droit réel, aucune personne quelconque n'en est passive individuellement; tandis que, dans le droit personnel, une personne en est le sujet individuellement passif.

Droits réels, droits personnels : voilà les dénominations vulgaires et consacrées par l'usage général, que nous adoptons par ce motif, comme expressions conventionnelles, quoiqu'elles ne rendent pas complétement l'idée et qu'elles ne soient pas entièrement exactes, puisque tout droit, sans exception, est personnel quant aux sujets qui y figurent, et réel quant à l'objet.

Mais en faisant observer, et ce sera notre conclusion, que ces expressions sont également étrangères au droit romain; que, dans ce droit, une pareille division générale n'était pas formulée méthodiquement, et que, par conséquent, elle n'y portait pas de nom.

CHAP. II. — DROITS PERSONNELS.

§ Ier. OBLIGATION.

68. Notion générale de l'obligation, ou droit personnel.

196. Dans cette espèce de droits figure toujours une personne comme sujet actif, et une autre personne comme sujet individuellement passif du droit. — Cette dernière est dans une sorte de relation de dépendance par rapport à l'autre. Elle est en quelque sorte liée, attachée à la première pour l'exécution du droit dont elle est passive. Aussi, les termes sont-ils tous tirés de la même figure de langage. C'est toujours d'une attache, d'un lien qu'il s'agit : *obligare* (de *ob* et *ligare*, lier), *obligatio, vinculum juris; adstringere* (attacher à), *contrahere* (entraîner ensemble), *contractus :* pour désigner ce droit, ou ses effets, ou certains modes de sa formation; *solvere* (délier), *solutio*, pour son anéantissement.

A part toute figure de langage, l'obligation n'est autre chose que la nécessité juridique imposée à une personne, envers une autre, de faire une prestation.

C'est le droit personnel au point de vue passif.

En effet, si au point de vue actif, c'est-à-dire considéré dans le sujet qui en jouit, le droit personnel est la faculté de contraindre une personne à faire une prestation; au point de vue passif, c'est-à-dire dans le sujet qui en souffre, c'est la nécessité de faire cette prestation.

Sous le premier point de vue, le droit personnel se nomme, chez nous, créance; chez les Romains, *nomen*, moins généralement, *creditum;* et le sujet actif, à qui le droit appartient, créancier, *creditor* (de *credere*, avoir confiance, donner crédit : ce qui n'est pas toujours exact, parce que bien des créances naissent involontairement, sans acte de confiance d'une partie envers l'autre).

Sous le second point de vue, le droit personnel se nomme obligation, *obligatio;* et le sujet passif, contre qui le droit existe individuellement, débiteur, *debitor* (du devoir, ou nécessité juridique qui lui est imposée).

197. L'objet immédiat de toute obligation est toujours une action à exiger d'une personne, en prenant le mot action dans son acception la plus générale, action de donner, de fournir, de faire ou de s'abstenir. Les choses qu'il faut donner ou fournir ne sont l'objet de l'obligation qu'en sous-ordre, en dernière ligne, parce que finalement c'est à elles qu'on veut et qu'on doit arriver. Les jurisconsultes romains avaient senti cette vérité, et Paul l'exprime en ces termes : « Obligationum substantia non in eo » consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram » faciat; sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel » faciendum, vel præstandum (1). »

Dare, facere, præstare, sont trois mots dont la réunion était sacramentelle dans les formules du droit romain pour embrasser en toute sa généralité l'objet possible de toute obligation. *Dare,* transférer la propriété romaine; *facere,* accomplir un fait, ou même souffrir, s'abstenir; *præstare,* fournir, procurer un avantage, une utilité quelconque. Ces deux derniers termes sont de la plus grande étendue : *facere* pourrait, au fond, les comprendre tous; et *præstare* aussi, puisqu'il embrasse toutes sortes d'avantages à procurer, choses corporelles, droits, faits positifs ou négatifs, n'importe. D'où le mot général de *prestation.*

198. A la matière des droits personnels se rattachent : la notion de l'obligation proprement dite chez les Romains; les règles sur

(1) DIG., 44, 7, *De oblig. et action.*, 3, pr. f. Paul.

la formation, la transmission et l'extinction des obligations; enfin la notion de certains droits personnels qui, dans la législation et dans la jurisprudence romaines, ne sont pas, à proprement parler, des obligations.

69. Obligation proprement dite chez les Romains.

199. L'obligation est définie dans les Instituts de Justinien : « Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ » rei, secundum nostræ civitatis jura (1). » Cette définition ne s'applique qu'à l'obligation existant suivant le droit civil. C'est là, en effet, l'obligation proprement dite du droit romain, l'obligation civile (*civilis obligatio*). Cependant la juridiction prétorienne a introduit des obligations qui n'existaient pas dans le droit civil, et les a munies de moyens prétoriens pour leur mise à effet : on les nomme obligations prétoriennes ou honoraires (*prætoriæ vel honorariæ obligationes*). — Enfin, la jurisprudence a fait reconnaître, sur le fondement unique du droit des gens et de la raison naturelle, certaines obligations qui ne sont confirmées ni par le droit civil ni par le droit prétorien, et qu'on nomme obligations naturelles (*naturales obligationes*).

200. L'effet principal de l'obligation civile consiste dans la nécessité pour le débiteur de faire la prestation dont il est tenu, et, en conséquence, dans le droit qu'a le créancier de l'attaquer devant le pouvoir judiciaire pour l'y contraindre. C'est ce qu'on exprime en disant que l'obligation civile donne au créancier une action civile contre le débiteur. — L'obligation prétorienne produit aussi une action, mais seulement une action prétorienne. — Quant à l'obligation naturelle, elle ne donne pas au créancier le droit d'attaquer le débiteur pour le contraindre à la prestation qui fait l'objet de cette obligation. La nécessité imposée au débiteur est moins forte. Ce n'est que par occasion, et par des moyens moins directs, que le créancier peut la faire valoir. Il n'y a pas d'obligation proprement dite, ni civile ni prétorienne.

70. Formation des obligations.

201. Tout droit est engendré par un fait : en conséquence, pas d'obligation qui ne provienne d'un fait.

(1) Inst., 3, 13, pr.

Les faits que la pure raison philosophique nous offre comme pouvant être générateurs d'obligations se ramènent aux quatre suivants : — 1° le consentement mutuel des parties; — 2° les faits par suite desquels une personne peut avoir nui par sa faute à une autre : cas régi par cette maxime de raison naturelle, qu'il faut réparer le mal que l'on a causé à tort; — 3° les faits par suite desquels une personne peut se trouver, soit volontairement, soit involontairement, enrichie du bien d'une autre : cas régi par cette autre vérité morale, que nul ne doit s'enrichir au préjudice du droit d'autrui; — 4° enfin certaines relations entre les personnes, dans la constitution de la famille ou de la société.

Mais le droit civil des Romains n'a pas opéré si largement. Il n'a reconnu d'obligation, de *vinculum juris*, que dans des cas rigoureusement précisés par lui, et peu nombreux. Ce n'est que graduellement, par l'Édit du préteur, par la jurisprudence, par les constitutions impériales, et sous l'intervention toujours plus grande des idées du droit des gens, que ces cas ont été étendus.

202. A l'égard de ceux qui puisent leur source dans le consentement mutuel des parties, le mot le plus général sous lequel ils se rangent est celui de convention, ou pacte (*conventio, pactum conventum*), qui désigne le concours de deux ou plusieurs volontés sur un droit quelconque à créer, à modifier ou à éteindre; mais le titre de contrat (*contractus*), qui désigne particulièrement la convention produisant obligation, est réservé aux conventions spécialement reconnues comme obligatoires et munies d'une action par l'ancien droit civil des Romains.

Le droit romain dans cette création des contrats paraît avoir suivi la gradation historique que voici :

203. D'abord le *nexum*, terme ancien et générique qui désigne toute opération accomplie par le moyen du lingot de métal et de la balance : « *Quodcumque per æs et libram geritur* (1), » avec le porte-balance (*libripens*), les cinq témoins citoyens, les gestes et les paroles consacrés. Vestiges des temps antiques, où, en l'absence de monnaie, le métal se mesurait au poids, cette solennité reste comme symbole et est employée pour la création,

(1) « Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur, idque necti dicitur. » Festus, au mot *Nexum*.

pour la transmission, pour l'extinction de diverses sortes de droits : ceux de propriété quiritaire comme ceux d'obligation. — Pour la formation des obligations, le métal est censé pesé et donné par le créancier à celui qu'il accepte pour débiteur; ou bien une chose est, soit réellement, soit fictivement, aliénée *ex jure Quiritium*, les paroles solennelles prononcées entre les parties forment la loi de cette dation (1), et le lien, le *vinculum juris*, est ainsi formé. Telle était pour le citoyen romain, la forme quiritaire et primitive de s'obliger. C'était la réunion d'une pantomime symbolique et de paroles sacramentelles. Les contrats de prêt (*mutuum*), de gage (*pignus*), de dépôt (*depositum*), se formaient probablement ainsi dans l'origine. — Plus tard la simple tradition de la chose suffit pour engendrer l'obligation civile, et ainsi furent reconnus les contrats que les Romains qualifiaient de contrats formés *re*.

204. La marche du droit civil romain, dans les formes civiles des contrats, a consisté à simplifier cette solennité *per æs et libram;* à tenir le pesage symbolique pour accompli, le lingot de métal pour pesé et donné, et à abandonner ainsi la pantomime matérielle des temps primitifs.

De là, la seconde forme quiritaire de s'obliger, première dérivation de l'antique *nexum :* les paroles sacramentelles, détachées de la solennité *per æs et libram* que l'on tient pour accomplie, et réduites entre les parties à une interrogation solennelle (*stipulatio*) suivie d'une réponse conforme (*responsio, promissio*). Les termes quiritaires et consacrés pour cette interrogation et pour cette réponse ont été ceux-ci : SPONDES SPONDEO, d'où pour cette solennité, le nom particulier de *sponsio*. Avec le temps on a trouvé le moyen de rendre accessible aux *peregrini* cette forme de s'obliger, en admettant d'autres sortes d'interrogations : PROMITTIS? PROMITTO; DABIS? DABO, etc., comme étant du droit des gens. Enfin, plus tard encore, le caractère formulaire disparaît; le grec même est admis dans la stipulation; l'une des parties peut interroger en latin, l'autre répondre en grec, ou réciproquement; que l'interrogation et la réponse soient con-

(1) Tels sont les termes des Douze Tables : « Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. » FESTUS, au mot *Nuncupata*.

formes, quelles que soient les expressions, cela suffit (1). — Tel est le contrat que les Romains disent formé *verbis*. C'est une forme de s'obliger très-générale, en ce sens qu'elle peut s'appliquer à toutes sortes d'obligations à contracter.

205. Vient ensuite la troisième forme quiritaire de s'obliger, seconde dérivation de l'antique *nexum*. Cette forme, qui n'est applicable qu'aux obligations de payer une somme d'argent, consiste à considérer l'opération *per æs et libram* comme accomplie; en conséquence, la somme objet de l'obligation, comme pesée et donnée d'une part, comme reçue de l'autre; et à l'inscrire comme telle, en la formule consacrée, sur le registre domestique (*tabulæ* ou *codex accepti et expensi*). D'où, pour ce contrat, le nom de *expensilatio* (supposition de la somme pesée et donnée; et pour la somme qui en fait l'objet, ceux de *pecuniæ expensa lata* (somme tenue pour pesée et donnée), à l'égard du créancier; *pecunia accepta relata* (somme tenue pour reçue), à l'égard du débiteur. — C'est de cette forme de s'obliger que vient, en droit romain, l'expression générale de *nomen* pour désigner une créance, parce que la créance est inscrite sur le registre domestique au nom du débiteur. Et spécialement, celle qui est ainsi formée se nomme *nomen transcriptitium*, soit parce que, inscrite d'abord sur un brouillon courant (*adversaria*), elle était reportée chaque mois sur le registre mis au net; soit plutôt parce que, prenant sa cause dans quelque autre opération antérieure, et destinée à remplacer par novation la créance née de cette première opération, elle passait de là en une inscription sur le registre.

Tel est le contrat que les Romains disent être formé *litteris*. Comme la stipulation, il est en principe exclusivement propre aux seuls citoyens. Avec le temps, il est étendu, mais sous une forme différente, aux étrangers, dans les *syngraphæ* et dans les *chirographa*. Puis l'emploi du *codex* ou registre domestique, et avec lui le véritable contrat *litteris* des Romains, tombent en désuétude. Il en advient de même aux *syngraphæ* du droit des gens. Et le *chirographum*, qui se soutient plus longtemps, n'arrive

(1) INST., 3, 15, 1. — Le stipulant est celui qui interroge, et, par conséquent, celui envers qui le promettant s'oblige. De là vient qu'on dit encore chez nous, *stipuler de quelqu'un, stipuler à son profit*, pour dire engager quelqu'un envers soi. (Voir COD. CIV., art. 1119, 1121.)

lui-même jusqu'à Justinien que considérablement modifié, et réduit, à peu de chose près, à la valeur d'une *cautio* ou écrit simplement probatoire.

206. Enfin le droit civil a accueilli, comme pouvant être formés par le seul consentement, sans opération *per æs et libram,* ni interrogation solennelle, ni inscription sur les registres domestiques, ni aucune autre formalité, quatre contrats seulement : la vente (*emptio-venditio*), le louage (*locatio-conductio*), la société (*societas*), et le mandat (*mandatum*). Un cinquième, le contrat d'emphytéose, est venu s'y joindre aux derniers temps du Bas-Empire; et néanmoins il n'entre pas en compte, parce qu'il n'avait été considéré dans la jurisprudence romaine que comme une vente par les uns, et comme un louage par les autres. — Tels sont les contrats que les Romains disent formés *consensu.* Ils dérivent du droit des gens; la forme de s'obliger y est arrivée à sa plus simple expression; ils ont cela de distinctif, qu'ils produisent des obligations de part et d'autre (*ultro citroque*), et que leurs effets se déterminent d'après l'équité (*ex æquo et bono*).

207. De cette marche progressive du droit romain en matière de contrats découlent quatre sortes de contrats, selon qu'ils sont formés *re, verbis, litteris,* ou *consensu.*

En dehors de ces contrats, la convention des parties reçoit le nom de *pactum, pactio, conventio.* Selon le droit civil strict, elle ne produit pas d'obligation; cependant des dispositions impériales ou prétoriennes ont attaché à quelques-unes d'entre elles un effet obligatoire; quelques circonstances particulières peuvent aussi modifier la rigueur du droit, et donner aux pactes divers effets juridiques.

208. A l'égard des faits qui ne sont pas le résultat du consentement mutuel des parties, l'ancien droit civil, sous le nom de *noxa,* plus tard *maleficium, delictum,* a précisé encore et muni d'une action un certain nombre de cas dans lesquels l'obligation résulte du préjudice causé à tort à autrui, et le droit prétorien y a fait quelques additions.

209. De là deux sources d'obligations, le contrat et le délit : « Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto; » et lorsque la jurisprudence vient à reconnaître des causes différentes, elle les ramène, elle les assimile aux deux sources

primitives; elle dit que ce sont comme des figures variées de ces causes légitimes (*variæ causarum figuræ*); que l'obligation naît comme elle naîtrait d'un contrat (*quasi ex contractu*), ou comme elle naîtrait d'un délit (*quasi ex delicto*). — D'où, en spécifiant les détails du système dans son ensemble, quatre origines pour les obligations : *ex contractu,* ou *quasi ex contractu; ex maleficio,* ou *quasi ex maleficio.*

71. Transport des obligations.

210. Le droit romain est logique : le droit personnel ne peut se transférer d'une personne à une autre. C'est un lien entre le sujet actif et le sujet passif; changez un de ces éléments, vous n'avez plus le même droit. Il n'y a donc pas de véritable transport de créance : on ne parvient à un résultat analogue qu'indirectement, au moyen de procurations.

72. Extinction des obligations.

211. La rupture du lien de l'obligation, et par suite la libération du débiteur, de quelque manière qu'elle arrive, se nomme chez les Romains *solutio* (déliement), en prenant ce mot dans son acception la plus générale.

212. L'obligation, lien civil, ne peut être dissoute que conformément aux règles du droit civil lui-même (*ipso jure*); cependant en des cas nombreux où l'obligation, d'après le droit strict, continue de subsister, le droit prétorien et la jurisprudence ont des détours pour fournir au débiteur le moyen de se défendre contre la demande du créancier (*exceptionis ope*).

213. En tête de tous les modes civils d'extinction des obligations se place celui qui accomplit le cours régulier des choses, celui qui constitue le but final de l'obligation, c'est-à-dire la prestation de ce qui est dû; en français, le payement. Le mot *solutio,* pris dans un sens plus restreint, s'applique particulièrement à ce mode de libération.

214. Le droit civil a admis en outre qu'on peut dissoudre une obligation en la remplaçant par une nouvelle contractée à sa place. C'est ce qui se nomme une novation (*novatio*). Toutes les obligations quelconques peuvent être novées; mais toutes les manières de s'obliger ne peuvent pas être employées pour opérer

cette transformation. Le contrat *verbis* ou le contrat *litteris* peuvent seuls avoir cette puissance. Par le moyen, soit de l'un, soit de l'autre, on peut éteindre toute obligation quelconque en la remplaçant par la nouvelle obligation contractée *verbis* ou *litteris*. Mais de ces deux modes de novation, le plus commode, le plus étendu et aussi le plus usuel, c'est le contrat *verbis* ou la stipulation.

215. Si, d'un commun accord, les parties veulent dissoudre l'obligation sans payement ni novation, de manière que le débiteur s'en trouve libéré et tout à fait quitte; en d'autres termes, si le créancier veut faire au débiteur remise de sa dette, le droit civil romain prend, sur ce point, un caractère digne d'être remarqué, son caractère symbolique et formaliste.

Il faut qu'il y ait alors entre les parties une sorte de payement imaginaire (*imaginaria solutio*); et ce payement fictif s'accomplira : — soit par la pantomime matérielle, avec la balance, les témoins, les paroles consacrées et le lingot de métal, qui sera censé pesé et donné en payement par le débiteur au créancier (*solutio per æs et libram*) (1); — soit par l'emploi seulement de paroles sacramentelles, à l'aide desquelles le créancier, sur l'interrogation du débiteur, déclarera tenir le payement pour accompli : « QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? — HABEO. » C'est ce qui se nomme *acceptilatio* (déclaration qu'on tient la chose pour reçue), ou *solutio verbis;* — soit par inscription sur le registre domestique, en une formule constatant que la somme due est tenue pour reçue (*solutio litteris*). Enfin et en dernier lieu, pour certains cas, la jurisprudence civile a admis que le seul concours de volonté entre les parties, ou le mutuel dissentiment, suffirait pour éteindre de part et d'autre l'obligation.

De telle sorte qu'on remarque dans la manière de dissoudre les obligations au moyen d'une remise faite par le créancier, absolument la même gradation que dans la manière de les former. De même qu'elles se contractent, de même elles se dissolvent *per æs et libram, verbis, litteris* ou *consensu.* — Il y a plus, ces modes de libération par remise du créancier restent exclusivement propres chacun à leur espèce, c'est-à-dire la libération *per æs et*

(1) GAI., 3, § 174.

libram aux obligations créées *per æs et libram;* l'acceptilation ou libération *verbis,* aux obligations contractées par paroles; la libération *litteris,* à celles formées par inscription sur le registre domestique; et enfin la libération par le seul dissentiment, à celles que le seul consentement a fait naître. — Mais la jurisprudence trouve le moyen de généraliser l'usage de l'*acceptilatio* ou *solutio verbis,* et d'en faire un mode de remise applicable à toutes sortes d'obligations, à l'aide d'une novation préalable, par laquelle toute obligation peut être transformée en une obligation verbale.

Voilà comment la forme verbale de la stipulation sert généralement soit à faire novation, soit à faire remise de toute obligation.

§ II. DROITS PERSONNELS AUTRES QUE L'OBLIGATION PROPREMENT DITE.

— 73. —

216. Sous ce titre, nous rangeons certains droits personnels existant en droit romain, dans lesquels, bien qu'il y ait une personne individuellement sujet passif du droit, cependant il n'existe pas d'obligation proprement dite de la part de cette personne, en ce sens que ce droit ne confère pas au sujet actif la faculté de prendre l'initiative et d'attaquer le sujet passif pour le contraindre à donner, à faire ou à procurer quelque chose; mais seulement la faculté de le repousser, de faire rejeter sa demande, s'il était attaqué par lui (1). C'est un droit de défense et non d'attaque. Les obligations qualifiées d'obligations naturelles par la jurisprudence romaine, outre quelques autres effets dont elles sont susceptibles, sont dans ce cas.

CHAP. III. — DROITS RÉELS.

74. Notion commune à tous les droits réels.

217. Dans le droit réel, à part la masse générale tenue de s'abstenir et de laisser faire, il n'existe d'autres termes que la personne sujet actif et la chose objet du droit. Ainsi, il n'y a pas de relation individuelle entre deux personnes déterminées, pas

(1) Il s'agit de ces droits personnels qui sont protégés seulement par des exceptions.