et un motif licite dans l'obligation qui s'est formée (1).

(1) Toullier (VI, nos 15 et 16) veut assimiler à des pactes nus nos donations nulles pour défaut de mention expresse de l'acceptation, ainsi que les conventions bilatérales qu'on a négligé de constater en double original ; mais cette opinion a été réfutée par M. Duvergier (sur Toullier, tom. IV, p. 8 et 9, en note).

DROIT FRANÇAIS.

PRINCIPES DE L'OBLIGATION NATURELLE.

Division du Sujet.

CHAPITRE PREMIER. — Aperçu philosophique de l'obligation naturelle.

CHAPITRE II. — De l'obligation naturelle à Rome.

§ 1er. Son origine et ses effets.
§ 2. Cas principaux où l'on peut en signaler l'existence.

CHAPITRE III. — De l'obligation naturelle dans le Droit français.

Parallèle avec le Droit naturel. — Parallèle avec le Droit romain. — Caractères spéciaux qui la distinguent de l'un et de l'autre.

CHAPITRE IV. — Application des principes aux cas les plus ordinaires.

§ 1er. Des actes irréguliers ou viciés de forme.
§ 2. Devoirs imposés par des liens du sang ou par des raisons de probité et de délicatesse.
§ 3. Obligations des personnes civilement incapables.
§ 4. Obligations annulées par des présomptions absolues.
§ 5. De la dette de jeu.
§ 6. Des obligations du failli concordataire.

CHAPITRE V. — Esprit de la jurisprudence.

Du rôle que la loi laisse aux tribunaux dans notre matière. — De quelques questions importantes, telles que les offices ministériels et les emplois publics non vénaux. — Examen de la question de savoir si, lorsque des raisons d'État enlèvent à une obligation naturelle la sanction civile, cette obligation, en tant que naturelle, continue de subsister.

Ceux pour qui la science du Droit est non seulement une science de textes, mais bien aussi une science théorique ; qui ne croient pas qu'on puisse établir une discussion sur des *règles-conséquences*, sans s'être entendu sur les *règles-principes*, nous sauront peut-être gré d'avoir porté nos investigations sur les caractères des obligations naturelles, morales et d'honnêteté publique.

J.-B. Sirey.

CHAPITRE PREMIER.

Aperçu philosophique sur l'obligation naturelle.

> Le jurisconsulte a besoin de venir puiser à la source du Droit universel les principes de justice, que tant de lois semblent dérober à ses yeux, et de chercher des motifs d'encouragement dans les vues utiles que cette étude lui suggère pour la réformation des lois.
>
> MERLIN, *Rép.*, vo *Droit naturel*.

SOMMAIRE.

I. Fondement du Droit naturel.
II. Fondement du Droit positif.
III. Des devoirs généraux imposés à tous les hommes.
IV. Des devoirs particuliers résultant de certaines situations. — La convention est la principale source de ces devoirs.
V. Une convention prohibée par le Droit civil l'est-elle nécessairement par le Droit naturel?
VI. Exemples d'engagements défendus par le Droit civil et tolérés par le Droit naturel.
VII. Exemples d'engagements défendus au contraire par le Droit naturel et admis par le Droit positif.
VIII. De la convention entachée de dol et de violence : Qu'est-elle en Droit naturel? Le serment peut-il lui donner plus d'efficacité qu'elle n'en aurait par elle-même.
IX. Résumé sur l'obligation naturelle.
X. Réfutation d'une idée de M. Zachariæ.
XI. Transition.

I. L'homme, être intelligent, s'élève, par l'exercice des facultés de son entendement, à la connaissance de lui-même, de la nature, de Dieu.

L'homme, être moral, est amené, dans ses rapports avec le monde extérieur et avec l'être infini, à conformer sa volonté sur l'idée première du bien ou du juste, qui s'empare de sa raison.

De là, tout un corps de règles dont l'étude appartient à la morale. De leur ensemble on détache, pour en former le Droit naturel, celles qui président aux rapports de l'homme avec ses semblables.

Cicéron a dit dans un magnifique langage, en parlant du Droit naturel : « *Est quidem vera lex, recta ratio naturæ, diffusa in omnes, constans, perpetua, quæ vocet ad officium jubente, vetando à fraude deterreat.* »

Le Droit naturel a un seul principe, l'idée du juste; une seule fin, l'équité, ou la conformité des actes de l'homme à cette idée, universelle et nécessaire pour tout être intelligent; une seule sanction, la conscience humaine.

L'instinct social, inhérent à l'homme, appelle une législation positive qui soit un guide sûr pour tous les membres d'une même agglomération, qui mette sous les yeux de chacun ce qu'il doit éviter pour ne pas détruire l'harmonie de la société dont il fait partie, laissant le reste à la conscience et à sa liberté naturelle. D'ailleurs, tous les philosophes, depuis Hobbes jusqu'à Montesquieu, n'ont pas craint de l'avouer : Avec la société, l'état de guerre commence; et cette vérité désolante fait naître l'influence salutaire des lois positives

qui sont un armistice entre les États et un traité de paix perpétuel entre les citoyens (1).

II. La loi positive, issue d'un même principe que la loi naturelle, le sentiment du juste et du bien, poursuit un but qui s'éloigne trop souvent de ce point de départ commun à l'une et à l'autre. Tandis que la loi naturelle n'a d'autre objet que de faire triompher partout l'équité, de rendre l'homme intérieurement meilleur, la loi positive se propose un objet moins élevé : l'utilité sociale, qu'on appelle l'équité civile, et devant laquelle a dû plus d'une fois fléchir l'équité naturelle (2). Or, s'il est au-dessus de la tâche du législateur de règlementer des matières où la préservation et le bien-être du corps social n'est pas en question, au moins le moraliste et l'homme de bien font-ils des vœux pour que ce but de conservation puisse être toujours atteint, sans voir le souverain, en édictant ses lois, voiler le front de l'immuable justice.

III. Tout acte humain relève donc de deux législations qui tantôt n'en font qu'une, tantôt se divisent et s'éloignent. Parmi ces actes, dont un grand nombre restent étrangers ou indifférents à l'une comme à l'autre, il en est qui sont commandés d'une manière plus ou moins impérieuse : ici par le Droit naturel seul, là par le Droit positif réuni au Droit naturel. Les grands axiômes de morale qui servent de lien entre les hommes et

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 1, ch. 2 et 3. — Villemain, *Éloge de Montesquieu.*

(2) L. 31, D., *mandati vel contrà.* — Favard de Langlade, *Répert. de Législation*, v° *Obligation*, sect. 3, § 3.

que l'Évangile a promulgués, s'imposent à notre conscience et lui créent des obligations : Tout homme doit commisération à son prochain qui souffre, doit être fidèle à ses amis, etc. (1). Mais ces obligations sont imparfaites, purement internes, et celui qui y contrevient n'en doit être puni que par la justice divine. Aussi le Droit positif n'a-t-il pu jamais avoir rien de commun avec de pareils devoirs, qu'on appelle devoirs généraux *de charité* et *d'humanité*, et qui sont des conséquences directes, nécessaires de la nature humaine.

IV. Dans cette haute région morale, la loi naturelle, sans contredit, doit régner seule, complétée, étendue, vivifiée par la religion ; mais si nous descendons à ces relations particulières qui s'établissent d'homme à homme, sans abandonner le domaine du droit naturel, nous commencerons à rencontrer celui du Droit positif. Ces relations font naître des devoirs spéciaux qui demandent protection. En effet, des conventions se forment qu'on était libre de ne pas consentir : Ne voit-on pas là s'élever, de toute la hauteur d'un axiôme, ce principe de justice que « nous nous devons foi les uns aux autres ? » La loi naturelle est donc appelée la première à sanctionner les conventions ; si maintenant, dans telle ou telle nation, un texte de loi formel apparaît, qui déclare que les contrats sont placés sous la protection du souverain (2), le lien naturel va se trouver fortifié d'un bien civil.

(1) Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, tom. II, p. 260. — Wolf, *Principes du droit de la nature et des gens*, liv. I, ch. 3, 14. — Dalloz, *Répert*, v° *Obligation*.

(2) Nous appliquons à cette dernière expression le sens le plus extensif, celui que lui donne J.-J. Rousseau dans le *Contrat social*.

V. Mais la législation humaine préoccupée de son but immédiat qui consiste, répétons-le, dans le maintien de l'ordre social, peut envisager comme inefficace à ses yeux une convention quelconque, un contrat désigné entre tous les autres. Ainsi rejeté du Droit positif, ce contrat nul n'aura-t-il aucune force selon le Droit naturel? n'emportera-t-il pas un devoir particulier de conscience? De deux choses l'une : ou sa cause et son objet ne sont pas réprouvés par la morale, alors le précepte de la confiance mutuelle que doivent se prêter les hommes donnera l'ordre intérieur d'exécuter l'engagement souscrit; ou bien cette cause et cet objet feront violence à la loi divine, et le contrat, au point de vue moral, sera considéré comme impossible à exécuter; dès lors pas d'obligation, même eu égard au Droit naturel. C'est que la règle morale qui préside à l'accomplissement des conventions doit, pour recevoir une application exacte, être subordonnée à d'autres règles prises plus haut encore dans la sphère des idées de justice absolue.

VI. Il n'est pas difficile d'élucider par des exemples ces données de la raison abstraite. La loi française défend les stipulations sur successions futures, sans doute parce qu'elle trouve un inconvénient, un péril social à en protéger l'exécution. Donc, le pacte sur une hérédité à venir est de nul effet dans le Droit positif; mais l'aphorisme moral sur la foi due à la parole humaine, ne résiste-t-il pas à cet anéantissement civil de l'obligation? Pour répondre, il importe de rapprocher l'espèce de ce régulateur suprême que nous avons signalé. La morale gémirait-elle de voir sanctionner na-

turellement une pareille promesse? On peut au moins en douter; l'objection du *votum mortis* est plus spécieuse que juste. Comment les jurisconsultes qui nous l'opposent peuvent-ils y croire bien sérieusement, quand nous la voyons sans force pour écarter de notre Droit civil d'autres actes conventionnels au fond desquels elle se laisse entrevoir de même, tels que les acquisitions moyennant rente viagère et les constitutions d'usufruit?

VII. De même qu'on peut observer des obligations naturelles dans certaines hypothèses où le Droit civil n'apporte aucune sanction positive, de même on peut citer quelques cas d'obligations édictées par le Droit civil, là où le Droit naturel n'en verrait aucune. Mais ces situations exceptionnelles ne suffisent pas pour fonder une classe séparée d'*obligations purement civiles*, comme le voudraient certains auteurs (1). M. Zachariæ tient cette distinction vague et inexacte. Nous hésitons d'autant moins à nous ranger de son côté, que des espèces que l'on prétend nous opposer comme isolées entièrement du Droit naturel, nous semblent faciles à justifier au point de vue de ce dernier Droit. Toullier puise d'abord un exemple d'obligation purement civile, dans la loi du 4 vendémiaire an IV, rendant tous les habitants d'une même commune responsables des dégâts commis sur le territoire communal par des attroupements armés. Passons condamnation sur cette mesure législative due en entier aux circonstances. « C'est, dit-il, une loi tyrannique, une violence couverte du masque de la loi, » *vis legem simulans*, dirait Bacon; et il continue

(1) Toullier, t. VI, n° 15 et suivants.—Duranton, tom. X, n°s 31-45.

ainsi : « Les règlements relatifs à la perception des contributions n'établissent contre les contrevenants qu'une obligation purement civile, *non une obligation naturelle.* » Voilà une pensée qui a lieu d'étonner de la part d'un auteur aussi recommandable; n'est-il donc pas selon les lois de la justice naturelle que chaque citoyen concoure, en proportion de sa fortune, aux charges de l'État qui, en retour, veille à sa sécurité personnelle et à la protection de ses droits(1)? En tant que l'autorité publique n'exige des particuliers que ce qui lui est nécessaire pour se maintenir, l'obligation de chacun de fournir dans ce but son contingent contributoire, procède bien certainement, sans se préoccuper de la coercition extérieure, d'un ordre formel de la conscience.

Quoi qu'il en soit, le psychologue qui se préoccupe de l'existence de l'obligation naturelle dans telle position donnée, doit s'attacher à ramener l'acte soumis à son analyse vers ce criterium infaillible que lui fournit la morale. La promesse de vente d'une succession future, toute prohibée qu'elle est, n'en sera pas moins respectable devant le for intérieur. Supposons au contraire un engagement conçu en ces termes : Je vous donne 100 fr. si vous tuez mon ennemi. Abstraction faite des lois humaines, la promesse peut-elle moralement tenir? Même opération psychique à faire; même essai de rapprochement de ce régulateur dont nous parlions. Ici, l'accord est de toute impossibilité entre les premiers éléments du sens moral et les suites d'un pareil contrat. Le contrat existe pourtant ; mais à raison de l'illé-

(1) Duvergier sur Toullier, *ibid.* — « Tous ceux que les contributions regardent sont obligés de les acquitter comme une dette très légitime. » (Domat, *Droit public*, liv. 1, tit. 5, sect. 1.)

galité morale de sa cause, son existence n'est qu'apparente et ne sortira à aucun effet.

VIII. Ainsi, les inspirations de la conscience dictent à l'homme, indépendamment des devoirs généraux d'humanité, des devoirs particuliers envers autrui, toutes les fois qu'il donne une promesse dans les limites de ce que permet ou tolère l'ordre moral, que nous pourrions appeler aussi l'ordre divin. Si l'objet, si la cause de sa promesse vont à l'encontre de cet ordre, non seulement elle ne reçoit pas de sanction interne, mais on peut la juger inexistante pour la loi naturelle. La réalité de l'obligation serait encore impossible, si la promesse obtenue était le produit d'un dol, d'une erreur, d'une violence ; car la première condition vitale de la convention, se tire de la liberté de l'homme.

Les canonistes, mêlés aux jurisconsultes, ont discuté la question de savoir si, dans ces derniers cas de dol ou de violence, le serment du promettant pouvait l'obliger ; et Grotius, qui reproduit l'opinion de saint Thomas-d'Aquin, pose l'affirmative, en se fondant sur cette prémisse qu'il y a eu promesse faite à Dieu. Seulement saint Thomas ajoute, qu'après avoir exécuté la promesse ainsi jurée, il est permis d'aller dénoncer à la justice humaine la fraude ou la violence qui entache la convention, et de demander en réparation la somme qu'à la suite de la promesse on s'est vu forcé de donner (1). Nous préférons croire, avec Puffendorf, que s'il

(1) « Voilà, fait observer à ce propos Merlin (*Rep.*, v° *Novation*), une singulière manière d'exécuter le serment : elle ressemble à ce trait d'un homme qui voulant concilier ses scrupules et sa conscience, imagina de mettre un gant pour donner un soufflet à un évêque. »

y a promesse faite à Dieu, Dieu ne l'accepte pas; il ne peut recevoir le vœu forcé d'un innocent fait pour échapper à un scélérat : tout au plus le Droit canonique pourrait-il relever une faute dans l'action d'appeler la divinité à témoin d'une parole que l'on n'a pas l'idée de tenir; mais alors il y a plutôt un tort à expier qu'une promesse à accomplir.

IX. Telle est, selon nous, l'obligation naturelle qui se déduit des notions philosophiques. C'est un devoir de conscience résultant d'une *situation particulière* que l'homme s'est faite à l'égard de son semblable, et qui, par ce côté, se distingue des devoirs généraux de charité, de bienfaisance, attachés immédiatement au seul titre d'homme, de membre de la grande association humaine. A l'égard de ces devoirs spéciaux, que la loi positive ait établi une sanction directe ou indirecte, elle ne peut jamais leur enlever le caractère d'obligation naturelle, même quand elle entraverait, quand elle entourerait de dispositions pénales tout acte tendant à les acquitter.

X. M. Zachariæ, le seul commentateur du Code Napoléon, — du moins à notre connaissance, — qui ait essayé de réduire en système la matière des obligations naturelles, nous fait entrevoir, comme un intermédiaire entre la morale pure et le Droit positif, une sorte de prototype de législation dont relèveraient toutes les obligations naturelles, au moins celles que le Droit positif n'aurait pas doté d'une sanction directe. Nous avouons que ce point de vue, encadré dans une théorie séduisante, nous avait arrêté quelque temps : une ré-

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE

flexion plus mûre nous l'a fait abandonner. A coup sûr, M. Zachariæ ne peut se flatter d'avoir pénétré les idées des rédacteurs du Code civil sur le sujet qui nous occupe; et quant à la discussion théorique de l'obligation naturelle (celle que nous fesons nous-même en ce moment), il la complique, à notre avis, bien inutilement, en élevant à côté des deux termes admis, le Droit naturel ou moral d'un côté, le Droit positif de l'autre, un troisième terme qu'il définit vaguement et qui participerait à la fois des deux premiers, leur servant en quelque sorte de trait d'union, de médiateur (1). Mieux vaut faire du Droit naturel une partie intégrante de la morale elle-même, et le regarder comme la source, et des devoirs généraux de l'humanité, et des devoirs résultant des relations particulières entre les hommes; devoirs qui, les uns et les autres, ne peuvent se soustraire à la juridiction intime de la conscience; la plupart du temps ceux de la seconde classe, que nous ne nommerons plus qu'obligations naturelles, procèdent de la volonté humaine, s'enchaînant par les conventions; dans d'autres cas, les rapports de famille les entraînent à leur suite.

XI. Pour nous faciliter la démonstration philosophique de l'obligation naturelle en dehors de toute loi écrite, nous nous sommes isolé autant que possible des données que pouvait nous offrir, soit le Droit romain,

(1) M. Belime (*Philosophie du Droit*, tom. 1er, p. 182) trace, comme M. Zachariæ, une ligne de démarcation entre la morale et le Droit naturel; mais les raisons qu'il expose ne nous ont pas convaincu.

soit le Droit français. C'est le moment d'aborder l'étude de ces deux législations, principalement de la dernière. En recherchant tour à tour ce que l'on désignait à Rome, ce que l'on désigne encore aujourd'hui, juridiquement parlant, sous le nom d'obligation naturelle, nous nous verrons forcé de modifier la définition à laquelle nous a conduit l'examen théorique du sujet.

CHAPITRE II.

De l'obligation naturelle en Droit romain.

> Il ne faut point séparer les lois des circonstances dans lesquelles elles ont été faites.
>
> Il faut éclairer les lois par l'histoire et l'histoire par les lois.
>
> MONTESQUIEU.

SOMMAIRE.

I. Corrélation entre la division des obligations civiles et naturelles, et la division du *jus civile* et du *jus naturale vel gentium*.
II. Effets des obligations naturelles qui ne furent pas adoptées par le Droit civil.
III. Différence entre l'obligation naturelle *théorique* et l'obligation naturelle romaine.
IV. Peut-on faire une classification dogmatique des cas où se produit à Rome l'obligation naturelle.
V. Rappel de la théorie des pactes nus.
VI. Des engagements du pupille, du fou et du prodigue.
VII. Des engagements de l'esclave, du fils de famille, de la femme mariée.
VIII. Autres cas d'obligations naturelles.
IX. Observation générale.
X. Transition.

§ 1er. Origine de l'obligation naturelle à Rome. — Ses effets.

I. Quand Ulpien, s'efforçant de trouver pour l'étude du Droit une division tripartite, enseigne, dans un Fragment reproduit aux Institutes, que le Droit naturel se distingue du Droit des gens, en ce qu'il comprend les lois que la nature inspire à tous les animaux, non seulement il commet (le reproche n'est pas de nous) une sorte d'hérésie en législation, mais encore il reçoit un plein démenti de la part des autres jurisconsultes romains. On ne connaît généralement à Rome que deux espèces de Droits : le *jus civile*, approprié aux mœurs de la cité, et composé de préceptes juridiques où se trouve l'empreinte d'un formalisme étranger aux autres nations ; et le *jus gentium vel naturale*, formé par la réunion de toutes les lois postérieures aux XII Tables qui consacrent des institutions reconnues chez tous les peuples, ou plutôt applicables à Rome aux membres de toutes les nations, Romains comme pérégrins ; le Droit naturel ou des gens fait primer sur la rigueur des principes, l'équité et la droite raison. C'est ainsi que s'explique la loi 5, D., titre *de Justitia et jure* : « Ex hoc jure gentium venditiones, locationes, *obligationes*, institutæ, exceptis quibusdam quæ jure civili introductæ sunt. » La vente, le louage, engendrent sans doute des obligations civiles, puisque le Droit romain les a érigées en contrats ; mais la seconde nature qu'ils ont revêtue en passant dans les lois, n'a pas fait oublier leur nature originelle ; ils n'ont pas cessé d'appartenir au Droit des gens, au Droit naturel, dont le caractère essentiel réside dans l'universalité de son application.

Le Droit civil ne s'assimila pas toutes les obligations

naturelles, et le *jus gentium* fût demeuré, sur bien des points, à l'état de théorie, sans l'intervention des jurisconsultes, sans l'autorités des Préteurs. Un grand nombre d'engagements que les lois quiritaires répudiaient, que le *jus gentium* demandait à sanctionner au nom de l'équité, trouvèrent un refuge dans les Édits. Notre dissertation précédente rend compte de la manière de procéder qu'adoptèrent les magistrats pour confirmer les obligations naturelles, et qui ne fut pas égale à l'égard de toutes. Pour certaines conventions, des actions prétoriennes furent indiquées sur l'*album;* pour toutes les autres, ainsi que pour les obligations vues d'un œil favorable par le Droit naturel, sans être néanmoins basées sur des conventions, les lois prétoriennes furent loin d'être muettes; mais l'action, ce ressort ordinaire et régulier de tout engagement du Droit romain, leur fit toujours défaut. Cette considération sert à expliquer la rareté dans les textes de l'expression *obligatio naturalis;* nonobstant les effets légaux d'un pareil lien, dès que l'action lui manquait, ce n'était que par abus de mots qu'on pouvait l'appeler obligation et dire qu'il produisait des créanciers et des débiteurs (1).

(1) R. S. Schultze, *de Naturali obligatione pupillorum dissertatio*, 1854, page 8.

M. Schultze suit le système de Savigny sur l'obligation naturelle. Tout en l'adoptant nous-mêmes, nous devons avertir qu'il a des adversaires. M. Brinzius s'élève contre cette opinion que le Droit naturel ou des gens forme un corps de principes fixes et positifs. Selon lui, le *jus gentium* ne serait qu'une collection de principes d'équité mal définis, surtout mal appliqués. Et l'auteur prend pied là-dessus pour soutenir que les pactes nus ne sont pas compris au nombre des obligations naturelles. — Mais alors où placer, se demande M. de Fresquet (II, p. 254), l'obligation produite par les pactes nus? — M. Holtius partage la même idée que M. Brinzius, et s'appuie sur la loi 7, § 4; la loi 27, § 2, D., *de Pactis;* la loi 1, § 2, D., *de Verb. oblig.*, et la loi 95, § 2, D., *de Solut.*

II. Quels peuvent être ces effets? L'un d'eux nous est connu : le refus d'action ; mais il n'est pas caractéristique de l'obligation naturelle.

Le second est le refus de la répétition (*retentio soluti*) dans tous les cas, et quand même le paiement aurait été fait par erreur (1); mais cet effet n'est pas exclu de tout autre engagement que l'obligation naturelle, car la *condictio ob turpem causam* aboutit parfois à un résultat analogue, dans le but de faire expier l'action coupable d'avoir souscrit à une convention illicite.

Ces deux effets, isolés, ne suffisent donc pas à faire reconnaître l'obligation naturelle, mais ils deviennent significatifs par leur concours avec les conséquences suivantes :

L'obligation naturelle peut être le point de départ d'une novation (l. 1, § 1, D., *de Nov.*); d'une fidéjusson (l. 16, § 3; l. 1; l. 6, § 2, D., *de Fid.*). De même pour ce qui concerne le gage (l. 5, D., *de Pign. et hyp.*), et le constitut (l. 1, § 7, D., *de Pec. const.*), on peut compenser avec une dette naturelle (l. 6, D., *de Compens.*

III. Nous n'avons pas besoin de pousser plus loin nos développements, pour nous convaincre de la différence qui sépare l'obligation naturelle produite par les données philosophiques, de l'obligation naturelle chez les Romains : d'une part, en effet, ce nom s'applique à tout devoir de conscience né à la suite d'un rapport spécial d'homme à homme, et muni ou destitué

(1) L. 10, D., *de Obl. et act.* — L. 16, § 4, *de Fidej.* — L. 13, § 1, *de Cond. indeb.* — L. 7, D., *de Nov.*

de point d'appui dans le Droit positif; d'autre part, on l'affecte à toute obligation dont le législateur s'occupe en considération du Droit naturel (*jus gentium*), et dont les étrangers partagent les bénéfices avec les citoyens. Par exception, le lien du Droit civil vient resserrer cette obligation; le plus souvent l'action en est absente et la loi ou plutôt le Préteur se borne à en valider certains résultats, tels que l'exécution et la formation des contrats accessoires.

§ 2. Cas où se produit l'obligation naturelle.

IV. Est-il possible de grouper tous les cas où se produit l'obligation naturelle à Rome, autour d'un petit nombre de causes, de manière à composer une classification dogmatique, ou se voit-on réduit à procéder simplement par ordre d'énumération ? Les interprètes du Droit romain ont suivi l'une et l'autre marche, et l'on comprend aisément que le travail de méthode entrepris pour faire réussir le premier système n'ait pas été en pure perte. Sans parler des profondes lacunes qui rendaient incomplet le Droit quiritaire, et que dut combler le Droit naturel quand on lui eut donné le Préteur pour représentant, la stricte application des lois primitives dans les hypothèses qu'elles avaient prévues, aboutissait à des iniquités flagrantes contre lesquelles l'opinion publique, justement affectée, chercha des remèdes à la même source. Le Droit romain doit donc nous fournir beaucoup d'exemples d'obligations naturelles, et des esprits ingénieux ont pu y trouver matière pour un classement. Les uns proposent la division tripartite des obligations naturelles à raison de la personne, à

raison de la chose, à raison de la personne et de la chose à la fois (1). Suivant d'autres (2), on devrait faire quatre catégories des sources de l'obligation naturelle avec les manifestations de volonté non conforme au Droit civil ; les contrats consentis par des incapables ; les obligations repoussées par une exception perpétuelle, et, en dernier lieu, certains devoirs précis non obligatoires. Le dernier terme de cette division nous paraît bien vague à côté des trois qui précèdent.

La vérité, s'il faut en juger par de nombreux Fragments du Digeste, c'est que les jurisconsultes Romains, peu pressés de systématiser la matière, désiraient, avant tout, s'accorder sur les *effets* produits par les obligations naturelles, bien entendu par cel es-là seules pour lesquelles l'action ne fut pas admise. Aussi en font-ils une énumération assez nette, et si l'on est fondé à appliquer sinon tous les résultats qui nous sont connus, du moins la plupart, à un fait dont le caractère est incertain, on peut se dire avec conviction : « Là se trouve l'obligation naturelle (3). » En ce qui touche l'analyse des cas d'obligations naturelles, le parti le plus sage, à notre avis, est de confondre les deux méthodes, et de faire à la classification dogmatique la part qui lui revient évidemment, en se contentant d'énumérer les espèces rebelles à toute idée de classification.

V. La première source de l'obligation naturelle nous est connue; il nous suffit de rappeler les pactes nus,

(1) Delvincourt, tom. II, p. 670 et suiv.

(2) *Revue de Droit français*, tom. VIII, p. 312 et suiv. — Journal du Palais, *Rép.*, v° *Obligation naturelle*.

(3) De Fresquet, *Instit. expliq.*, tom. II, p. 254.

c'est à dire, les engagements dans lesquels les formes du Droit civil n'ont pas été respectées. C'est en vain qu'une doctrine récente prétend contester les rapports du pacte nu avec l'obligation naturelle ; ils frappent l'œil de manière à ne laisser aucun prétexte à controverse. Le pacte nu donne-t-il lieu à une action ? N'est-il pas une cause légitime de la *retentio soluti* ? Ne peut-il pas servir de base à une fidéjussion, à une hypothèque ? Voilà bien les signes les moins douteux de l'obligation naturelle.

VI. Les engagements contractés par des incapables font pareillement naître des obligations naturelles. Toutefois le point n'est pas sans difficultés, et quand on se demande si le pupille contractant sans l'*auctoritas tutoris* est obligé naturellement, on se trouve en face d'un de ces nœuds gordiens de la jurisprudence romaine, sur lesquels des volumes entiers ont été légués à la science. Deux lois du Digeste, de Neratius et de Licinius Rufinus (1) sont opposées à de nombreux textes de Scœvola, d'Ulpien, de Papinien, de Pomponius, de Paul (2), et vraiment la lutte n'est pas égale : deux opinions isolées et obscures, en regard de l'imposante autorité des princes des jurisconsultes, ne nous sembleraient pas d'un grand poids dans la balance, quand même Savigny n'aurait pas tâché de mettre un peu d'accord dans la question en soutenant, non sans raison peut-être, que le point était controversé même

(1) L. 41, D., *de Cond. indeb.* — L. 59, D., *de Obl. et act.*

(2) L. 129, D., *de Verb. obl.* — L. 1, § 1, D., *de Nov.* — L. 95, § 4, D., *de Nov.* — L. 25, § 1, *Quando d. l. c.* — L. 42, *de Jur.* — L. 21, *ad leg. Falc.*

à Rome, mais que le dernier état du Droit offrait, comme incontestable, l'existence de l'obligation naturelle du pupille. Au surplus, à partir d'Antonin-le-Pieux, le pupille devient obligé *ex re*, même civilement, pour ce dont il avait profité à la suite du contrat fait sans l'autorisation du tuteur. Mais en dehors de ce cas, l'obligation naturelle du pupille n'aurait eu rien de bien périlleux, dès là que le Préteur accordait la *restitutio in integrum ob ætatem*. Les engagements du fou et du prodigue paraissent être radicalement nuls, même au point de vue naturel; seulement il y a lieu pour l'un et pour l'autre, ainsi que pour le pupille, à l'obligation civile *ex re* (l. 46, D., *de Verb. obl.* .)

VII. L'esclave, incapable de jouer le moindre rôle civil (les actes et les faits producteurs des actions *quod jussu* et *de peculio* ne sont, pour ainsi dire, que des rayonnements de la puissance dominicale); l'esclave a une personne naturelle que le législateur romain est amené malgré lui-même à respecter. Ainsi l'on décide que les engagements de l'esclave seront une cause valable de paiement après la liberté acquise (l. 13 D., *de Cond. ind.*)

Les personnes *ex eadem familia* ne peuvent contracter entre elles que des liens naturels (ll. 38 et 40, ff. *de Condic. ind.*) — Le fils qui emprunte contre les disposition du sénatus-consulte Macédonien est dans le même cas; mais la femme, en intercédant contrairement au sénatus-consulte Velléien, ne se lie pas même naturellement (1). D'où vient cette différence? C'est

(1) Le Préteur est bien libre de dire que l'obligation de la femme ne sera *pas même naturelle* à ses yeux; mais en ramenant les choses aux idées philosophiques, on trouvera toujours dans l'espèce un engagement naturel.

que ce dernier sénatus-consulte a été inspiré par l'intérêt de la femme, tandis que le premier est dû moins encore à la préoccupation des gouvernants pour les intérêts du fils qu'à leur haine des usuriers.

VIII. Jusqu'ici les auteurs constatent assez volontiers l'existence de l'obligation naturelle. Les contrats imparfaits par l'absence des formalités civiles, ou par l'incapacité des contractants, sont à peu près partout acceptés comme des sources de ces engagements. Mais à partir de là chacun suit une route à sa convenance. Pour nous, en laissant de côté la méthode dogmatique, nous croyons devoir simplement faire la liste des cas où la majorité des jurisconsultes reconnaît l'obligation naturelle.

a. Les *operæ officiales,* non jurées par l'affranchi, sont pourtant dues par lui naturellement. Il ne peut répéter ce qu'il donne à ce titre.

b. L'obligation naturelle survit à l'absolution injuste.

c. Elle survit à la prescription et à la péremption d'instance.

d. La constitution de dot par le père ou la mère n'est que l'exécution d'une obligation naturelle.

e. Avant l'époque d'Auguste, l'exécution des fidei-commis constitue pour l'héritier une obligation naturelle.

IX. Ces obligations naturelles ne produisent pas chacune tous les effets qu'en général on leur rattache et qu'on peut résumer dans les cinq idées suivantes : exception et compensation, paiement, cautionnement,

novation, ratification ; ils ne se rencontrent guère réunis que dans les pactes nus, dans les engagements de l'esclave et dans ceux des personnes *ex eadem familia*. De la plupart des autres, l'idée de fidéjussion est bannie, et de quelques-unes, celle de fidéjussion et de constitut.

X. Ajoutons que parmi les causes de l'obligation naturelle à Rome, il en est qui tiennent au génie particulier de la constitution romaine, et sur lesquelles par conséquent nous n'aurons plus à revenir. D'autres au contraire se rapportent à des considérations d'un ordre plus élevé, susceptibles d'applications même en dehors de ce Droit ; ce sont ces dernières que nous allons étudier dans le Droit Français, objet principal de notre dissertation.

CHAPITRE III.

De l'obligation naturelle en Droit fraoçais.

Bien que les devoirs de justice ne puissent se résoudre dans des considérations d'utilité, cependant, dans toutes les associations politiques, il est impossible de les séparer entièrement.

DUGALD STEWART.

SOMMAIRE.

I. L'obligation naturelle ne naît pas seulement des imperfections de la loi positive.
II. Néanmoins, plus la législation est vicieuse plus l'obligation naturelle est fréquente.
III. Les moyens qu'ont pris les divers législateurs pour fortifier l'obligation naturelle ont entre eux un point de commun.
IV. En quoi les procédés du législateur français se distinguent-ils de ceux du législateur romain?
V. N'y a-t-il pas des causes d'obligations naturelles en Droit romain qui ont dû disparaître sous le Droit français?
VI. Les effets des obligations naturelles ont été réduits dans la législation française.
VII. Comment doit s'entendre le mot *volontairement*, de l'art. 1235, C. N.
VIII. Réfutation des objections présentées contre le sens généralement adopté pour ce mot.
IX. Le paiement d'une obligation naturelle est considéré comme un aveu.
X. Comparaison de l'obligation naturelle selon le Droit français, et de l'obligation naturelle selon le Droit de la raison.
XI. Le législateur français n'a pas énuméré les cas d'obligation naturelle.
XII. Il s'est contenté de donner quelques indications.
XIII. Transition.

I. Une idée qui nous frappe en commençant l'étude des obligations naturelles, c'est qu'elles semblent tirer leur origine des vices de la loi positive qui se met en conflit avec le Droit naturel gouverné par les règles de l'équité. A mesure qu'on se pénètre du sujet, cette croyance passe à l'état de doute, et l'on en arrive à cette conviction, que la loi la plus voisine de la raison ne réussirait pas à bannir cette théorie vague, fugitive parce qu'elle dépend presqu'en entier des circonstances, cette théorie destinée à prendre place sous tous les régimes législatifs, à être appliquée en tous lieux par la justice humaine comme par le for de la conscience, devant lequel elle se produit d'abord.

II. Il n'en est pas moins incontestable que, plus les lois d'un pays seront en harmonie avec la grande loi d'équité qui a son siége dans la morale, moins on verra s'y traîner ces obligations boiteuses, ces droits méconnus en faveur desquels le législateur conseille forcément aux juges de négliger les textes qu'il vient d'écrire (1).

On est donc conduit à admettre dans les obligations naturelles, à côté d'un élément contingent, variable au gré du pouvoir législatif, un élément immuable et dont se préoccupera le souverain, à peine d'imprévoyance, chez tous les peuples civilisés. Et comment pourrait-il en être autrement? Si la théorie des pactes nus meurt avec la société romaine, est-ce qu'on ne verra pas dans tous les temps des impubères très clairvoyants en matière d'intérêts et, en dépit des lois, parfaitement habiles

(1) Belime, *Philosophie du Droit*, tom. I, p. 139.

à contracter? Est-ce que la chose jugée, le serment, ces présomptions dont l'ordre public réclame la consécration, ne feront pas toujours, en certains cas, chanceler la justice? Eh bien! à moins d'adresser le plus criant des affronts, nous ne disons pas à la morale, mais au simple bon sens, le législateur sera contraint de réglementer un pareil état de chose, de ne pas traiter également en les laissant choir toutes deux de la même manière, la convention passée par un mineur qui n'a plus qu'un jour à l'être, et celle qui impliquerait une cause illicite ou immorale.

III. En supposant démontré ce qui précède, les voies que prendra la loi pour se démentir avec elle-même seront différentes selon les nations; les effets qu'elle permettra de produire aux obligations naturelles après les avoir reconnues seront plus ou moins étendus, cela va de soi. Encore un trait commun les rapprochera-t-il partout. Sous l'empire de l'Édit, comme sous le Code Napoléon, le sujet actif de ces devoirs particuliers de conscience ne pourra les voir s'accomplir à son égard que par des moyens *indirects*. Seulement, ici, un fait *même indépendant* de la volonté du débiteur (la compensation, par exemple), sera un motif assez puissant pour faire déclarer valide l'obligation naturelle; là, au contraire, le rôle du créancier naturel sera presque négatif. Incapable d'élever la voix s'il ne se produit que des évènements en dehors de la volonté du débiteur, il devra toujours attendre qu'il plaise à ce dernier de venir se libérer; n'importe, la loi aura déjà assez fait en faveur de l'équité si elle a dit au débiteur : « Dans un intérêt supérieur dont je suis juge, j'ai enlevé à votre

créancier toute arme contre vous; en cela j'ai accompli ma tâche; si néanmoins un ordre intime vous presse d'agir en obligé, me voilà prête à prendre au mot votre conscience, à seconder son élan. »

IV. Cela posé, quelles sont les voies qu'a désignées le législateur français pour sanctionner les obligations naturelles? en quoi se nuancent-elles de celles qu'employait la législation romaine?

Certes, s'il est une matière juridique dont les principes forment autant d'emprunts à la loi naturelle, c'est celle des contrats. Là, surtout, on est amené à découvrir ce caractère d'universalité que cherchaient les jurisconsultes de l'ancienne Rome, pour composer le *jus gentium;* et cependant quelle profonde empreinte de nationalité jalouse, exclusive, les Romains n'ont-ils pas déposée dans leurs théories des actes consensuels! Quand Bossuet nous présente ces théories comme le code le plus parfait du Droit naturel, nous présumons qu'il avait surtout en vue les innovations des Prudents et du Préteur, et ces innovations elles-mêmes ne laissaient pas d'être incomplètes : les pactes nus nous l'ont témoigné.

Notre législation actuelle se recommanderait tout autrement, nous le disons sans crainte, à l'admiration de ce puissant génie; en parcourant le titre du Code Napoléon sur les obligations conventionnelles, on saisit d'un coup-d'œil ces hautes inspirations d'équité qui ont guidé ses rédacteurs, cette franchise large avec laquelle ils ont accueilli les données de la raison pratique qui sont au fond de toutes les lois affectées à régler les divers actes du consentement. « Il n'est besoin à l'égard

des contrats, disait M. Bigot Préameneu (1) dans son exposé des motifs, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. » « Tout ce que dit ici le législateur, fait observer à son tour le tribun Favard, doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. » Belles paroles, sans doute ; mais la meilleure profession de foi des légistes du Consulat devait se trouver dans leur œuvre : ils l'ont écrite moins encore pour des Français que pour l'humanité toute entière.

V. Un et homogène dans sa marche, le Droit français a dû consacrer la formule de législation trouvée avec tant de bonheur par le même Bossuet que nous citions tout à l'heure : « Il n'y a pas de Droit contre le Droit. » Donc, plus de Droit prétorien à côté du Droit civil ; un pareil contre-sens serait inutile aujourd'hui. Le reste se conçoit sans peine : De toutes les sources d'obligations naturelles qui se produisaient à Rome, celles qui se rapportaient aux accidents de la législation romaine, ne lui ont pas survécu. Sans nous répéter sur les pactes nus (2), l'extinction de la servitude a effacé les obligations naturelles de l'esclave ainsi que celles de l'affranchi. Les contrats entre personnes *ex eadem familia* sont acceptés par le Droit civil. Le sénatus-consulte macédonien n'a plus de vigueur : voilà donc l'obligation naturelle réduite de plus de la moitié des causes qui la fesaient paraître dans le Droit romain.

(1) Fenet, tom. XIII, p. 264.

(2) Nous agiterons plus loin la question de savoir si l'on peut trouver, sous le Code actuel, des espèces de l'obligation naturelle dans les contrats irréguliers de forme.

VI. Et ce n'est pas tout : la réduction dans le nombre des causes en entraîne une dans l'importance des effets. A Rome, les obligations naturelles, à cela près qu'on les voyait destituées d'action, réunissaient chacune en elle, au moins dans nombre de cas, les résultats ordinaires des obligations civiles (1) : exception, compensation, obstacle absolu à la répétition du paiement, même du paiement fait par erreur, contrats accessoires ; le créancier naturel jouissait fort souvent de ces avantages, l'idée dominante dans la matière étant de soutenir, par toutes les ressources à la disposition du Préteur, des conventions que le Droit quiritaire aurait laissé tomber.

Aujourd'hui, dès qu'une loi formelle annule tel acte, ce ne peut être dans l'arrière-pensée de lui prêter un appui subreptice ; si on la considère sous un pareil jour, l'obligation naturelle n'est plus acceptable en Droit français. Ni par voie d'action, ni par voie d'exception, de compensation, les contrats déclarés nuls ou annulables ne trouvent grâce devant la justice. Quant au secours donné à l'obligation naturelle, il vient d'ailleurs : les auteurs de notre Code sont partis de l'idée qu'un *acte de volonté* du débiteur était indispensable pour assurer des effets civils à l'engagement inefficace ; jusqu'à cet acte, la loi se met à l'écart dans la lutte intérieure que soutient le débiteur entre son devoir et ses intérêts. En un mot, l'obligation naturelle n'est plus susceptible de produire un effet civil qu'à la condition d'une *ratification*, d'une *reconnaissance*, à cette seule

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 191. — Duranton, x, n° 31. — Delvincourt, III, p. 670, notes. — Toullier, VI, n° 280.

condition. Ouvrons le Code à l'art. 1235, 2° : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été *volontairement* acquittées. » C'est dire bien clairement (pour nous du moins), que la personne débitrice en conscience, doit faire une manifestation de sa *volonté libre,* pour que le paiement de sa dette soit valable, et que, partant, il n'y ait plus matière à répétition; il faut qu'elle sache bien que le Droit civil ne l'obligeait pas à s'acquitter de sa dette, à décharger sa conscience. Nous sommes bien loin du Droit romain, où le fait du paiement, nonobstant la surprise d'une erreur, entraînait la *soluti retentio,* et communiquait la force juridique à l'obligation naturelle.

VII. Nous n'ignorons pas que de très bons esprits se récrient contre cette opinion, alléguant que l'idée la plus vraisemblable, inspirée par ce mot, est l'opposé de toute violence ou compression. S'il fallait, en outre, disent-ils, la connaissance de l'inefficacité légale de l'obligation pour légitimer la *soluti retentio,* à quoi bon dénoncer l'obligation naturelle comme base d'une théorie spéciale, quand, dans l'absence de la moindre obligation, le paiement d'une chose, émané d'une personne qui savait ne rien devoir, s'explique dans le sens d'une donation et procure, en conséquence, au bénéficiaire la *retentio soluti* ?

VIII. On peut douter, après une attention réfléchie, que cette argumentation soit d'une grande solidité. D'abord, la libéralité peut-elle se présumer? Si la négative est admise, comme cela doit être, n'est-on pas induit à conclure que la personne qui a payé, sans rien

devoir même naturellement, sera recevable à attaquer son paiement pour absence de cause, plaçant ainsi son adversaire dans la nécessité de prouver la donation? A cette hypothèse comparons celle où une autre personne a soldé une dette naturelle, constante ou avouée : le paiement, dans cette dernière circonstance, sera valide, muni d'une cause légale, à moins que le débiteur naturel ne fasse constater l'erreur où il était en l'opérant.

Au surplus, le paiement fait en dehors d'une obligation naturelle serait nul comme donation, s'il n'était entouré des formalités requises par l'art. 939, dès là qu'il aurait eu pour objet un immeuble, et, pour tous les cas, l'*animus donandi* ne produirait qu'un acte soumis aux règles du rapport, de la réduction, de la capacité générale ou relative de donner, de recevoir; rien de tout cela n'aurait lieu à l'occasion du paiement d'une dette naturelle (1).

Enfin, s'il est besoin, pour achever de nous édifier sur la pensée de la loi, d'un témoignage qu'on ne mette pas en suspicion, M. Bigot Préameneu va nous le fournir : « Le débiteur, dit-il, qui a la capacité requise pour faire un paiement valable, et qui au lieu d'opposer ces divers moyens (il s'agit d'une obligation civile jugée ou prescrite, une véritable obligation naturelle) se porte *de lui-même* et *sans surprise* à remplir son engagement, ne peut pas venir dire qu'il ait fait un paiement sans cause; ce paiement est une renonciation de fait aux exceptions sans lesquelles l'action n'eût pas été admise; renonciation que *la bonne foi seule* et *le cri*

(1) Marcadé, sur l'art. 1235. — V. aussi *Revue de Droit français et étranger*, tom. VIII, p. 365 et suiv.

de la conscience sont présumés avoir provoqués ; renonciation qui forme un lien civil que le débiteur ne peut plus être le maître de rompre. » M. Jaubert s'exprime devant le Tribunat en termes non moins explicites : « Ne faut-il pas remonter au motif qui a déterminé le paiement, pour savoir si c'est une erreur absolue qui l'a occasionné, ou si, placé entre la loi civile qui l'absoudrait et sa conscience qui le condamne, le débiteur refuse de se prévaloir du secours de la loi civile, pour obéir à une loi plus impérieuse : celle de la conscience ? »

IX. Dans le premier passage cité nous nous emparons d'une expression qui sera comme un trait de lumière pour toute la route qu'il nous reste à parcourir. Oui, le paiement est *une renonciation* à la situation tranquille que la loi, sinon la conscience, fesait au débiteur naturel ; c'est la reconnaissance énergique de l'existence et de la valeur de la dette ; une ratification au premier titre, ce qui ne veut pas dire que de moins péremptoires ne soient admissibles : ainsi de la novation, ainsi d'une hypothèque ou d'un gage, ainsi d'une caution. Ces diverses accessions constituent, dans nos espèces, des modalités de reconnaissance de la dette principale. Il est même possible à un tiers de s'offrir en caution sans mandat aucun du débiteur lui-même, et la validité d'une telle fidéjussion s'explique comme une espèce de *porté fort* d'une reconnaissance devant plus tard émaner du débiteur. Au reste, dans l'esprit de la doctrine et de la jurisprudence, certains cas d'obligations naturelles rejettent quelques-uns des effets que nous venons d'indiquer.

X. Si maintenant, nous reportant en arrière, nous rappelons la définition de l'obligation naturelle telle qu'on la puise dans le Droit naturel lui-même, pourrons-nous faire usage, pour les lois françaises, de cette formule philosophique qu'il a fallu renoncer à appliquer dans le Droit romain? Chez nous, au sein d'une législation où prévaut l'équité, cette application est encore impossible. Un grand nombre d'obligations particulières de conscience sont cimentées par le Droit civil; d'autres reçoivent le bénéfice indirect que nous connaissons, bien moins caractérisé, bien moins fort que dans la loi romaine, puisque l'acquit de la dette est entièrement laissé à l'appréciation du débiteur. Mais d'autres obligations existent, abandonnées, proscrites mêmes par le Droit civil ou par la jurisprudence qui le traduit, et qui n'en sont pas moins du ressort de la justice suprême. Le pouvoir social est bien le maître de décider que dans tel ou tel cas il ne reconnaît pas d'obligation *naturelle*, à raison des inconvénients que cette sanction, si faible qu'elle fût, pourrait entraîner pour l'action gouvernementale dont il est le moteur; mais par cet acte d'autorité, dû à de seules considérations d'ordre public, il trace une ligne séparative entre l'obligation naturelle *abstraite* et l'obligation naturelle *positive*. Faut-il en donner un exemple : La Cour de Cassation (1) refuse aujourd'hui le caractère et les effets des obliga-

(1) Cass., 7 juillet 1841; — 30 juillet 1844; — 1er août 1844; — 5 janvier 1846, etc., et tout récemment encore, 4 mai 1856 (affaire Darrieu). — M. Duvergier soutient qu'il n'y a point dans les clauses secrètes, d'obligation naturelle; il faut ajouter : *positive;* nous comprenons d'ailleurs les motifs d'intérêt social qui déterminent le législateur, et les magistrats ses interprètes, à prononcer cette prohibition.

tions naturelles aux traités secrets conclus en matière de transmission d'office. Sans faillir au respect que commande une décision partie de si haut, peut-on croire la personne qui s'est constituée débitrice par un de ces traités, dégagée en pure conscience? La question se résout en la posant; dès lors nous sommes fondés à soutenir que l'obligation naturelle du Droit français ne peut exactement être définie que du côté par lequel elle regarde nos lois positives: en théorie ce serait un devoir spécial né dans la conscience. En fait, on ne peut s'arrêter à cette donnée, et il faut définir notre obligation naturelle, une obligation morale ou de conscience, que le texte ou l'esprit de nos lois rend apte à devenir civile, en vertu d'une reconnaissance ou d'un paiement volontaire. Sans doute on connaît mainte hypothèse où tous les modes de reconnaissance ne sauraient être admis; mais quand le principe est applicable, on peut, sans crainte d'erreur, dénoncer l'existence d'une telle obligation.

XI. Le législateur français s'est dispensé d'énumérer les espèces où les règles exposées plus haut demanderaient leur application, et s'est abandonné, pour l'accomplissement de cette tâche, aux lumières de la doctrine, à la sagacité des magistrats. Eût-il mieux agi de procéder d'une autre manière? Observons bien que nous sommes sur le terrain de la philosophie autant que sur celui du Droit, et qu'il faut y rechercher, avant tout, non ce que la loi prévoit, mais ce que l'équité commande. Pour en arriver là, il est indispensable d'entrer dans une profonde analyse des faits, quelquefois des sentiments. La lettre précise d'un texte aurait

souvent entravé le juge dans ses efforts pour faire triompher la justice ; et le but de la loi, par des obstacles venant d'elle-même, n'aurait pu être sûrement atteint (1).

XII. Il ne faut pas croire néanmoins que tout soit du ressort de la doctrine. Le Code Napoléon imprime à certains devoirs (nous ne parlons pas de ceux dont il fait des engagements civils) le caractère d'obligations naturelles ; le juge, par conséquent, se voit forcé de les admettre comme tels : c'est ce que l'on remarque dans les obligations des personnes légalement mais non moralement incapables de s'engager (art. 2012) ; dans les obligations déclarées prescrites (art. 2223), et dans quelques autres. S'il se présente des cas sur lesquels nos lois sont muettes, le juge est libre de se prononcer pour ou contre la réalité de l'obligation naturelle, et sa sentence ne peut fonder un recours en cassation, à moins qu'elle ne contienne la violation indirecte d'un texte légal (2).

XIII. Le chapitre qui suit est consacré à l'examen des cas d'obligations naturelles reconnues par la loi, et des plus saillants dans le nombre de ceux qu'admet la doctrine. De chacune de ces espèces il nous a été nécessaire de rapprocher une question, accessoire sans doute, mais d'une grande importance : celle de savoir si les créanciers du débiteur naturel sont appelés à critiquer la reconnaissance faite par ce dernier.

(1) La loi, quand pour des raisons d'ordre public elle écarte une obligation naturelle, s'exprime par un article formel ou fait comprendre son vœu par l'esprit de ses dispositions.

(2) Cass., 10 mars 1818 ; 13 janvier 1825. — Zachariæ, l. c.

CHAPITRE IV.

Application des règles exposées dans le chapitre précédent aux principaux cas d'obligation naturelle reconnus par la loi ou par la doctrine.

In casibus omisis deducenda est norma legis à similibus, et cum judicio... Itaque, quod contrà rationem juris receptum est, vel etiam ubi ratio ejus est obscura, non est producendum ad consequentias.

BACON, *de Fontibus juris*, aphor. XI.

SOMMAIRE.

I. Division du chapitre en six paragraphes.

II. La forme des actes est requise d'ordinaire *ad probationem* et par exception *ad solemnitatem;* conséquences.

III. La doctrine envisage-t-elle l'irrégularité des actes comme une source d'obligations naturelles?

IV. La reconnaissance d'un enfant naturel, faite sous seing-privé, ne donne pas naissance contre celui qui la fait à une obligation naturelle.

V. Ce qu'il faut penser de l'héritier renonçant à se prévaloir de la réserve.

VI. La constitution de dot est l'acquit d'une obligation naturelle.

VII. Les obligations du mineur qui agit avec discernement; de l'interdit dans un moment lucide, et de la femme mariée, sont dans notre droit des obligations naturelles.

VIII. Conséquences. — Examen d'une opinion de M. Zachariæ.

IX. L'annulation d'une donation consentie par un mineur porte-t-elle sur le contrat tout entier? — Controverse.

X. Des droits des créanciers dans leurs rapports avec l'obligation naturelle des incapables.

XI. Des incapacités relatives. L'esprit de la loi nous défend d'y voir une cause d'obligation naturelle.

XII. Fondement des présomptions de la chose jugée, du serment, de la prescription.

XIII. Elles laissent subsister l'obligation naturelle.

XIV. Idées diverses sur le caractère moral de la dette de jeu.

XV. Comment la considère le Code Napoléon.

XVI. L'opinion générale des auteurs concorde, en fait, avec la nôtre.

XVII. La distinction de Pothier, reprise par M. Troplong, est-elle juste dans notre Droit?

XVIII. Effets particuliers qu'attache la loi commerciale à l'obligation naturelle du failli concordataire.

I. A part quelques dispositions légales sur lesquelles l'hésitation n'est guère possible, toutes les espèces qui vont passer sous nos yeux ont été appréciées en divers sens par les auteurs et les magistrats. Nous acceptons volontiers cet état de choses qui a du moins l'avantage de transporter à la logique appuyée sur l'économie de la loi, la part d'autorité prise trop souvent par des dispositions formelles. L'étude successive de toutes ces hypothèses nous donnera l'occasion d'appliquer les principes que nous avons cru devoir exposer.

Nous examinerons séparément : 1° les actes irréguliers ou viciés de formes; 2° les devoirs imposés par les liens du sang, par la probité et la délicatesse; 3° les actes faits par les incapables; 4° les actes annulés par une présomption de chose jugée, de serment, de prescription; 5° les dettes de jeu; 6° l'obligation du failli concordataire. — Ces matières occuperont six paragraphes.

§ 1er. Actes irréguliers ou viciés de formes.

II. Le Code Napoléon garde le silence sur ce premier point, et doit être interprété d'après son esprit général. Pour notre compte, nous le voyons assez peu porté à reconnaître au fond des actes défectueux par la forme, des obligations naturelles; sans nul doute le Droit naturel parle ici plus haut que le Droit positif pour le jurisconsulte, et le dispose à fermer les yeux sur les tendances de la loi écrite. Il n'en est pas moins vrai que l'existence de ces tendances se dévoile à la suite d'une démonstration facile.

La forme des actes, d'après le Code Napoléon, est établie, en règle ordinaire, dans le but de faciliter des preuves recevables en justice (*ad probationem*). Si donc elle laisse à désirer, la preuve de l'acte s'en ressent par contre-coup; mais l'acte en lui-même change-t-il de caractère? Les obligations qu'il engendre, de civiles qu'elles étaient, deviennent-elles naturelles? Pas le moins du monde. Elles subsistent en tant qu'obligations civiles, seulement elles pèchent du côté de la preuve et par conséquent ne peuvent se produire, selon le brocart connu « *Paria sunt non esse et non probari.* » Dans cette extrémité le serment et l'aveu pourront toujours offrir une ressource au créancier, et si ces derniers moyens réussissent, l'obligation qu'ils constateront sera jugée comme n'ayant jamais cessé d'être civile.

Par exception, certains actes, tels que le testament, la constitution d'hypothèque, le mariage, la donation, doivent, pour acquérir une existence civile, être entourés de formalités spéciales. Si l'on passe outre sur le prescrit de la loi à cet égard, ces actes sont inexistants pour elle, partant, improductifs d'obligations, soit civiles, soit naturelles, en prenant ce mot dans l'acception non purement philosophique mais légale.

III. Ce raisonnement nous avons tout lieu de le croire exact. Est-il partagé par la doctrine et par la jurisprudence?

En ce qui concerne la donation irrégulière, auteurs et tribunaux paraissent assez d'accord pour se refuser à l'accepter comme obligation naturelle (1);

(1) *Contrà* Toullier, VI, 380.

cependant, chose singulière et presque inexplicable, le Code Napoléon lui-même, dans l'art. 1340, autorise la ratification d'une donation nulle par les héritiers du donateur.

En matière de testaments faits contre les formes, l'opinion générale est différente; des considérations d'équité pure portent à décider que l'héritier se trouve obligé naturellement d'acquitter les legs qu'un de ces testaments renferme. En poursuivant cette idée, conforme à la conscience mais non à la loi positive, on se prononce pour le refus de répétition du legs acquitté, pour la légitimité de toute reconnaissance ainsi que de tous les contrats accessoires que nous énumérons plus haut (1).

Les actes non *solennels*, défectueux dans leurs formes, paraissent à certains auteurs contenir une obligation naturelle. Ainsi conclut Toullier à l'égard 1° des actes sous seing-privé renfermant une convention synallagmatique et dénués de la mention des *doubles* (C. N., 1335); les billets sous seing-privés non entièrement écrits par la main du débiteur (1326); enfin, les mêmes billets non conformes aux dispositions des art. 1338 et 1340. Le savant annotateur de Toullier, M. Duvergier, s'élève à bon droit contre cette théorie; laissons-lui la parole : « Ces actes ne sont pas destitués d'action, leur preuve est plus difficile, voilà tout, mais elle n'est pas impossible. La partie qui veut poursuivre l'exécution de la convention, peut en établir l'existence au moyen de l'interrogatoire sur faits et articles ou la délation du serment; cette

(1) Duranton, x, 35.

preuve une fois faite, les juges devront forcer l'autre partie à remplir son engagement; il ne faut pas confondre la difficulté d'administrer la preuve d'une obligation avec le défaut de lien (1). » Ajouter à des paroles si précises, serait les affaiblir; du reste, Toullier lui-même semble se raviser, car après avoir dit que de pareils actes produisent une obligation naturelle: « ils produisent même, ajoute-t-il, une obligation civile, puisque le créancier pourrait déférer le serment à son débiteur sur la légitimité de la dette. »

§ 2. Devoirs imposés par les liens du sang ou par des raisons de probité et de délicatesse.

IV. En continuant de démêler l'obligation naturelle pure de l'obligation naturelle positive, il importe de s'assurer si les devoirs que nous avons en vue sont susceptibles ou non de réaliser quelques effets civils, en se guidant, pour la solution de cette question, soit sur le texte, soit sur la pensée de la loi; ce sera d'ailleurs notre marche accoutumée dans le cours des discussions qui devront suivre.

Au nombre des actes irréguliers nous avons, à dessein, omis de mentionner l'acte de reconnaissance sous seing-privé : c'est que de savants jurisconsultes en font un cas d'obligation naturelle, par la raison que la voix du sang enjoint au père d'élever et d'entretenir son enfant. Conséquemment, dans l'idée de ces auteurs, les sommes données à cette fin ne pourront être répétées; il y aura lieu à novation et aux contrats ac-

(1) Sur Toullier, VI, nº 16.

cessoires. — Nous considérons ces actes comme des donations pures et simples. Que dit, en effet, l'art. 334? que « la reconnaissance sera faite par un acte authentique; » hors de là, pas de constatation de la filiation illégitime; pas d'obligation naturelle devant la loi. La reconnaissance, acte solennel, est, sans moyen terme, régulière et valable, irrégulière et inexistante; les fortes autorités que nous combattons ne peuvent soutenir leur idée qu'en appelant à leur aide les ressources de l'équité naturelle. A ce compte, nous sommes prêts à nous rapprocher d'elles; mais chaque pas que nous ferons vers leur système ne nous éloignera-t-il pas de plus en plus du texte et de la pensée de nos lois?

V. La doctrine nous propose encore d'accepter comme le résultat d'une obligation naturelle positive, l'acte de l'héritier qui renonce à se prévaloir de sa réserve au profit des légataires, et sur ce point elle a pour elle la vérité : les sentiments de loyauté, d'honneur, de respect à la volonté des mourants, se réunissent pour détourner l'héritier d'accepter le bénéfice que les art. 913 et suiv. lui confèrent. La loi ne peut voir que d'un œil favorable ce trait d'abnégation personnelle, et comme il a une cause morale, pourquoi n'interposerait-elle pas son autorité quand il se produit soit par le paiement des legs, soit par tout aveu ou cautionnement? Mais le débiteur, en sacrifiant la réserve légale, ne peut mettre en péril les droits de ses créanciers. Pour arriver à tenir compte de la position de ces derniers, la doctrine considère que l'héritier, quand il se propose de délivrer les legs de son auteur même au-delà de la quote disponible, acquitte, en définitive, l'o-

bligation d'une personne étrangère dont il n'a pas mission de se porter l'ultime appréciateur; de là on induit que les créanciers pourraient invoquer dans la cause l'art. 1167, pour recouvrer les biens déjà livrés aux légataires.

VI. La nature commande aux père et mère de fournir à leurs enfants, qui veulent contracter mariage, une subvention pour leur faciliter les charges de la famille nouvelle qui va se fonder : en un mot, de les doter. La loi traite-t-elle l'accomplissement de ce devoir comme l'acquit d'une obligation naturelle? Nous voudrions bien nous décider dans le sens de l'affirmative; par malheur les dispositions légales, à cet endroit, sont fort peu homogènes. Ainsi, tandis que dans l'art. 1438 la constitution de dot faite conjointement par le père et la mère est chose étrangère à la communauté et toute personnelle aux époux, l'article suivant nous parle de la constitution faite par le père seul, comme d'une charge de la communauté. De plus, les art. 1545 et 1547, puisés dans les règles du régime dotal, contribuent encore à nous éloigner de notre idée qui, pourtant, serait la consécration de l'ordre naturel, et n'entraînerait aucun inconvénient social (1).

(1) « Avant le Code, le Droit écrit admettait l'obligation de doter comme une dette civile; dans les pays de Coutumes, on tenait au contraire pour maxime : « *Ne dote qui ne veut.* » — (Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, I, nos 88-93.) — Ces savants auteurs ne font pas doute qu'il n'y ait pour les parents une obligation naturelle; toutefois, après avoir posé le principe, ils écrivent plus bas : « La constitution de dot par contrat est une *libéralité.* » Ce n'est donc pas *l'exécution, la reconnaissance* d'une obligation naturelle ?

§ 3. Obligations des personnes légalement incapables.

VII. « Ceux que la nature ne rend pas incapables de « contracter, disait Domat (1), et qui ne le sont que « par la défense de quelque loi, ne laissent pas de s'en- « gager, par leur convention, à une obligation natu- « relle qui, selon les circonstances, peut avoir cet effet, « qu'encore qu'ils ne puissent être condamnés à ce « qu'ils ont promis, s'ils satisfont à leurs engagements, « ils ne peuvent en être relevés. »

Tels étaient alors, et tels sont dans les lois nouvelles, le pupille, l'interdit, la femme mariée. Le vice d'incapacité affecte tous les contrats auxquels ils prennent part, et les soumet à une action d'annulabilité. Malgré le discernement que pourraient avoir ces incapables en contractant, la loi leur fournit le moyen de se dégager de l'exécution de leurs obligations ; elle les laisse justiciables uniquement de leur conscience. Mais si le mineur parvenu à l'âge légal, la femme mariée devenue libre, le majeur relevé de l'interdiction ont payé volontairement leur dette morale, seront-ils recevables à répéter ? Non ; ils ont renoncé à l'exception qui les garantissait en cas d'attaque, et si un regret honteux les amenait à vouloir reprendre les objets livrés, le magistrat repousserait leur requête en disant qu'ils ont satisfait à une obligation naturelle (2).

Par voie de suite, on regarde comme valable, en cas pareil, toute espèce de ratification (C. N., 1338) et de cautionnement (2012). Quelques esprits ont émis des

(1) *Lois civiles*, liv. I, sect. 5, n° 9.

(2) M. Jaubert, rapport au Tribunat : Fenet, XIII, p 339 et suiv. — Pothier, *Obl.*, n° 192.—Toullier, VI, 385.—Dalloz, *Rép.*, v° *Obl.*, n° 2.

doutes sur la légalité du fidéjusseur qui intervient sans mandat du débiteur quand la cause d'incapacité dure encore. Nous croyons que toute appréhension doit se dissiper devant les termes de la loi qui ne font aucune distinction ; mais, dans ce dernier cas, la fidéjussion ne saurait avoir pour l'incapable aucune conséquence fâcheuse.

VIII. Au sujet de l'interdiction, M. Zachariæ (1) se demande si, l'obligé étant à la fois civilement et naturellement incapable, le cautionnement pourrait intervenir? et il n'a pas de peine à répondre : « Que le cautionnement ne s'étend pas à une obligation nulle aux yeux même du Droit naturel. » Nous avouons ne pas comprendre pourquoi l'éminent auteur a cru devoir poser la question. Il rejette bien la responsabilité de l'opinion contraire sur Toullier ; mais ce dernier, auquel nous nous sommes reporté sur les indications de M. Zachariæ, ne dit rien de semblable à ce qu'on lui impute. Il parle seulement de deux lois du Digeste, *inter se pugnantes*, sur la fidéjussion de l'engagement du fou, ce qui nous importe assez peu pour l'étude du Droit français; mais le point de départ de Toullier, dans toute la discussion, est évidemment que l'interdit dont on veut cautionner la dette doit être obligé en conscience (2).

IX. La novation, comme on sait, est une opération juridique à deux faces, dont l'une nous présente l'ex-

(1) *Droit théorique français*, tom. II, p. 259 en note.
(2) Toullier, tom. VI, n° 393.

tinction d'une dette, et l'autre la formation d'un nouveau lien obligatoire. Or, supposons qu'un des incapables que nous venons d'énumérer ait consenti la novation d'une obligation civile, et que plus tard il fasse prononcer, à son profit, la nullité de cet engagement : l'annulation prononcée portera-t-elle sur le contrat de novation tout entier, de telle manière que la première obligation civile devra renaître? non, répondent une foule d'auteurs : la première obligation est éteinte quoique l'obligation novatrice vienne à être annulée. Pourquoi? C'est que cette même obligation novatrice subsiste, sinon civilement, du moins naturellement, ce qui suffit pour l'extinction de la précédente (1). — Il y a équivoque dans la question, s'écrie avec raison M. Marcadé; l'obligation de l'incapable n'en est plus une aux yeux de la loi dès qu'un jugement l'annule, parce qu'elle est présumée faite sans discernement. Si postérieurement cette supposition est mise en défaut par le fait de l'incapable qui vient ratifier son obligation, on sait alors, mais alors seulement, que la promesse était demeurée naturellement obligatoire (2).

X. Que deviennent les droits des créanciers des incapables après les engagements souscrits par ces derniers? S'il est démontré, pour nous, que la faculté de demander la nullité d'un contrat dans lequel figure leur débiteur incapable leur est ouverte par l'art. 1166; si,

(1) *Sic* Toullier (VII, n° 298). — Delvincourt (sect. 2, al. 3). — Zachariæ (II, p. 395).

(2) Marcadé, sur l'art. 1272. — A Rome, la promesse nulle civilement pouvait très bien être *immédiatement* reconnue comme une obligation naturelle.

en outre, toute ratification ou tout paiement — la cause d'incapacité subsistant — peut aussi faire l'objet d'une instance en nullité de leur part, un rôle analogue leur sera-t-il légalement acquis quand le débiteur, devenu capable, aura ratifié ou acquitté son obligation? Nous sommes convaincus que les créanciers n'auront rien à critiquer en de pareils actes : le débiteur, en y procédant, n'a fait que remplir un devoir analogue à celui qui l'engage vis-à-vis d'eux-mêmes, devoir que la reconnaissance ou le fait d'exécution rendent respectable pour les magistrats à l'égal de tous les autres (1).

XI. A côté des incapacités générales que nous venons d'étudier dans leurs rapports avec notre matière, le Code Napoléon nous offre certaines espèces d'incapacités relatives : ainsi, l'interdiction de vendre et d'acheter entre époux (art. 1595); celle de se porter adjudicataire des biens d'une personne dont on a la tutelle (art. 1596); celle de donner à certaines personnes déterminées (art. 909, 911). Au fond de tous ces actes faits au mépris de la loi positive, réside, sans contredit, une obligation naturelle, mais sans effet civil d'aucune espèce; car ces incapacités sont motivées par des raisons d'ordre public dont l'État ne doit compte qu'à lui-même.

§ 4. Des obligations annulées par les présomptions absolues de la chose jugée, du serment, de la prescription.

XII. Nous nous abstiendrons de développements sur la question de savoir à quel degré l'ordre public se

(1) *Nec obstat* l'art. 1338 : « sans préjudice des droits des tiers. » Les tiers sont les cessionnaires exprès ou tacites de l'action en nullité.

trouve intéressé à couvrir d'un voile les iniquités ou les imprudences des membres du corps judiciaire, les outrages à la morale divine commis par les parjures : c'est là une nécessité sociale qui se sent plutôt qu'elle ne se démontre. La société n'ose croire à la forfaiture des magistrats et au crime du faux serment, que lorsque des faits concluants trahissent le caractère faillible de ses prévisions ordinaires. Et quant à la prescription, son institution relève peut-être d'une morale moins haute ; mais la tranquillité des nations serait exposée à bien des naufrages, s'il était permis de remettre perpétuellement en question des situations, des rapports sur lesquels le temps a mis le sceau.

XIII. Il n'en est pas moins notoire que les obligations annulées par l'effet de ces trois présomptions ne sont pas anéanties dans le Droit civil, et qu'on voit une obligation naturelle positive survivre à l'action éteinte. L'Exposé des motifs du titre des obligations ne permet au jurisconsulte aucune hésitation pour l'adoption de cette idée ; aussi nous étonnons-nous qu'il ait pu s'en manifester. Oui, quand j'aurais triomphé en justice de mon créancier, nonobstant ma victoire, le paiement que je ferai sera reconnu être non pas une donation, mais un paiement réel, un aveu péremptoire de mon engagement ; et si de leur propre mouvement des tiers déclarent vouloir garantir ma dette annulée, pourquoi leur cautionnement ne serait-il pas recevable ? Je n'ai pas avoué, soit ; mais l'obligation naturelle dès-là qu'elle est reçue par notre Droit, l'est avec toutes ses conséquences, à moins que la loi ne la dépouille de l'une d'elles, ce qui n'a

point eu lieu dans l'espèce. — Mes créanciers, au moins en principe, n'auront nulle qualité pour se plaindre, car l'obligation atteinte par la chose jugée et le serment ne pouvait se prouver, sans doute, contre moi mais elle existait à l'état d'inertie, en attendant qu'une reconnaissance de ma part vint lui faire reprendre vie. Il n'est rien là dont on puisse tirer parti contre le débiteur.

La dette prescrite n'est pas plus éteinte que les précédentes. Un exception péremptoire la paralyse, à laquelle l'ayant-droit est libre de renoncer; et si cette renonciation s'effectue, l'aveu ou le paiement auront leur force ordinaire. C'est l'avis de la majorité des auteurs (1), c'est celui de M. Bigot Préameneu dans son rapport. M. Troplong y résiste et soutient une idée contraire qu'il base sur la lettre des art. 1234 et 2219. « Les obligations s'éteignent par la prescription, » dit le premier. « La prescription est un moyen de se libérer, » dispose le second. Evidemment la prescription est la fin de l'obligation, de l'obligation civile s'entend, car il est à croire que dans ces articles le législateur ne s'est point préoccupé de l'obligation naturelle. C'est au jurisconsulte à décider ce qui doit être suivi quand le texte légal est silencieux, et le jurisconsulte ne peut mieux faire, ce semble, que de s'en rapporter à l'opinion de Pothier, qui est souveraine en matière d'obligations.

Les créanciers du débiteur qui peut opposer la prescription ne devraient pas, en théorie pure, enrayer

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 196. — Merlin, *Répert*, v° *Prescription*. — Delvincourt, II, p. 152, notes. — Duranton, l. c. — Zachariæ, l. c. — Dalloz, *Rép.*, v° *Obl.*, n° 2. — Marcadé, l. c.

la volonté de celui-ci et, par leur intervention, priver de toute efficacité juridique les impulsions de sa conscience. La considération de leurs intérêts l'emporte cette fois dans l'esprit du législateur, témoin l'art. 2225 : « Les créanciers peuvent opposer la prescription encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. » Disons-le bien haut : l'honnête homme craint de se ravaler dans sa propre estime en descendant au moyen tiré de la prescription libératoire, même alors qu'il est incertain de la réalité de sa dette, et ces scrupules, quelque honorable qu'ils soient, auraient compromis trop souvent les droits de ses créanciers. D'ailleurs, ajoutent les apologistes de l'art. 2225, la loi, quand elle établit la prescription, cherche peut-être moins à protéger le débiteur qu'à punir de sa nonchalance le créancier qui a laissé courir tout entier le délai de l'action.

Il existe des divergences sur la portée de l'art. 2225, où les uns voient une application pure et simple de l'art. 1166; les autres, un corrollaire des art. 1166 et 1167 réunis; une troisième opinion considère la disposition dont il s'agit, comme dérogeant, au profit des créanciers, aux conditions ordinaires de l'action Paulienne (1). L'analyse de ces divers systèmes nous entraînerait trop loin de notre sujet, dans lequel la position faite aux créanciers ne rentre que d'une manière incidente. Contentons-nous de conclure des observations que nous avons présentées, à une tendance

(1) Cette dernière opinion vient d'être soutenue, avec une grande vigueur de logique, par M. Rataud, ancien suppléant à Toulouse, aujourd'hui membre de la Faculté de Paris, dans un article publié par la *Revue pratique de Droit français* (livraison du 15 juillet 1856).

légale très favorable pour les créanciers dans les questions de prescription.

§ 5. De la dette de jeu.

XIV. De rigides théologiens ont tonné avec véhémence contre le jeu, qui leur paraît être une cause flagrante d'injustice, une profanation du sort (le sort dans leur pensée est quelque chose de religieux), un démenti à la saine morale, laquelle interdit de s'enrichir de la perte et de la ruine d'autrui (1).

Les légistes, en général, se séparent de ce point de vue. Pothier, cet esprit si net, si habitué à diviser les règles du *for de sa conscience* de celles du *for extérieur*, se pose la question de savoir si le perdant est tenu, en pure conscience, de payer sa dette. La solution qu'il donne est affirmative; « car le jeu est dans les fins de la nature et la défense de la loi vient des abus qu'on en fait fréquemment en cédant à la passion du gain. »

Les idées fondamentales que nous nous sommes efforcé de préciser en tête de notre dissertation, nous mettent dans la nécessité non de rejeter absolument la formule de Pothier, mais de faire la part de ce que nous y trouvons d'inexact. Sans doute, le jeu est dans les fins de la nature, mais tant qu'il n'outrepasse pas les limites que la nature lui impose; comme délassement, la loi morale le tolère; comme contrat, elle le désavoue. C'est qu'il est presque impossible de l'envisager sous ce dernier aspect sans découvrir au

(1) Troplong, *Comment. des contrats aléatoires*, sur l'art. 1967.

fond l'élément de la cupidité, le désir fièvreux de mettre le hasard au service des plus vils intérêts ; trop heureux quand les fraudes indignes qu'il provoque en tant de circonstances, ne transforment pas la convention immorale en un crime bien autrement coupable et odieux.

XV. Le législateur ouvre ses dispositions sur le jeu par l'art. 1965 : « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. » En glissant sur l'art. suivant, qui fait exception au principe pour certaines espèces de jeu et qui rappelle le pacte *de Licitis ludis*, loi 6, Cod., *de Aleatoribus*, nous arrivons à l'art. 1669 ainsi conçu : « Dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé... » Symptôme manifeste de l'obligation naturelle, au dire de plusieurs interprètes ; si la loi n'avait pas voulu en avouer l'existence dans le cas de la dette de jeu, qui l'empêchait de maintenir la *condictio ob turpem causam* donnée en Droit romain au perdant pour répéter ce qu'il aurait payé en vertu de la même cause ?

Est-il donc si malaisé d'expliquer le motif du refus de la *condictio ob turpem causam* ? Ne sent-on pas que la justice sociale a vu sa propre dignité engagée à éviter autant que possible à sa barre les demandes appuyées sur des titres scandaleux et flétrissants ? Elle a mis en pratique l'aphorisme si connu : « *Nemo auditur propriam turpitudinem alleguans.* » Portalis allait jusqu'à dire que la dette de jeu était sans cause, assimilant dans sa pensée la cause immorale à l'absence de cause pour les contrats ; il continuait ainsi : « Pourquoi celui qui a payé sa dette de jeu n'a-t-il pas de répétition ? C'est

que la loi ne saurait écouter les majeurs quand ils l'invoquent pour le fait même dans lequel ils l'ont méconnue, c'est que d'ailleurs le repentir de l'avare n'est pas favorable pour réveiller l'attention de la justice (1). » Après de telles paroles, pousser plus loin la discussion est bien superflu. Nous pourrions faire valoir encore un argument historique tiré d'une ordonnance de janvier 1629, qui déclarait (article 138) les perdants au jeu déchargés de toute obligation civile et naturelle, et d'un acte de l'autorité royale du 1er mars 1781 parfaitement en harmonie avec la disposition précédente. Cependant, la répétition des dettes de jeu volontairement payées était refusée *aux majeurs* depuis l'ordonnance de Moulins, qui demeura en vigueur jusqu'à la Révolution de 89! (2)

XVI. Toutes solides que soient ces raisons de décider, elles n'ont pu forcer la conviction des auteurs que nous indiquions comme dissidents. Mais en fait, sous le rapport des conséquences civiles que comporte une dette de jeu, leur manière de voir est parfaitement conforme à la nôtre. S'ils se prononcent d'une part pour la réalité de

(1) Un membre du Tribunat pensait comme Portalis quand il s'écriait, en style énergique mais tendu jusqu'à l'emphase : « Le jeu est un monstre anti-social qui, bien qu'il affecte la figure et le maintien d'un contrat, ne mérite pas la protection due aux conventions ordinaires. »

(2) Les maréchaux de France, constitués en tribunal du point d'honneur, avaient à la vérité fait paraître, en 1750, un règlement qui considérait comme des obligations *civiles* les pertes faites au jeu par des gentilshommes ou militaires, quand elles n'excèderaient pas la somme de 1,000 fr.; mais cette décision toute spéciale, et due peut-être à des motifs politiques, sortait de l'empire du Droit commun.

l'obligation naturelle, d'autre part nous les croyons tous d'accord pour écarter l'application de la novation du cautionnement, et pour n'étendre, sous aucun prétexte, la disposition de l'art. 1967 (1). Réduite en ces termes, la question en soulève plus que des débats purements théoriques.

XVII. Nous n'avons pas parlé de M. Troplong; sa doctrine, qui d'ailleurs est celle de Pothier, se trouve résumée par M. Dalloz (2) de la manière suivante : « Ou le jeu est contenu dans de justes bornes, et alors il oblige naturellement, il a une cause réelle, honnête, il est un contrat licite ; ou le jeu est immodéré, sa cause est alors illicite, il devient alors un contrat immoral et les lois ne le protègent plus. Mais, propose M. Dalloz, cette distinction n'est-elle pas spécieuse et inutile, puisque la répétition est refusée au perdant dans l'une et l'autre hypothèse? » M. Dalloz n'a pas tout dit : Dans notre sentiment, la distinction est impossible en Droit naturel comme en Droit positif. Encore une fois, si l'on cherche une distraction dans le jeu, — et c'est à cette seule condition que le permet la morale, — à quoi bon le soumettre à l'analyse? C'est un accord de volonté échappant à toute sanction soit positive soit même naturelle, à peu près comme celui par lequel deux amis conviendraient de faire ensemble un voyage d'agrément, ou de s'écrire pendant leur absence! Si, au con-

(1) *Sic* Delvincourt, tom. II, p. 212. — Toullier, VI, 388, et son annotateur. — Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Obl.*, sect. III. — Marcadé, sur l'art. 1235. — M. Taulier (VI, p. 493, en note) finit par se rendre, comme nous, aux idées de Portalis, ainsi que M. Mourlon (3me examen, p. 347).

(2) Dalloz, *Rép.*, v° *Jeu*.

traire toute idée de passe-temps est bannie du jeu, si l'on veut y puiser un aliment à la soif du gain, c'est un contrat peut-être, mais un contrat nul aux yeux de la morale, à raison de la cause illicite qu'il renferme; un contrat nul également, comme nous l'avons vu, dans l'ordre de nos lois civiles.

§ 6. Des obligations du failli concordataire.

XVIII. Si nous voulons sortir du Code Napoléon et faire une excursion de quelques instants dans le domaine du Droit commercial, nous y découvrirons une position particulière, analogue sous certains rapports à celle que crée la loi civile pour les débiteurs naturels, bien qu'à d'autres égards elle offre une nuance assez tranchée : Nous fesons allusion au failli concordataire.

Le résultat du concordat, de cette transaction qui s'établit entre la masse des créanciers et le failli, consiste dans les cas ordinaires à rendre ce dernier administrateur de ses biens comme il l'était par le passé, et, de plus, à lui faire remise d'une partie de sa dette. Le concordataire ne cesse pas de porter le stigmate de sa déchéance. Avant comme après la transaction, il est privé de ses droits civiques, aux termes d'un article de la Constitution de l'an VIII, considéré comme non abrogé; il ne peut être agent de change ou courtier; il ne peut se présenter à la Bourse, pas plus qu'être admis à l'escompte de la Banque de France (1); c'est que la remise consentie en vertu du concordat a été l'œuvre de la nécessité, non de la volonté bien libre de ceux dont

(1) Boulay-Paty, *Faillites et Banqueroutes*, t. II, p. 297

elle est émanée. Le législateur le sent bien, et tout en interdisant aux créanciers d'actionner le failli pour ce qui fait l'objet de la remise, il rattache néanmoins certains effets civils au paiement intégral des dettes du failli telles que le bilan les constate. Il y a donc pour le failli une véritable obligation naturelle, en ce qui concerne l'excédant de ses dettes sur la part que le concordat attribue à chaque créancier. Outre que la voix de sa conscience lui recommande de ne rien épargner pour suffire à l'acquit de tous ses engagements, le pouvoir social lui montre au bout de ses efforts la régénération de son honneur, l'enlèvement de la flétrissure que la faillite imprime à son nom; grande et sainte tâche en vérité, devant laquelle l'honnête homme trahi par le malheur, ne doit compter pour rien le sacrifice pécuniaire qu'elle lui coûte. « L'institution de la réhabilitation, dit M. Quénault dans son rapport à la Chambre des députés (révision du Code de 1808), agit par le mobile de l'honneur; les avantages qu'elle offre en perspective, sont d'une nature toute morale et tirent de l'opinion une grande valeur, parce que l'opinion tient compte des efforts et des sacrifices faits pour les obtenir » (1).

Le commerçant qui aspire à la réhabilitation doit, pour s'en rendre digne, acquitter en principal, intérêts et frais, toutes les sommes dont il est redevable. La partie de cette disposition (Cod. Comm., art. 604) relative aux intérêts, trouva des contradicteurs à la Chambre des députés; on leur répondit en faisant ap-

(1) *Moniteur* du 17 mars 1838.

pel à la rigidité des mœurs commerciales, dont la loi voulait avant tout assurer la consécration (1).

Nous ne pousserons pas plus loin l'étude de la réhabilitation commerciale, désireux que nous étions seulement de monter en quoi elle se relie à notre sujet.

(1) De Saint-Nexent, *Traité des Faillites*, tom. III, nº 519.

CHAPITRE V.

Esprit de la Jurisprudence.

Plerumque in fine causarum de æquitate tractabitur quia nihil libentiùs judices audiunt.

Quintilien, *Instit. Orat.*, lib. VII, cap. 1.

SOMMAIRE.

I. La jurisprudence se préoccupe avant tout des raisons d'équité naturelle.
II. Exemples.
III. Arrêts rendus contre les traités secrets dans les cessions d'offices.
IV. De la vente des emplois publics autres que les offices.
V. Examen d'une espèce relative à la rétrocession faite par une femme à son mari, de partie des immeubles tendant à la couvrir de ses reprises.
VI. D'une instance introduite par la régie de l'enregistrement au sujet des actes notariés.
VII. Question d'emphytéose.
VIII. Peut-on résoudre en thèse la question de savoir si l'obligation annulée ponr des raisons d'État subsiste comme obligation naturelle?
IX. Arrêt rendu en matière d'assignats.
X. Arrêt rendu en matière de partage successoral intéressant un émigré.
XI. Les circonstances sont d'un grand poids en de pareilles causes.
XII. Arrêts rendus en matière de rentes féodales.
XIII. Examen doctrinal de la jurisprudence établie par ces derniers arrêts.
XIV. Conclusion.

I. En général, notre législateur se tient en garde, non sans raison, contre le penchant à laisser aux magistrats le soin de juger selon l'espèce, à se confier d'avance dans l'impartialité, dans la justice de leurs décisions. Sous un régime où cet état de choses serait en vigueur, ce n'est pas l'équité qui ferait du chemin, c'est l'arbitraire; et à peine est-il besoin d'indiquer le manque d'harmonie, la confusion qui se ferait sentir dans les théories du Droit, puisque chaque corps judiciaire serait libre d'apporter la sienne. D'après Bacon, la meilleure loi est celle qui laisse le moins à faire au juge : « *Optima lex qui minimùm relinquit arbitrio judicis... optimus judex qui minimum sibi.* » Notre matière est une de celles où le législateur s'est vu forcé de s'en remettre à la jurisprudence, qui, se fixant pour ces questions sur le terrain de l'équité, ne l'abandonne pas même quand l'esprit de la loi paraîtrait incliner en sens contraire; cela tient, croyons-nous, à ce que le légiste n'a pas l'habitude de discerner l'obligation naturelle pure, abstraite, le devoir particulier de conscience, de l'obligation naturelle positive, c'est à dire de ce même devoir envisagé selon le Droit français, qui tantôt le proscrit, tantôt le tolère avec quelques effets civils. On conçoit, sans doute, que le devoir de conscience saisisse le juge avant tout, et lui fasse oublier de s'assurer si, en dehors des textes formels, l'économie de la loi civile ne répugne pas à la consécration de ce devoir. Dans maintes causes d'obligations naturelles dont a été saisie la magistrature, on la voit prendre texte d'une règle de Droit naturel pur, et se hâter de conclure en faveur de l'existence de cette obligation; ce procédé, s'il est appliqué en toutes circons-

tances, doit amener le triomphe de l'équité naturelle, mais non celui de l'équité civile, et peut-être serait-il à désirer que l'une et l'autre fussent respectées.

II. C'est ainsi que, d'après la jurisprudence, il y a exécution d'une obligation naturelle dans le paiement ou la promesse de sommes affectées à la nourriture et à l'éducation d'un bâtard non reconnu. Le refus de répétition peut être établi sans qu'il soit besoin de prouver, par un acte authentique de reconnaissance, que le demandeur était réellement le père de l'enfant pour qui les sommes ont été payées (1).

C'est ainsi que le devoir imposé par les dernières volontés d'une personne, non manifestées dans les formes légales, est, selon la Cour de cassation, une obligation naturelle (2).

Ici, comme plus haut, que l'obligation naturelle pure n'existe, c'est incontestable; mais qu'elle entraîne le moindre effet civil, lorsque la loi, en fait de testament et de reconnaissance met sur la même ligne l'acte irrégulier et l'acte inexistant, il nous est difficile de le comprendre.

C'est ainsi que l'engagement qu'un père a souscrit au bas d'un testament olographe de son fils, de payer un legs rémunératoire fait par ce dernier à un tiers, est une obligation naturelle (3); comme si la loi civile devait faire le moindre état de ce que contient l'écriture étrangère sur un acte de dernière volonté.

(1) Cour de Paris, 3 août 1825. — Cour de Bordeaux, 5 août 1847, 5 janvier 1848.

(2) Cass., 26 janvier 1826.

(3) Grenoble, 12 février 1829.

III. Nous tenons, au contraire, d'une jurisprudence récemment inaugurée (1841), que le paiement volontaire, fait par le cessionnaire d'un office, du supplément de prix stipulé dans un traité secret, est nul, sujet à répétition ; c'est le déni de l'obligation naturelle positive, et nous le croyons prononcé avec justice ; non qu'il ne faille voir dans l'espèce une obligation naturelle dans le sens moral, mais nous sommes autorisés à supposer qu'il n'entre nullement dans les vues du législateur de rattacher des conséquences civiles à une obligation regardée par lui-même comme coupable et attentatoire aux principes d'ordre et de conservation sociale dont il est le gardien. Sans doute, — une foule de lois révolutionnaires sont là pour l'attester, — la conscience privée entre souvent en lutte avec une loi politique ; mais le législateur est toujours juge en dernier ressort, par la force des choses, de la moralité de ses actes. D'ailleurs, n'oublions pas que la raison d'État a souvent ses exigences légitimes.

Pour en revenir à notre espèce, s'il y a obligation naturelle, ce que la Cour suprême ne nie pas (1) elle-même, c'est une obligation à laquelle l'ordre public résiste ouvertement. De là, nécessité pour la magistrature, et vivement sentie par elle, de placer l'ordre public sous l'abri de ses décisions.

IV. Les emplois publics, autres que les offices, sont des choses hors du commerce ; ce qui rend nulle et reposant sur une cause illicite la convention par laquelle le fonctionnaire se démettrait au profit d'un tiers,

(1) Voir les motifs de l'arrêt du 30 juillet 1844 (Dalloz, *Recueil pér.*, 44, 123).

moyennant un prix soldé ou promis par ce dernier. C'est bien là, ce semble, le jugement que tout le monde doit porter; aussi, voyons-nous avec regret, régner quelques oscillations dans la jurisprudence (1). La doctrine, non plus, n'a pas été sans dissidents; mais la majorité des auteurs, MM. Marcadé et Troplong à leur tête (2), flétrissent, de toute l'énergie de leurs convictions, ces trafics scandaleux, ces *simonies* entre laïques, non moins viles que celles que le Droit canonique réprouve entre gens d'église. Si pourtant elles s'opèrent au mépris de la loi, et si l'acquéreur paie le prix de la démission ainsi marchandée, l'admettra-t-on à répéter le prix? Un jurisconsulte, M. Duvergier (*Vente*, tom. 1, n° 107), ne comprend la répétition que dans le cas où l'acquéreur n'a pas obtenu la place. Nous ne faisons pas doute que la répétition ne puisse toujours être intentée avec succès, comme conséquence d'un marché contraire à l'ordre public, impuissant à produire la moindre obligation naturelle (3). Certains esprits, pour repousser toute répétition, arguent de l'aphorisme : « *Nemo auditur propriam alleguans turpitudinem.* » Mais tant que la loi ne le consacre

(1) Pour la validité de ces conventions : Amiens, 18 janvier 1820; 18 juin 1822 (Sirey, 23-2-73); Grenoble, 5 juillet 1825 (Id., 26-2-61); 2 mars 1825 (25-1-61). Cet arrêt nous offre la curieuse espèce d'un percepteur des contributions directes s'engageant à donner en paiement de la dot promise à sa fille, la démission de sa place au profit de son gendre.

(2) Troplong, *Comm. de la vente*, sur l'article 1598. — Marcadé, *eodem loco*.

(3) On dit : La démission, sinon la fonction, est dans le commerce. — Quoi donc ! la démission s'accomplit-elle entre personnes privées? N'est-ce pas un acte entre le titulaire qui la donne et l'État qui la reçoit? (Marcadé, l. c.)

pas formellement, comme dans la dette de jeu, il est à présumer que la victoire reste au principe général de l'art. 1376, sur la répétition de l'indû.

V. Le 5 mai 1835, on vit se débattre devant la Cour de Cassation, une affaire à laquelle l'importance des intérêts en jeu, jointe au grand nom que portaient les contendants, donna dans le monde judiciaire un certain retentissement. La duchesse de L..... avait fait rétrocession à son mari d'une partie des immeubles destinés à la couvrir de ses droits et reprises, dans le but d'indemniser le duc de L..... des pertes qu'il avait subies pendant l'orage révolutionnaire. Le point à vider était de savoir si la rétrocession devait compter comme une donation et, partant, être imputable sur la quote disponible de la donatrice, ou s'il ne fallait pas plutôt considérer cet acte comme l'acquittement d'une obligation naturelle qui aurait lié Mme de L.... à l'égard de son mari. Le talent de l'avocat (M. Dalloz aîné), ne put faire prévaloir cette dernière thèse, et la Cour, dans un arrêt de cassation, décida que l'esprit de libéralité était la cause de l'acte rétrocessif. Cette solution est de toute justice : En quoi, dans l'espèce, l'épouse pouvait-elle être engagée vis-à-vis de l'époux, même au point de vue du Droit naturel? La situation fâcheuse des affaires de ce dernier ne tenait pas au fait personnel de sa femme, et si elle voulut bien prendre sur elle d'y mettre un terme, c'était de sa part un acte de pure générosité, base insuffisante, comme nous l'avons vu, pour établir une obligation naturelle même hors du Droit positif.

VI. La régie de l'enregistrement, tirant des induc-

tions judaïques de la loi du 22 frimaire an VII, avait essayé de contester aux notaires, qui font pour les parties l'avance des droits à percevoir, un recours direct contre l'État en répétition des sommes excédant le taux légal des perceptions, ce qui eût réduit à une obligation naturelle le devoir de l'administration de restituer à qui de droit; mais cette prétention exorbitante eut le sort qu'elle méritait, et n'a jamais été reprise, du moins à notre connaissance, depuis l'arrêt de rejet du 1er mars 1825. Les notaires que l'avance des perceptions auraient rendus débiteurs de l'État, n'ont jamais cessé de s'appuyer sur l'art. 1235, 2°, du Code Napoléon, pour obtenir de lui la répétition de l'excédant versé dans la caisse publique.

VII. Le contrat d'emphytéose temporaire, dont tous les auteurs prononcent la validité sous nos lois actuelles (1), a donné lieu à la question suivante : Le concessionnaire qui a payé volontairement l'intégralité de la rente (*reditus vel pensio*), ne peut répéter le cinquième que la loi l'autorisait à retenir annuellement pour la contribution foncière. La Cour suprême voit dans l'acte de renonciation à la faculté légale de retenue, l'acquittement d'une dette naturelle, et cette décision nous semble conforme aux principes (2).

VIII. Lorsque, par des raisons d'État, une obligation est dépouillée de la sanction civile qui l'entourait, continue-t-elle de subsister comme obligation naturelle? En

(1) M. Demolombe est le seul qui nie le droit réel résultant de ce contrat.

(2) Cass., 10 janvier 1831 (Sirey, 31-1-20).

théorie, s'il fallait donner une réponse adaptée à notre distinction entre les obligations naturelles proprement dites et celles du Droit positif, la négative paraîtrait s'induire de ce motif, que le législateur n'est pas présumé, en dégradant de leur rang civil les obligations dont il s'agit, avoir voulu leur laisser quelque valeur. Mais empressons-nous d'ajouter que les circonstances doivent faire compte dans la question, et que si l'on découvre des moyens de relever l'équité naturelle heurtée par la loi politique, sans que la conservation sociale qu'a en vue cette dernière soit mise en péril, les adhésions ne doivent pas manquer à cette transaction entre l'une et l'autre justice, obtenue par la sagesse des magistrats.

La position juridique qui précède s'est présentée sous plusieurs faces devant la Cour de Cassation, notamment dans les causes d'assignats, d'émigrés, de rentes féodales.

IX. L'histoire de la Révolution française nous montre dans quel discrédit finit par tomber le papier-monnaie connu sous le nom d'assignat : à mesure que la circulation de ces titres se répandait, leur valeur réelle décroissait aux yeux de l'opinion, quand leur valeur nominale demeurait toujours la même. Dans ces conjonctures, le débiteur d'une somme empruntée avant la création de l'assignat se libérait valablement, eu égard au Droit civil, par la dation d'un nombre d'assignats égal à la somme promise, en s'en tenant seulement au chiffre porté sur le titre. Cependant un pareil acte froissait ouvertement le Droit naturel, et les magistrats qui ont voulu expliquer autrement que par l'idée d'une do-

nation le paiement de la différence entre le chiffre réel et le chiffre nominal, ont bien mérité, selon nous, de l'équité naturelle sans avoir rompu avec l'équité civile (1).

X. L'émigration de 1791 alluma la colère des partis et donna matière à des lois qui prononçaient diverses peines contre ceux qui désertaient le territoire, entre autres celle de la mort civile, qui les privait de leur part légitime dans le patrimoine de leurs ascendants. On vit, toutefois, des frères d'émigrés renoncer, en faveur de ces derniers, au bénéfice de la loi. Était-ce de leur part une libéralité, ou bien l'acquit d'une dette naturelle? La jurisprudence se prononça dans ce dernier sens (2).

La confiscation de la fortune territoriale des gentilshommes qui s'étaient expatriés, fut une autre conséquence de la mort civile qu'ils encouraient. De là naquirent des difficultés que la justice fut appelée à résoudre : on se demanda, avant la loi d'indemnité du 25 mars 1825, si les détenteurs des biens confisqués et achetés à bas prix étaient tenus, en vertu d'une obligation naturelle, de restituer ces biens à leurs anciens propriétaires ou tout au moins d'indemniser ceux-ci : saisie à plusieurs reprises de la question, la Cour suprême décida tour à tour le pour et le contre.

XI. On sent combien les circonstances devaient faire loi dans ces causes; combien il était difficile de

(1) Grenoble, 25 août 1809 (Sirey, 10-2-353).
(2) Cass., 3 août 1814.

leur trouver une solution d'après un principe unique. Si, sans nous isoler des règles que nous avons émises, il nous était permis de hasarder une opinion, nous inclinerions à nous décider pour l'existence de l'obligation naturelle. Les lois sur l'émigration, en les supposant même promulguées dans des considérations d'intérêt public, ne régnèrent que pendant un certain intervalle ; quand il les abrogea, le législateur reconnut que l'*intérêt public* n'était pas réellement engagé à les faire subsister, et, dès ce moment, le droit normal dut reprendre son empire. Sans doute l'autorité accepta le fait et n'entendit pas que ce qui s'était consommé sous le Droit intermédiaire fût brusquement anéanti ; mais si la volonté des détenteurs de biens nationaux allait au-devant de ses désirs, en consentant à rétablir les droits des précédents propriétaires, ces actes étaient trop selon ses vues pour qu'elle leur refusât une sanction : il y avait donc exécution d'une obligation naturelle dans le sens juridique du mot.

XII. Le régime féodal a disparu depuis la nuit du 4 août 1789 ; et les principes de la Constitution de 91, rappelés dans celle du 14 janvier 1852, s'opposent à jamais à son rétablissement. Aussi serait-il contraire à l'ordre politique actuel de créer des rentes entachées de féodalité. Mais peut-on faire revivre une rente, autrefois féodale, supprimée sans indemnité ?

En principe, la Cour de Cassation déclare que le débiteur d'une rente féodale en reste *naturellement* tenu, nonobstant les lois abolitives de la féodalité, et que : 1° la répétition de ce qu'on paie pour une pareille cause

ne peut être due; 2° la reconnaissance de la dette est valide (1).

Mais il importait de préciser dans quels cas l'ancien débi-rentier pouvait légalement être considéré comme ayant voulu rester obligé.

C'est ici que la même Cour distingue : Le débiteur a-t-il reconnu, depuis la loi du 17 juillet 1793, mais sans déroger au titre primordial, une rente foncière mélangée de féodalité? Son acte récognitif est nul comme n'étant pas en harmonie avec l'ordre constitutionnel (2). Au contraire, le débiteur au lieu de faire un titre récognitif a-t-il eu l'idée de contracter une obligation nouvelle, d'établir une rente conforme à l'esprit de nos lois actuelles, bien qu'assise sur les mêmes immeubles que l'ancienne, et consistant dans les mêmes prestations? Il n'y a plus confirmation d'un acte antérieur : il y a novation véritable, changement de l'acte primordial selon le Code Napoléon; et comme au fond de l'acte se trouve évidemment une dette de conscience, la transformation juridique qui s'opère est non seulement un contrat licite, mais encore un contrat tout différent d'une donation, un contrat impliquant l'exécution d'une obligation naturelle, exécution qui se plie aux desseins du législateur.

XIII. Nous avons tout lieu de croire exacte cette jurisprudence (3), et, quoiqu'insinue Toullier, l'approba-

(1) Cass., 3 juin 1811 (Sirey, 11-1-321). — 10 juin 1832 (Dalloz, 32-1-250). — Angers, 31 juillet 1822 (Sirey, 23-30).

(2) Cass., 25 octobre 1808.

(3) Journal du Palais, *Rép.*, v° *Obl. nat.* — Toullier, VI, 155 et suiv. — Zachariæ, l. c.

tion générale doit être acquise à la distinction qu'elle consacre. Quand une obligation est destituée de sa sanction civile par des motifs politiques, elle ne peut compter comme obligation naturelle positive, qu'en se métamorphosant d'après la législation nouvelle. Mais de quel prix peut être l'acte confirmatif d'une convention proscrite? La loi ne doit-elle pas le traiter comme une protestation coupable contre l'ordre des choses qu'elle veut inaugurer?

Si la distinction de la jurisprudence est digne des éloges de tous les chefs de la doctrine, en est-il de même du principe? La Cour suprême est-elle bien inspirée quand elle puise dans cette considération que la dette naturelle existe, une raison de justifier le paiement fait par le débiteur de la rente, malgré l'abolition de la féodalité? Personne ne doute que dans les règles du for intérieur ce paiement ne soit valable; mais le législateur moderne n'aurait garde de vouloir sanctionner l'exécution pure et simple d'un contrat inséparable de certaines institutions qu'il a jugé à propos d'abolir. En résumé, si dans ces derniers cas l'obligation naturelle (positive) survit à l'obligation civile, ce ne peut être que comme la base d'une novation, la force des choses nous amenant ici à exclure l'effet ordinaire du paiement.

XIV. Bien des manifestations de l'obligation naturelle autres que celles que nous venons d'examiner, ont fait ou peuvent faire l'objet des décisions de la justice; mais notre projet n'était pas de les rapprocher ici dans une nomenclature complète. Nous avons essayé, par quelques exemples saillants glanés dans les annales judiciaires, de rendre compte des idées qui guident les

magistrats destinés à élucider et à résoudre ces questions. L'obligation naturelle est accueillie par eux comme un devoir né dans la conscience, et que, par cela même, ils sont appelés à sanctionner. Si notre essai de combinaison entre certaines de leurs sentences et la raison de la loi nous a conduit à quelques doutes, nous n'aurons jamais à nous reprocher d'en avoir le moindre sur le caractère de profonde sagesse et de haute impartialité qui honore chez nous, à toutes les époques, les représentants de la justice. Mais l'équité, « cette lueur de raison que la nature a répandue dans tous les esprits », ne saurait, sans danger, triompher de la loi écrite. « On ne peut nier, a dit un magistrat célèbre, qu'elle ne soit le fond de la saine jurisprudence. Cependant, comme elle pourrait dégénérer en illusion et souvent même devenir arbitraire, les législateurs ont senti le besoin d'en fixer les règles par des décisions réfléchies, auxquelles il faut tout rapporter » (1).

(1) Dupin, *De la jurisprudence des arrêts.* — Le rude et incisif D'Argentré allait plus loin : « Stulta sapientia quæ lege vult esse sapientior. » (Sur Bretagne, art. 627.)

POSITIONS.

Droit Naturel.

I. La maxime *volenti non fit injuria* doit être entendue sous de certaines réserves.

Histoire du Droit.

I. Le principe de la saisine héréditaire nous vient, selon les uns, des anciens usages des Germains; selon d'autres, il tire son origine du Droit féodal; cette seconde opinion paraît la plus saine.

Droit Romain.

I. La transaction occupe-t-elle une place particulière parmi les pactes légitimes? — Non, malgré la loi 2, D., *de Transactionib.*, trop générale dans ses termes.

Noodt, *de Pactis* et *Transact;* cap. XIV. — V. cep. Brinkmann, Inst. Jur. Rom., § 753.

II. Quel est l'indice certain auquel il faut s'attacher pour connaître si une servitude est urbaine ou rurale?

Opinion de Cujas, tirée de la considération du fonds dominant. — Opinion de Mérille, tirée de celle du fonds servant. — Théorie moderne, proposée par M. Molitor (*De la possession en Droit romain*).

III. Du rôle de l'*adjectus solutionis gratiâ* et de ses rapports avec le mandataire. — Des effets de l'*adjectio*.

Code Napoléon.

I. La séparation des patrimoines n'est pas un privilége proprement dit, quelque induction qu'on puisse tirer de l'art 2111.

II. La règle de l'art. 883, sur l'effet déclaratif du partage, ne reçoit pas d'application en matière de créances héréditaires.

III. Notre Droit civil ne repousse point la maxime : « *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.* »

IV. La ratification, par un mineur devenu majeur, des concessions par lui faites dans sa minorité, ne peut les rendre préférables à celles qu'il a pu faire dans l'intervalle de l'acquisition de sa majorité au moment de la ratification.

V. Le Droit de préférence attaché à l'hypothèque de la femme et du mineur subsiste même après l'extinction du Droit de suite par l'omission des formalités indiquées pour l'exercice de ce dernier droit.

Procédure civile.

I. A quels tribunaux ressortissent les oppositions aux commandements tendant à saisie (soit mobilière, soit immobilière), ou à l'emprisonnement? — La question se divise en deux branches, selon que le commandement est fait en vertu du jugement d'un Tribunal ordinaire ou qu'il s'appuie, soit sur la sentence d'un Tribunal d'exception, soit sur un acte notarié. — En outre, dans cette seconde hypothèse, des distinctions sont reconnues nécessaires.

Droit Criminel.

I. Parmi les questions préjudicielles qui, toutes, ont un caractère bien distinct des questions préalables, il faut remarquer celles qui affectent l'exercice de l'action publique et celles qui affectent le jugement de cette action.

II. Des effets des lois pénales envisagées comme personnelles. — Explication de l'art. 7 du Code d'Instruction criminelle, combiné avec l'art. 24 du même code.

Droit Public et Administratif.

I. Interprétation et explication des actes administratifs.

II. Par analogie de l'art. 182 du Code forestier, le Tribunal judiciaire qui se voit saisi d'un incident administratif, doit être admis à fixer aux parties un délai pour faire vider cet incident par la juridiction compétente. Faute de diligences faites dans ce délai par la partie qui a proposé l'exception, cette partie sera censée y avoir renoncé.

Droit Commercial.

I. L'endosseur victime d'un dol ou mineur, n'est pas restituable contre le tiré qui a payé, avant l'échéance, la lettre de change ainsi endossée. — *Secùs*, s'il s'agissait d'un endosseur qui n'aurait cédé son titre que sous l'empire d'une violence.

II. Les biens échus au failli depuis le jugement déclaratif qui a été prononcé contre lui, sont-ils exclusivement le gage des créanciers de la faillite? — La doctrine doit admettre des distinctions.

Droit Fiscal

(Enregistrement).

I. La régie ne restitue pas le droit qu'elle a perçu sur un acte d'adjudication annulé depuis l'enregistrement pour défaut de formalités.

APPROUVÉ :

Le Doyen de la Faculté de Droit de Toulouse,

DELPECH.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Toulouse, le 6 août 1856.

L'Inspecteur général de l'enseignement supérieur, délégué pour l'administration de l'Académie de Toulouse,

F. LAFERRIÈRE.

Jury d'Examen :

M. **MOLINIER**, Président de la Thèse.

SUFFRAGANTS { MM. **Bressolles.** **Delpech**, Doyen. **Massol.** **Demante.**

Toulouse. — Typographie Bayret-Pradel et Ce, rue Peyras, 12.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITÉ