

assimilation, que faisait naître la similitude de l'objet de la demande, on donna le même nom à la formule *in personam*, dans la plupart (1) des cas dans lesquels on agissait auparavant par *manus injectio* : et cela était naturel; car les créances, réclamées par cette quatrième *actio legis*, étant certaines et liquides, rentraient très-bien dans la condition proprement dite.

Jusqu'ici la condition formulaire, comme la condition primitive, se trouve très-nettement distinguée des autres actions personnelles par cette double circonstance : 1° que le demandeur soutient que son adversaire *doit lui transférer la propriété* (2) *d'un objet certain*, (*dare certum oportere*

(1) Je dis la *plupart* et non pas *tous* : en effet, l'action *Judicati*, qui correspond si bien à l'application principale de la *manus injectio* (*as judicatum*), n'est qu'une action prétorienne conçue *in factum*, qui, par conséquent, ne peut être rangée parmi les conditions, comme on va le voir ci-après, page 225.

(2) C'est en prenant la *condictio* dans ce sens primitif et restreint que Gaius la considère, avec raison, comme incompatible avec la revendication, *Comm. IV, § 4* : «... Certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere : «SI PARET EUM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest; quum solum id dari nobis intelligatur, quod nostrum fiat; nec res quæ nostra est, nostra amplius fieri potest.» — Le jurisconsulte nous annonce, en même temps, qu'en haine des voleurs, et pour qu'ils ne puissent échapper à la nécessité de restituer, on a permis au propriétaire volé d'agir contre eux par condition *SI PARET EOS DARE OPORTERE*; quoique le propriétaire ait aussi incontes-

tablement la revendication. Cette anomalie est suffisamment justifiée par la raison donnée dans le texte : la revendication suppose que la chose existe en la possession du défendeur; or, il peut arriver fort souvent que le voleur ne possède plus, et que dès lors la revendication soit impossible; la condition furtive donne au propriétaire le moyen d'obtenir, sinon la chose même, tout au moins son estimation; sans préjudice de la peine du double ou du quadruple qui se réclame par action séparée.

(1) C'est par ce second caractère qu'on distingue la condition de certaines actions personnelles non qualifiées *condictiones*, quoique le demandeur y agisse en vertu d'un contrat par lequel le défendeur s'était obligé à lui transférer la propriété d'une somme déterminée. Telle est l'action du vendeur contre l'acheteur en paiement du prix de vente : l'action *venditi* n'est pourtant pas une condition parce que le juge peut, *ex bona fide*, modifier l'obligation de l'acheteur, soit en raison de la manière dont le vendeur a lui-même rempli ses engagements, soit en raison des prétentions contraires alléguées par l'acheteur.

QUID *paret dare FACERE oportere* (1) : il faut toutefois que la dette provienne d'une source qui donnerait lieu à la *condictio certi*, si l'objet promis était certain, c'est-à-dire d'une source unilatérale, comme stipulation, obligation littérale, ou legs *per damnationem*; et que, d'un autre côté, l'indétermination ne soit pas telle qu'elle puisse être considérée comme annulant l'obligation (2). Cette dernière espèce de condictio (*incerti condictio*) se rapproche beaucoup des actions de bonne foi : Zimmern a fait remarquer avec grande raison qu'elle était le chaînon entre la condictio proprement dite (*dare certum*) et les actions de bonne foi.

Mais cette ressemblance n'est pas telle qu'on puisse confondre la condictio incertaine avec l'action de bonne foi. Dans la condictio incertaine, l'indétermination, ou, en d'autres termes, la latitude dont jouit le juge provient uniquement de l'indétermination de l'engagement (3); tandis que, dans les actions dans lesquelles le juge est autorisé à juger *ex bona fide*, l'incertitude dérive de l'étendue des pouvoirs donnés au juge; de telle sorte qu'elle existe même pour les créances déterminées, comme seraient, par exemple, celles d'un prix

(1) Gaius, *Comm.* IV, §§ 53, 131, 136, et II, § 213. — Paul., L. 76, § 1, ff., de *Verb. oblig.*

(2) Marcel., L. 94; et Papinian., L. 115, ff., de *Verb. oblig.*

(3) *Voy.*, pag. 223, note 1.

de vente, d'un loyer, d'un dépôt. Ajoutons que les actions de bonne foi résultent de sources bilatérales, tandis que les condictiones même incertaines naissent d'engagements unilatéraux.

Toute condictio, même *incerti*, est donc nécessairement une action de droit strict : si la réciproque était vraie, c'est-à-dire si toute action de droit strict était une condictio, la sous-division, que nous examinons dans ce §, ferait double emploi avec la division des actions de droit strict dont nous parlerons bientôt (1). Il est certain que ces deux distinctions coïncident en beaucoup de points, mais non peut-être en tous. En effet, la sous-division des actions personnelles en *condictiones* et actions *in personam* non qualifiées condictiones, ne s'applique qu'aux actions *in jus* et laisse complètement en dehors les actions prétorienes si nombreuses, dont l'*intentio* est conçue *in factum*. Par la manière dont elles sont libellées, les actions *in factum* ne paraissent soulever aucune question de droit (2), et, par conséquent, n'ont aucun rapport avec les formules des condictiones *si paret dare facere oportere*. Pareillement, quand, sous le nom générique de *condictiones*, les juriconsultes opposent les actions personnelles aux actions réelles, ils ne parlent que des actions personnelles conçues *in jus* : car les actions *in factum* sont absolument

(1) Telle est l'opinion de Zimmern, § LX.

(2) *Voy.* ci-dessus §§ 174, 269 et 270.

étrangères aux formes de langage qui avaient servi de base à la division des actions réelles et personnelles (1). Au contraire, la division des actions de bonne foi et de droit strict comprend les actions *in factum* et même, dans le nouveau droit, les actions *in rem*.

II. Maintenant, quelle importance pratique y avait-il à distinguer si soigneusement les condictiones des autres actions personnelles ?

A vrai dire, cette importance me semble assez minime ; à moins que, comme Zimmern, on ne confonde complètement cette sous-division avec la division des actions de droit strict et de bonne foi ; et encore serait-elle alors peu importante, précisément à cause du double emploi.

Toutefois la condiction *certæ pecuniæ*, c'est-à-dire la condiction proprement dite, mérite, sous le rapport pratique, une attention particulière, en ce que tout porte à croire que la procédure de cette action était plus rapide que celle des autres actions personnelles. Dans une condiction *certæ pecuniæ*, la tâche du juge était, en effet, des plus simples ; puisque, d'une part le chiffre de la condamnation se trouvait fixé d'avance par celui de la demande ; et que, d'autre part, le juge n'avait point à se préoccuper des considérations d'équité dont l'appréciation devait rendre souvent

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 5. — Ulpian., L. 25, § 15, ff., de *Oblig. et actionib.*

si difficile le jugement des actions de bonne foi : le juge n'avait donc qu'à constater l'existence de la créance alléguée par le demandeur. Toutes les sources sont, au reste, d'accord pour nous présenter la condiction *certæ pecuniæ* comme une action à part (1).

En classant les diverses actions personnelles sous le rapport des difficultés qu'elles présentent au juge, on arrive aux résultats suivants. — Par les raisons précédemment déduites, la condiction *certæ pecuniæ* est, de toutes ces actions, celle qui exige du juge le moins de travail et le moins de sagacité. — Vient ensuite la condiction de tout autre *certum*, dans laquelle le juge doit évaluer en argent, ou, comme nous dirions chez nous, *liquider* la condamnation (2). — Dans la condiction *incerti*, le juge avait aussi toujours à ramener la demande à une somme certaine, opération qui devait souvent soulever des questions d'autant plus ardues que la demande elle-même n'était point déterminée ; mais, dans ce cas, on restrei-

(1) Cicero, *pro Q. Roscio coméd.*, c. 4. — Voyez, en outre, le passage de la loi de la Gaule cisalpine, rapporté dans cet ouvrage, tome I^{er}, page 395, note 3. — Ajoutez que par cette expression *si certum petatur*, les jurisconsultes classiques indiquent toujours exclusivement la condiction *certæ pecuniæ* (voy. la Rubrique de *Rebus creditis et si certum petatur*, Digest., lib. XII, tit. 1, et, au Code, lib. IV, tit. 2. — Ulpian., L. 1, pr., ff., de *Condict. tritic.*).

(2) Il ne faut pas oublier que toute condamnation est toujours pécuniaire : voir tome I^{er}, § 177.

gnait habituellement l'arbitraire du juge par une taxation (1). — Enfin, dans les actions de bonne foi, le juge, n'ayant à suivre d'autre guide que sa conscience, avait à résoudre et à mettre en pratique les questions morales les plus difficiles; il devait, en outre, tempérer la condamnation en tenant compte des prétentions contraires du défendeur, ce qui venait singulièrement compliquer sa tâche.

Reproduisons ces mêmes idées en empruntant le langage technique des jurisconsultes romains. — Dans la condiction d'une somme certaine, la *condemnatio* de la formule détermine toujours la somme à laquelle le juge devra condamner le défendeur, et cette somme ne peut être différente de celle comprise dans l'*intentio* : *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia dare oportere, judex N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia condemna; si non paret, absolve* (2). Il y a, comme on voit, parfaite harmonie entre l'*intentio* et la *condemnatio*. — Dans la condiction d'une *certa res*, autre qu'une somme d'argent, la *condemnatio* ne correspond plus exactement à l'*intentio* : *Si paret N. Negidium A. Agerio fundum Capenatem dare oportere, quanti ea res erit, judex N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve* : le juge doit donc vérifier l'existence de

(1) Voy. tome I^{er}, § 178.

(2) Gaius, *Comm.* IV, §§ 47, 50, 51, 52.

la créance, puis estimer en argent la valeur de la chose due (1). — Dans la condiction incertaine, l'*intentio* et la *condemnatio* sont également vagues, et laissent au juge un pouvoir plus étendu : *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve*; ou bien avec taxation : ... *Quanti ea res erit, dumtaxat decem millia condemna* (2). — Dans l'action de bonne foi, l'addition des mots *ex bona fide* vient encore agrandir le cercle des pouvoirs du juge, et la *condemnatio* est alors toujours *infinita* : *Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur : QUIDQUID ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet EX FIDE BONA ejus; ID judex N. Negidium A. Agerio condemnato : si non paret, absolvito* (3).

§ 290. — Des eas auxquels s'appliquent soit la *Condictio certi*, soit la *Condictio incerti*.

I. La *condictio certi* naît : 1^o de tout acte unilatéral de sa nature, ayant pour objet la transmission de la propriété d'une chose déterminée; tels sont le *mutuum* (4), l'obligation littérale (5), la

(1—2—3) Voy. les textes cités dans la note 2 de la page précédente.

(4) Pr. Instit., *Quib. mod. re contrah. oblig.* — C'est le *pecunia data* de Cicéron.

(5) Pr. Instit., *de Litter. obligat.* — C'est le *pecunia expensilata* de Cicéron.

stipulation (1), le legs *per damnationem* (2), la diction de dot (3), la promesse de certains ouvrages faite par l'affranchi à son patron (4). — 2° Elle résulte aussi de toute dation que je vous aurais faite d'une chose certaine, quand vous n'avez pas de motif honnête pour en conserver la propriété; c'est ce qui arrive notamment dans la *condictio indebiti*, la *condictio causa data, causa non secuta*, la *condictio sine causa*, la *condictio ob turpem causam* (5). — 3° Elle résulte encore immédiatement de toute loi ou sénatus-consulte qui établirait une peine déterminée contre l'auteur d'un dégât, par exemple de la loi *Aquiliana*; et, dans ce cas, elle prend le nom de *condictio ex lege* (6). — 4° Enfin la *condictio certi* sert encore à réclamer les choses volées, *condictio furtiva* (7).

Cicéron n'a donc pas toute l'exactitude désirable quand il nous dit simplement: « *Condictio certi est pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata* » (8). — Le *mutuum* (*pecunia data*), l'obligation littérale (*pecunia expensilata*) et la sti-

(1) Pr. Instit., de *Verb. oblig.*

(2) Gaius, *Comm. II*, § 204.

(3) Ulpian., *Regul. lib.*, VI, § 1 et 2.

(4) Voy. au Digeste le titre de *Operis libertorum* (XXXVIII, 1).

(5) Voy. au Digeste, lib. XII, tit. 4, 5, 6.

(6) Ulpian., L. 9, § 1, ff., de *Reb. cred.* et la rubrique Digest., lib. XIII, tit. 2.

(7) Ulpian., L. 7, § 1, ff., de *Condict. furtiv.* — § 14, Instit., de *Actionib.*

(8) Cicér., *pro Q. Rosc.*, c. 5.

pulation (*pecunia stipulata*), sont, il est vrai, les sources les plus fréquentes de condicions *certi*; mais elles ne sont pas les seules, ainsi qu'on vient de le voir.

La *condictio certi* est la condiction proprement dite; aussi est-elle le plus souvent désignée dans les textes par le seul mot *condictio*, sans autre indication (1). Mais, entre toutes les condicions *certi*, les jurisconsultes mettent toujours à part, ou tout au moins en première ligne, la condiction *certæ pecuniæ*, à laquelle ils opposent, sous le nom générique de condiction *triticaria*, toutes les autres condicions, soit *certi*, soit *incerti* (2).

H. La *condictio incerti* naît des mêmes sources que la condiction *certi*, mais elle en diffère en ce que son objet est incertain, indéterminé: QUID-
QUID PARET ADVERSARIUM DARE FACERE OPOR-

(1) Pr. et § 1, Instit., *Quibus modis re contrah. oblig.* — § 6, *ibid.*, de *Oblig. quasi ex contractu.*

(2) Ulpian., L. 1, pr., ff., de *condict. tritic.* — Zimmern fait ingénieusement remarquer que cette expression *triticaria* confirme l'opinion que toutes les condicions ne sont des extensions de la *condictio certæ pecuniæ*. En effet, quand on voulut appliquer à d'autres objets qu'à l'argent, la condiction *certi*, on dut commencer par l'appliquer à d'autres choses fongibles et notamment au froment. Cette application nouvelle donna lieu à la dénomination de *triticaria* par opposition à la condiction *certæ pecuniæ*; et cette dénomination devint ensuite une expression générique pour désigner toutes les condicions qui ne sont pas *certæ pecuniæ*. (Trad. d'Etienne, page 180.)

TERE. Quoique l'expression de *condictio incerti* se retrouve assez fréquemment dans les textes (1), cependant le plus ordinairement cette action est désignée par le simple mot *actio* avec indication de l'événement qui a donné naissance à l'obligation : *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*, etc.

L'objet d'une obligation est certain (*certum*) quand il est déterminé, ou, comme le dit Gaius : « Quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici africani optimi modii centum, vini campani optimi amphoræ centum » (2). L'objet est incertain (*incertum*) quand la chose due n'est pas déterminée individuellement en qualité, quantité et genre; exemple : un esclave en général, cent mesures de blé, cent amphores de vin, sans indication de la qualité.

On peut maintenant se faire une idée des cas où s'appliquait la *condictio incerti*; nous ne citerons ici que ceux qui offrent quelque chose de particulier. — 1° L'action personnelle, par laquelle je réclamerais sur le fonds Cornélien l'usufruit qui m'a été légué *per damnationem*, ou que j'ai stipulé, est une *condictio incerti* : quoique le fonds en lui-même soit certain, l'usufruit est, de sa

(1) Ulpian., L. 12, § 2, ff., de *Condict. furtiv.* — Julian., L. 3, ff., de *Condict. causa data*, etc.

(2) Gaius, L. 74, ff., de *Verb. oblig.* — Cf. Paul., L. 6, ff., de *Reb. cred.*

nature, une chose incertaine : il en faut dire autant des autres servitudes (1). — 2° Il en est de même de l'action *ex testamento*, par laquelle je réclame un legs *sinendi modo* (2). — 3° Enfin c'est encore par la *condictio incerti* qu'il faudrait agir pour réclamer la libération d'une obligation (3).

La conception même des condicions incertaines (*quidquid paret dare facere oportere*) montre suffisamment que dans ces formules le demandeur ne pouvait être déchu pour plus-pétition (4). — Il n'en faut pas conclure qu'il ne courût aucun danger : en effet, la formule incertaine paraissant comprendre tous les droits du demandeur, celui-ci aurait souvent compromis sérieusement ses intérêts, s'il n'avait eu le soin de restreindre par des *prescriptions* le vague de l'*intentio* (5).

§ 291. — Des autres actions *in personam* non qualifiées *condictiones*.

Les autres actions *in personam* non qualifiées *condictiones* comprenaient : — 1° toutes les actions

(1) Ulpian., L. 75, § 3, ff., de *Verb. oblig.* — Marcian., L. 35, ff., *Serv. præd. urban.* — Paul., L. 1, ff., de *Usu, usufr. legat.*

(2) Gaius, *Comm.* II, § 213.

(3) Ulpian., L. 16, § 2, ff., de *Minorib.*; L. 5, de *Usufr. ear. rer.*; L. 3, de *Condict. sine causa*; L. 12, de *Nov.*

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 54.

(5) Voy. ci-dessus tome 1^{er}, § 186, et ci-après le chap. III de ce livre.

de bonne foi (1); — 2^o toutes les actions prétoriennes si nombreuses qui sont conçues *in factum* (2); — 3^o les actions dans lesquelles l'*intentio*, quoique étant conçue *in jus*, ne tend ni à une *dation* ni à un *fait* (3).

Au surplus, comme les actions réelles, les actions personnelles viennent les unes du droit civil, les autres du droit prétorien. Sont civiles toutes les actions personnelles qui naissent des contrats, des quasi-contrats (*quasi ex contractu*), presque toutes celles qui viennent des délits et quasi-délits (*quasi ex delicto*). Les actions personnelles prétoriennes sont très-nombreuses : on peut citer notamment l'*actio furti manifesti*, *quod metus causa*, *de dolo malo*, *de pecunia constituta*, *de jurejurando*, *de servo corrupto*, *de albo corrupto*, etc.

I. ACTIONS MIXTES (TAM IN REM QUAM IN PERSONAM).

§ 292. — S'il peut exister des actions mixtes dans le sens où on l'entend vulgairement.

De ce qui a été dit précédemment sur l'origine et la nature de la division des actions *in rem* et *in personam* (§§ 273 et 274), il résulte, avec la der-

(1-2) Voy. ci-dessus le § 289 et notamment les pages 223 et suiv.

(3) Comparez les termes des §§ 2 et 5 du *Comm. iv* de Gaius.

nière évidence, qu'une action ne pouvait être en même temps *in rem* et *in personam* : comment concevoir, en effet, une *intentio* dans laquelle le défendeur serait et ne serait pas nommé ? Et lors même qu'on laisserait de côté les formules pour s'attacher uniquement à la nature absolue des actions réelles et personnelles, l'incompatibilité serait toujours la même : l'action personnelle étant celle par laquelle *je soutiens que mon adversaire est obligé envers moi*, et l'action réelle étant celle par laquelle *j'agis sans alléguer aucune obligation de la part de mon adversaire*, il est évident que ces deux prétentions s'excluent l'une l'autre. Je ne veux pas dire par là, cependant, que la même personne ne puisse pas avoir, à l'occasion d'une même chose, deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle ; car cela arrive, au contraire, très-fréquemment. Par exemple, le déposant, le commodant, le débiteur gagiste, le locateur, bien entendu en les supposant propriétaires de la chose qui a fait l'objet du dépôt, du commodat, etc., peuvent agir contre le dépositaire, le commodataire, le créancier gagiste et le locataire, soit par l'action *personnelle* résultant du *contrat*, soit par l'action *réelle* résultant de la *propriété*. Mais de ce que, dans les cas précités et autres analogues, le demandeur a le choix entre deux actions de natures diverses, il n'en résulte nullement que, dans l'expression de sa prétention, il puisse confondre les deux causes, en vertu desquelles il peut agir ; et alors même qu'il pourrait les cumuler, la force des

choses l'obligerait toujours à les énoncer séparément; par exemple : « Je soutiens que Titius *est obligé*, par contrat de dépôt, à me restituer telle chose; *subsidiatement*, que ne fût-il pas obligé par dépôt, la chose *m'appartient*, et qu'ainsi j'ai le droit de la reprendre contre tout détenteur. » Ou bien à l'inverse : « Je soutiens que telle chose *m'appartient*, et qu'ainsi j'ai le droit de la reprendre contre tout détenteur; *subsidiatement*, je soutiens qu'alors même que la chose ne m'appartiendrait pas, Titius, mon adversaire, serait obligé de me la restituer, parce qu'il y a entre lui et moi un contrat de dépôt qui lui en impose l'obligation » (1). Le demandeur pourra agir de l'une ou de l'autre façon, selon qu'il lui paraîtra plus facile ou plus avantageux de prouver l'existence du *contrat* ou celle de la propriété. Mais, alors même que la loi permettrait (2) de réunir ainsi dans une demande

(1) Voy. C. C., art. 1938.

(2) Cela n'aurait certainement pas été possible, du moins en général, dans la procédure formulaire. — Dans la procédure française, au contraire, rien ne s'oppose à ce que le demandeur justifie ses conclusions par des motifs d'ordres divers, si d'ailleurs le fond du droit ne s'y oppose pas. Les principes de notre Code sur la propriété mobilière nous offrent un exemple remarquable d'un tel cas d'impossibilité: le déposant peut très-bien, pendant trente ans, réclamer le dépôt en agissant contre le dépositaire par l'action *personnelle* résultant du contrat; mais il n'est jamais admissible à réclamer la chose en se fondant uniquement sur son droit de propriété: c'est là le sens véri-

deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle, il y aurait juxta-position, emploi simultanément de deux actions; mais il n'y aurait pas une action mixte.

Cependant, nous lisons dans le paragraphe 20, aux Institutes, *de Actionibus*: « Quædam actiones « mixtam causam obtinere videntur, tam in rem « quam in personam: qualis est *familix eriscundæ* « actio, quæ competit cohæredibus de dividenda « hæreditate; item *communi dividundo*, quæ inter « eos redditur inter quos aliquid commune est, ut « id dividatur; item *finium regundorum*, quæ inter « eos agitur qui confines agros habent. In quibus « tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex « litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et si « unius pars prægravari videbitur, eum invicem « certa pecunia alteri condemnare. » Ce texte célèbre a été reproduit par un grand nombre d'auteurs, qui ne paraissent pas avoir seulement soupçonné les questions auxquelles il donne lieu: d'autres ont aperçu la difficulté et ont proposé diverses explications.

On avait d'abord pensé que ce passage pouvait s'entendre en ce sens: « Certaines actions ont une nature mixte, et de ces actions on en trouve tant parmi les actions personnelles, que parmi les actions réelles. » Cette interprétation s'appuyait sur plusieurs passages dans lesquels les mots *tam in*

table de la maxime: *En fait de meubles, possession vaut titre* (C. C., art. 2279).