

ONZIEME DIVISION.

Actions transmissibles et actions non transmissibles aux héritiers.

§ 305. — De la transmissibilité des actions aux héritiers.

Comme la précédente, cette division se tire de la durée des actions.

L'héritier continue la personne du défunt : aussi, en général, les actions actives et passives du défunt passent à ses héritiers (1) ; mais cela n'a pas toujours lieu. Les actions pénales et mixtes ne sont pas données contre les héritiers du délinquant, ou du moins ne le sont que jusqu'à concurrence de la somme dont ces héritiers auraient profité (2) ; et, réciproquement, l'action d'injure n'appartient pas aux héritiers de la personne injuriée (3), à moins que, du vivant de celui-ci, il n'y ait eu *litis contestatio* : en effet, comme nous l'avons vu dans le second livre, § 208, la *litis contestatio* produit l'effet remarquable de rendre perpétuelles les actions temporaires.

(1) Papin., L. 11, ff., de *Divers. præscr.*

(2) Pompon., L. 38, ff., de *Reg. jur.*

(3) § 1, *Instit.*, de *Perpet. et temp.*

DOUZIEME DIVISION.

Actions noxales et actions *quod jussu, institoria, exercitoria, tributoria, de peculio et de in rem verso.*

§ 306. — Notions préliminaires.

On a déjà eu occasion de rappeler la constitution de la famille romaine (§ 269). Le père de famille profite de tout ce qu'acquièrent les enfants ou les esclaves soumis à sa puissance ; mais il n'est nullement tenu des dettes qu'ils viendraient à contracter (1) ; car les individus soumis à la puissance du chef de la famille doivent être pour lui une source d'avantages, et jamais une cause d'appauvrissement.

Toutefois, relativement aux obligations *naisant des délits* commis par les personnes *alieni juris*, des considérations de police avaient fait admettre, dès les temps les plus anciens, que la partie lésée pourrait agir contre le père de famille, en réservant à celui-ci la faculté de se dispenser de payer le dégât, par l'abandon au demandeur de l'auteur du délit (*noxam dedere*). Cette faculté d'abandon n'était que l'application d'une idée générale que les anciens Romains paraissent

(1) Voy. cependant, ci-après, § 307, n° III.

avoir considérée comme essentielle à la propriété; à savoir, que le propriétaire ne doit pas éprouver, par les choses qui lui appartiennent, un dommage supérieur à la perte des choses elles-mêmes. Aussi l'abandon noxal n'est-il point particulier aux esclaves et aux fils de famille; il s'applique également aux animaux et aux choses inanimées, mobilières et immobilières.

Quant aux obligations résultant des contrats des individus *alieni juris*, les fondateurs du droit civil n'avaient sans doute vu aucune raison suffisante pour que le chef de famille pût être inquiété à ce sujet. L'engagement de l'esclave restait donc sans effet, puisque le créancier ne pouvait agir ni contre le maître qui ne peut être obligé que par son propre fait, ni contre l'esclave lui-même qui n'a point de personne civile sur laquelle puisse reposer un engagement. L'obligation contractée par le fils de famille était au contraire très-valable, mais les voies d'exécution manquaient au moins tant que vivait le père de famille : sur quoi en effet le créancier aurait-il exécuté? Sur la personne?... Mais le fils de famille appartient au père de famille, et ne peut disposer de lui-même. Sur les biens?... Mais, dans l'ancien droit civil, les fils de famille ne pouvaient rien avoir en propre; d'ailleurs, dans l'ancien droit, l'exécution sur les biens n'était autorisée que dans quelques cas tout particuliers (§§ 155 et 162). Ainsi donc, soit de droit, soit de fait, les esclaves et les fils de famille, c'est-à-dire l'immense majorité de la population, se trouvaient

en dehors des transactions commerciales. Le préteur introduisit, à cet égard, une innovation importante, en accordant, sous certaines modifications, à ceux qui ont traité avec les fils de famille et les esclaves, le pouvoir d'agir contre le père de famille; tantôt pour le tout (*quod jussu .. exercitoria... institoria*), tantôt pour partie seulement; ou, pour mieux dire, jusqu'à concurrence de certaines valeurs que la condamnation ne peut, en aucun cas, excéder (*tributoria... de in rem verso... de peculio...*).

Les actions que le préteur accorde ainsi ne forment point des espèces particulières : ce sont tout simplement les actions ordinaires résultant des contrats intervenus entre le demandeur et les personnes soumises à la puissance du défendeur. Les expressions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de in rem verso* et *de peculio* ne sont donc pas des noms d'actions, mais de simples locutions adjectives (1) que l'on ajoute aux noms des actions,

(1) Aussi beaucoup de commentateurs appellent-ils ces actions *actiones adjectitiæ*, ou *adjectitiæ qualitatis*. — On ne sait pas d'une manière précise quelle était la forme des actions ainsi modifiées. Mais la nature des choses indique suffisamment que les clauses *quod jussu*, *exercitoria* et *institoria* devaient se trouver placées dans la *demonstratio* ou dans l'*intentio* de la formule; par exemple : *Quod jussu N. Negidii, A. Agerius vendiderit, qua de re agitur; quidquid paret*, etc. Quant aux clauses *de in rem verso*, *de peculio* et *tributoria*, elles étaient évidemment insérées dans la condamnation : *Si paret... N. Negidium A. Agerio*

et qui entraient dans la rédaction des formules, pour indiquer soit la circonstance qui motive l'exercice de l'action contre le père de famille, soit la limite que le juge ne devra pas franchir en condamnant. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'une vente faite à un *alieni juris*, le vendeur aura contre le père l'action *venditi quod jussu*, ou *venditi exercitoria*, ou *venditi de peculio*, etc.

La même remarque s'applique aux actions *noxales* : le mot *noxales* n'est qu'un adjectif ajouté au nom de l'action pour exprimer que l'action *furti*, ou *legis Aquiliæ*, ou toute autre résultant de délit, n'étant point donnée contre l'auteur même du fait illicite, doit laisser au défendeur la faculté de l'abandon noxal.

§ 307. — Des actions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *de peculio*, *tributoire*, et *de in rem verso*.

Il était naturel qu'en autorisant la poursuite contre le père de famille, le préteur distinguât le cas où l'obligation avait été contractée par l'ordre du père de famille, ou à sa connaissance, de celui où elle avait été contractée à son insu.

I. Quand l'obligation avait été contractée par l'ordre du père de famille, celui-ci était tenu pour toute la dette (*in solidum*), soit que cet ordre fût

de in rem verso condemna : de même que dans l'action noxale, on dit : *Si paret... decem aureos, condemna aut noxam dedere* (§ 1, *Instit.*, *de Offic. jud.*).

spécial, soit qu'il fût implicitement compris dans une mission plus générale confiée à l'*alieni juris*.

1° *Actio quod jussu*. — L'action se donnait *quod jussu* quand l'affaire avait été faite en exécution d'un ordre spécial du maître; soit qu'il eût autorisé d'avance l'engagement, soit qu'il l'eût ensuite approuvé (1).

2° *Actio exercitoria*. — L'action exercitoire se donnait contre l'armateur (*exercitor navis*), à raison des engagements que l'esclave ou le fils de famille préposé à la conduite du navire (*magister navis*) avait contractés pour remplir sa mission (2).

3° *Actio institoria*. — L'action institoire est de même nature que l'action exercitoire; elle se donnait contre celui qui avait préposé son esclave ou son fils de famille à un négoce quelconque, pour tous les engagements relatifs à ce négoce (3).

Les actions exercitoire et institoire furent aussi étendues, par faveur pour la navigation et le commerce, au cas où le préposé serait une personne indépendante du préposant; puis, on généralisa l'exception, en permettant à ceux qui avaient traité avec un mandataire d'agir directement contre le mandant, par une action institoire utile (4).

(1) § 1, *Instit.*, *Quod cum eo contract.* — Ulpian., L. 12, § 1, ff., *Rat. rem hab.*

(2-3) § 2, *Instit.*, *Quod cum eo contract.*

(4) Ulpian., L. 1, § 4, ff., *de Exercit.* — Idem, L. 7, § 1, ff., *de Instit.* — Papinian., L. 19, ff., *eod.* — Ulpian., L. 13, § 25, ff., *de Act. emti*, et L. 10, § 5, ff., *Mandati.* — C'était

II. Si le père de famille n'a ni ordonné ni ratifié l'engagement, il n'en est point tenu pour le tout, mais seulement jusqu'à concurrence de certaines valeurs qu'il faut maintenant déterminer.

1° *Actio tributoria*. — Quand un esclave faisait, avec tout ou partie de son pécule, et pour son propre compte, un commerce dont son maître avait connaissance, le pécule, ou la portion de pécule, consacré au commerce, était affecté au paiement de ce que l'esclave devait à des étrangers à raison de son commerce, ou à son maître pour une cause quelconque. La répartition de cet actif entre le maître et les divers créanciers était confiée au maître lui-même, et s'opérait, en cas d'insuffisance, au prorata des créances; le maître ne jouissant d'aucun privilège sur les autres créanciers. Le créancier qui se prétendait lésé par cette distribu-

tion pouvait agir contre le maître pour obtenir ce qui lui manquait par une action dite *tributoire*: il faut toutefois observer que le maître ne répondait que de son dol (1).

2° *Actio de peculio et de in rem verso*. — Dans tous les autres cas où l'esclave avait traité à l'insu de son maître, ou, à plus forte raison, malgré lui, les créanciers n'avaient action contre le maître que jusqu'à concurrence du pécule de l'esclave et de ce qui avait tourné au profit du maître. Les deux clauses de *in rem verso* et de *peculio* n'indiquent pas deux poursuites distinctes contre le maître; elles se réfèrent, au contraire, à une seule et même action, dont la condamnation est double, en ce sens que, pour déterminer le *maximum* de la somme à laquelle le chef de famille pourra être condamné, elle a égard à deux valeurs différentes. Ainsi, d'après Gaius, le juge, après avoir reconnu l'existence de l'obligation, devra d'abord déterminer le profit que le père de famille a retiré de l'affaire faite par son esclave ou son fils de famille; et si ce profit ne représente pas une somme égale à celle de l'obligation, il devra pour le surplus examiner l'importance du pécule; de sorte que le chiffre de la condamnation définitive à prononcer contre le père de famille peut atteindre, mais non dépasser, la valeur de ce

la une dérogation importante au principe du droit civil, d'après lequel nul ne peut promettre ni stipuler pour autrui, principe que l'ancien droit civil appliquait alors même que la promesse ou la stipulation aurait été faite par un mandataire. Au moyen de l'extension donnée aux actions exercitoire et institoire, le mandat romain se rapproche du mandat français; mais sans se confondre avec lui: car, en France, le tiers qui a traité avec le mandataire n'a d'action que contre le mandant et non contre le mandataire (C. C., art. 1997); tandis que le droit prétorien, tout en accordant au tiers action utile contre le mandant, laisse le tiers parfaitement libre d'agir contre le mandataire (Ulpian., L. 1, §§ 17 et 24, ff., de *Exercit.*, et L. 7, § 1, de *Instit.*).

(1) § 3, *Instit.*, *Quod cum eo contract.* — Ulpian., L. 5 et L. 7, ff., de *Tribut. act.*

qui a tourné à son profit (*de in rem verso*), augmentée de celle du pécule (*de peculio*) (1). Ulpien et Paul considéraient la chose d'une manière plus simple : suivant ces jurisconsultes, ce qui a tourné au profit du maître constitue une dette du maître envers l'esclave, dette qui grossit d'autant le pécule : en sorte qu'en agissant simplement *de peculio*, on se trouverait agir aussi virtuellement *de in rem verso* (2). — Ces deux manières différentes de considérer les choses pouvaient influencer sur la rédaction de la formule ; mais elles conduisaient évidemment au même résultat pratique.

3° *Actio de in rem verso*, intentée isolément. — Au surplus, même dans les idées d'Ulpien et de Paul, le créancier devait et pouvait agir spécialement *de in rem verso*, dans tous les cas où il ne pouvait exister de pécule, par exemple, si l'esclave était mort, s'il avait été affranchi, ou s'il était passé sous une autre puissance (3). — Pareil-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 73 : « Licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem patris dominive versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes.... » — § 4, *Instit.*, *Quod cum eo contract.*

(2) Paul., L. 19, et Ulpian., L. 3, § 1, ff., *de In rem verso.*

(3) Ulpian., L. 1, § 1; Paul., L. 19, ff., *de In rem verso.* — L'action *de peculio* se donnait pourtant encore pendant une année utile, à partir soit du décès, de l'affranchissement ou de l'aliénation de l'esclave, soit du décès, de l'émancipation ou de la dation en adoption des fils de famille : voy., au Digeste, le titre *Quando de peculio actio annalis est.*

lement, quand plusieurs créanciers agissaient *de peculio*, celui d'entre eux dont les valeurs avaient tourné au profit du père de famille avait intérêt à agir expressément *de in rem verso*, afin d'éviter, sur ces valeurs, le concours des autres créanciers.

4° Au reste, celui qui peut agir par action *tributoire* peut, à plus forte raison, agir *de peculio*. Chacune de ces actions a ses avantages et ses inconvénients propres : l'action *tributoire* n'atteint que la portion du pécule consacrée au commerce, mais le maître n'y jouit d'aucun privilège sur les créanciers étrangers ; au contraire, l'action *de peculio* atteint tout le pécule, mais, en revanche, le maître actionné *de peculio* a le droit de prélever tout ce qui lui est dû. Les circonstances particulières à chaque espèce pouvaient donc seules déterminer laquelle de ces deux actions était la plus avantageuse au créancier (1).

III. La faculté d'agir contre le père de famille, à raison des engagements contractés par les personnes soumises à sa puissance, a été présentée jusqu'ici comme résultant exclusivement du droit prétorien. On trouve cependant, dans plusieurs textes, la preuve qu'on pouvait agir aussi directement contre le père de famille par une action civile (2), ce qui semble rendre sans objet les innovations

(1) § 5, *Instit.*, *Quod cum eo contract.*

(2) § 8, *Instit.*, *Quod cum eo contract.* — Javolen., L. 84, ff., *Pro socio.* — Paul., L. 17, § 5, ff., *de Instit. act.*, et L. 29, ff., *de Reb. cred.*

prétoriennes dont on vient de s'occuper. Pour expliquer cette apparente contradiction, il suffit de faire remarquer que les textes précités ne parlent pas d'une action quelconque, mais seulement de la *condictio*, et qu'ils ne l'accordent que pour deux cas correspondant aux actions *de in rem verso* et *quod jussu* (1) : or, grâce à l'extension qu'avait reçue la condictio au temps de la jurisprudence classique, ces deux cas rentraient précisément dans l'application de la *condictio*. En effet, on a vu précédemment que la condictio se donnait généralement toutes les fois qu'une personne avait reçu quelque chose qu'elle n'avait aucun prétexte honnête de retenir (§ 290) : or, telle est précisément le cas du père de famille lorsqu'il a profité des valeurs produites par l'engagement de ses esclaves et de ses fils de famille (2). Quant au second cas, la jurisprudence avait pareillement admis que celui qui contracte avec un esclave par ordre du maître est réputé avoir suivi la foi du maître lui-même ; si donc il s'agit d'un *mutuum*, d'un paiement indû, ou de toute autre obligation *re*, donnant naissance à une condictio, le prêt ou le paiement indû est réputé avoir été fait au maître lui-même (3) ; et,

(1) Dans l'expression *quod jussu* nous comprenons, bien entendu, les actions institoire et exercitoire.

(2) African., L. 23, et Celsus, L. 32, ff., *de Reb. cred.*

(3) § 1, Instit., *Quod cum eo contract.* — Ulpian., L. 1, ff., *de Reb. cred.*

dès lors, il est tout naturel qu'on puisse agir directement contre lui.

Mais, encore une fois, il ne s'agit dans tout cela que de la *condictio* ; et par conséquent les actions prétoriennes *quod jussu* et *de in rem verso* conservaient toute leur importance toutes les fois que le contrat fait par l'esclave n'était point de nature à donner naissance à une condictio.

§ 308. — Des actions noxales.

La qualification de ces actions vient des mots *noxa* et *noxia*, dont le premier désigne l'auteur du délit, et le second le délit lui-même ; mais on les prend quelquefois l'un pour l'autre.

I. L'action noxale n'est point fondée sur le principe que les chefs de famille doivent surveiller les individus soumis à leur puissance ; car elle se donne toujours contre le propriétaire actuel de l'esclave, et non contre celui auquel l'esclave appartient quand le délit a été commis : de là la maxime *noxa caput sequitur*. Si donc votre esclave a commis un délit, tant qu'il est sous votre puissance c'est contre vous que l'action doit être intentée ; s'il vient à passer sous la puissance d'un nouveau maître, c'est contre celui-ci que l'action doit être dirigée ; enfin si l'esclave est affranchi, on agit contre lui-même par action directe, et l'abandon noxal ne peut avoir lieu. — Réciproquement, une action directe peut devenir noxale ; par exemple : si un homme libre, ayant commis

un délit, devient ensuite votre esclave, l'action directe s'éteint, et la partie lésée peut agir contre vous par action noxale (1).

Le délit que l'esclave commet au préjudice de son maître ne donne lieu à aucune action; car aucune obligation ne peut naître entre le père de famille et ceux qu'il a sous sa puissance (2); aussi, alors même que votre esclave, après avoir commis un délit, passerait sous la puissance d'un autre ou serait affranchi, vous seriez sans action. Par conséquent encore, si l'esclave d'autrui a commis un délit à votre préjudice, et qu'il tombe ensuite sous votre puissance, l'action noxale s'éteint si complètement, qu'elle ne revivrait pas alors même que vous viendriez à aliéner l'esclave ou à l'affranchir. Telle était du moins l'opinion des Sabinien. Les Proculétiens pensaient, au contraire, que dans ce cas l'action noxale n'est qu'assoupie, et qu'elle renaît du moment où l'esclave sort de votre puissance (3).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 77. — § 5, *Instit.*, de *Noxal. act.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 78. — § 6, *Instit.*, de *Noxal. act.* — Cela est vrai, du moins pour les obligations civiles; mais nous avons vu qu'il pouvait exister entre le maître et l'esclave une obligation naturelle susceptible d'être cautionnée (page 204, note 2, *in fin.*). Nous avons vu aussi, en parlant des actions *tributoire* et de *peculio*, qu'à raison de cette obligation naturelle le maître concourait avec les créanciers étrangers ou les primait, suivant que ceux-ci agissaient par action *tributoire* ou de *peculio*.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 78.

Pour être soumis à l'action noxale, il ne suffit pas d'être propriétaire de l'esclave, il faut encore l'avoir en sa possession: aussi ne donne-t-on pas d'action contre le maître, quand l'esclave est en fuite ou qu'il est possédé par un tiers *animo domini*: l'action doit alors être dirigée contre le possesseur (1).

Ainsi qu'on l'a déjà dit (§ 306), le juge saisi d'une action noxale doit condamner le défendeur soit à payer, soit à abandonner la noxe. Le défendeur qui peut ainsi, après la sentence, éviter le paiement par l'abandon de la noxe, pourrait, à plus forte raison, éviter la condamnation, et même le procès, en faisant spontanément cet abandon, soit avant l'instance, soit pendant sa durée (2). — Toutefois, celui qui a frauduleusement nié avoir l'esclave noxal en sa possession perd le bénéfice de l'abandon noxal, et doit être condamné purement et simplement (3).

L'abandon noxal s'opérait par mancipation, et la partie lésée acquérait sur l'esclave la puissance dominicale complète. Toutefois, si on pouvait en croire le témoignage isolé de Justinien, l'es-

(1) Paul., L. 22; Ulpian., L. 11, et Gaius, L. 13, ff., de *Noxal. act.*

(2) Ulpian., L. 21, et Gaius, L. 29, ff., de *Noxal. act.* — Cette option ne donne pas pour cela à toute action noxale le caractère d'action arbitraire (*voy.*, ci-dessus, § 302).

(3) Paul., L. 2, § 1, ff., *Si ex noxal. caus.* — Il en est de même dans le cas où le maître aurait pu empêcher le délit: Ulpian., L. 2 et L. 3; Paul., L. 4, ff., de *Noxal. act.*

clave se serait trouvé alors dans une position toute particulière; en ce sens qu'il aurait pu obtenir sa liberté, malgré son nouveau maître, en remboursant à celui-ci la somme pour laquelle avait eu lieu l'abandon noxal. Un tel résultat serait vraiment inexplicable, et tout porte à croire que Justinien ne fait qu'appliquer ici aux esclaves une règle qui autrefois était particulière aux fils de famille donnés en noxe (1).

II. Tout ce qui vient d'être dit de l'action et de l'abandon noxal était commun aux fils de famille et aux esclaves : avec cette différence toutefois que les fils de famille donnés en noxe ne tombaient point dans un esclavage proprement dit, mais dans une dépendance particulière (*mancipium*), qui, en les assimilant sous certains rapports aux esclaves, ne leur faisait cependant point perdre le bénéfice de l'ingénuité, et leur laissait la faculté de se faire affranchir dès qu'ils avaient procuré à la personne à qui ils avaient été abandonnés un profit équivalant au dommage causé (2).

L'abandon noxal des fils de famille disparut sous l'influence des idées chrétiennes. Déjà aboli à l'égard des filles par Constantin, il le fut à l'égard des fils par une constitution de Justinien (3). — La partie lésée n'est pas pour cela sans ressource : elle

(1) § 3, *Instit.*, de *Noxal.* — Cf. *Coll. leg. rom. et mosaic.*, II, 3, et la note suivante.

(2) Gaius, *Comm.* IV, §§ 75, 77, 78, 79, et *Comm.* I, § 140.

(3) § 7, *Instit.*, de *Noxal. act.*

peut, en effet, comme elle l'aurait pu déjà autrefois, agir directement contre le fils de famille par l'action résultant du délit; sauf à agir ensuite de *peculio* contre le père de famille, à raison de la somme à laquelle le fils aurait été condamné (1).

CHAPITRE DEUXIÈME.

DÉFENSES ET EXCEPTIONS.

§ 309. — Des défenses et des exceptions en général.

Les moyens de défense contre les actions sont de trois espèces principales : les *défenses au fond*, les *exceptions* et les *prescriptions* dans l'intérêt du défendeur.

La défense au fond consiste à nier soit le fait, soit le droit sur lesquels le demandeur fonde sa prétention. Par exemple : Si le demandeur se prétend créancier, le défendeur repoussera la demande, en montrant soit que le demandeur n'a point prouvé l'existence du fait duquel dérive l'obligation prétendue, soit que le prétendu contrat était nul d'après le droit civil, soit enfin que

(1) Julian., L. 34, et Ulpian., L. 35 et L. 3, § 11, ff., de *Peculio*.