

introduite par un rescrit de Marc-Aurèle pour le cas d'hérédité testamentaire abandonnée par les institués, et étendue par faveur au cas d'hérédité *ab intestat* avec affranchissement par codicilles. Justinien, par une constitution spéciale, règle avec détail ce genre d'addiction, et l'étend même, par analogie, au cas d'affranchissement entre-vifs ou pour cause de mort.

3° La *bonorum emptio*, qui avait lieu du temps de la procédure ordinaire, lorsque les créanciers poursuivaient la vente en masse et par universalité des biens et droits de leur débiteur, et qui constituait au profit de l'acheteur une sorte de succession universelle prétorienne; cette vente par universalité tombe en désuétude avec la procédure ordinaire, et il ne reste plus que la vente particulière des biens du débiteur.

4° La succession d'après le sénatus-consulte Claudien, lorsqu'une femme ingénue, pour s'être unie à un esclave et pour avoir persévéré dans cette union malgré l'opposition du maître de l'esclave, était livrée à ce maître en propriété, elle et ses biens. Justinien abroge ces dispositions.

TITULUS XIII.

DE OBLIGATIONIBUS.

TITRE XIII.

DES OBLIGATIONS (1).

1176. Après avoir traité des *droits réels*, notamment de la propriété et de ses divers démembrements; puis des différents moyens d'acquérir, soit particuliers, soit par universalité, nous passons aux droits qu'il est d'usage de désigner sous la qualification de *droits personnels*. Déjà les notions générales sur ce point nous sont connues (t. I, *Génér.*, n° 196 et suiv.); il s'agit d'arriver aux détails.

Le droit romain, en cette matière comme en toutes autres, a eu des commencements rudes, exclusifs; ne tenant nul compte des relations et des principes d'équité naturelle, mais se restreignant dans les exigences du droit civil des Quirites et de ses formes symboliques. Ce n'est qu'avec le temps, par des adoucissements successifs et détournés, qu'il s'est rapproché des notions philosophiques et du droit des gens. Le langage lui-même a suivi ces métamorphoses.

Notion de l'obligation.

Nunc transeamus ad obligationes. Maintenant passons aux obligations. Obligatio est *juris vinculum*, quo necessitate adstringimur *alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.* L'obligation est un *lien de droit*, formé suivant notre droit civil, et qui nous astreint à nous acquitter de quelque chose.

1177. La définition du droit personnel, et la langue juridique qui s'y rapporte, presque dans tous ses termes, sont tirées, nous l'avons déjà remarqué, de la même figure. Il s'agit toujours d'une attache, d'un lien (*juris vinculum*), qui assujettit une personne

(1) Voir de notre regretté collègue, PROSPER VERNET, *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*; Paris, 1865, in-8°.

à une autre, ou, pour parler autrement et sans figure, d'une nécessité de droit (voir tom. I, *Génér.*, n° 196).

Le mot *obligatio* n'est pas un terme du vieux droit des Quirites; on ne le trouve dans aucun fragment des Douze Tables ni dans aucun vestige de la langue juridique de ces temps; il appartient à une époque plus rapprochée. L'expression antique paraît avoir été *nexum* ou *nexus* (de *nectere*, nouer); la figure est toujours la même. Cependant *nexum* n'a pas la même valeur qu'*obligatio*; son acception dans un sens est plus étroite, et dans l'autre plus étendue. Nous allons bientôt l'expliquer.

Sujets et objet de l'obligation

1178. Les éléments constitutifs du droit personnel nous sont connus.

Ici nous trouvons indispensablement, comme sujets du droit, deux personnes: l'une, sujet actif, que l'on nomme *creditor*, créancier (1); l'autre, sujet passif, nommée *debitor*, débiteur. C'est le débiteur qui est lié, attaché au créancier, dans une sorte de dépendance par rapport à lui, pour l'exécution du droit dont il est passif. Le mot *creditor* (de *credere*, croire, confier) indique, par son étymologie, un acte de confiance de la part du créancier, puisque, au lieu d'exiger satisfaction immédiate et réalisée, il s'est fié jusqu'à un certain point au débiteur pour l'exécution de l'obligation. Ce mot a donc été étendu hors de ses limites étymologiques lorsqu'on en a fait un terme général appliqué à tous les cas d'obligation, même à ceux dans lesquels la volonté du créancier n'est entrée pour rien. Du reste, les expressions de *creditor* et de *debitor* n'appartiennent pas plus que celle d'*obligatio* à la langue antique du droit romain. Le terme ancien, qui se trouve dans les Douze Tables, est celui de *rei*, qui désigne à la fois les deux parties, mais qui s'applique plus spécialement au débiteur (*reus*).

1179. L'objet de l'obligation aboutit toujours, en définitive, à une chose qu'il s'agit de fournir (*alicujus solvendæ rei*, nous dit le texte), en prenant le mot de chose dans son acception juridique la plus étendue, c'est-à-dire pour tout ce qui peut procurer utilité ou avantage quelconque à l'homme. Cependant, si l'on analyse de plus près les éléments de l'obligation, on verra que l'objet direct, immédiat du droit, n'est pas la chose même qu'il s'agit de donner, de faire ou de fournir, mais bien l'action de donner, de faire ou de fournir à laquelle le débiteur peut être contraint, la prestation dont il est tenu. Aussi dit-on: l'obligation de donner, de faire, de fournir (*dandi, faciendi, præstandi*), être obligé à donner, à

(1) Dig. 50. 16. De verb. signif. 10. f. Ulp. — 11. f. Gai. — 12. 1. De rebus cred. 1. f. Ulp.; et 2. § 5. f. Paul.

faire, à fournir (*ad dandum, ad faciendum, ad præstandum*). C'est ce que le jurisconsulte Paul exprime en ces termes : « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum (1); » indiquant élégamment par là que l'obligation ne produit aucun droit direct du créancier à la chose (ce que nous nommons *droit réel*), qui permette à celui-ci de disposer ou tirer profit en aucune manière de la chose, mais seulement un droit contre le débiteur, pour le contraindre à fournir la chose. — D'où il suit, en amenant l'idée à sa plus grande simplicité et à toute son exactitude, que l'obligation n'est autre chose qu'une nécessité juridique d'action ou d'inaction imposée à une personne envers une autre. — *Dare, facere, præstare*, la réunion de ces trois mots est sacramentelle dans les formules et dans les textes des lois romaines, pour embrasser en toute sa généralité l'objet que les obligations peuvent avoir (2). *Dare*, dans son acception propre, se réfère à la translation de la propriété romaine (3); le mot indique que le débiteur est obligé de transférer la chose en propriété. *Præstare*, par opposition, s'emploie dans les cas où il ne s'agit que de livrer, que de fournir la chose pour mettre à même d'en user, ou d'en jouir plus ou moins, comme dans le cas de louage (4); mais, à vrai dire, cette expression *præstare* est de la plus grande généralité : elle s'applique à toute sorte d'avantage qu'il s'agit de procurer, ou, pour franciser le mot, à toute sorte de *prestation*.

Diverses espèces d'obligations.

1180. Le jurisconsulte romain ne définit l'obligation que suivant le droit civil, le droit de la cité (*secundum nostræ civitatis jura*). En effet, ce lien juridique qui attache une personne à une autre, considéré non au point de vue de la pure raison, mais comme mettant réellement à la disposition de l'une des moyens coercitifs, au besoin la force publique, pour contraindre l'autre à s'acquitter, ce lien ne tient son efficacité positive que du droit civil, qui l'établit ou le reconnaît, et qui emploie même la puissance de la cité pour y donner effet. — Le droit romain a suivi ici son caractère exclusif. Dans le principe, il n'y a eu d'obligations que

(1) Dig. 44. 7. 3. pr. f. Paul. — (2) Nous les trouvons dans Gaius, comme formule de l'action *in personam* : « In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus : *Dare, facere, præstare oportere* » (Gal. Com. 4. § 2). — Paul nous les montre dans les textes de la loi JULIA PAPIA (Dig. 38. 1. 37. p. f. Paul.); — Ulpien dans les formules de stipulation (Dig. 19. 1. 13. § 6. f. Ulp.); etc., etc. — (3) Dig. 45. 1. 75. § 10. f. Ulp.; 103. f. Modest. — 50. 17. 167. f. Paul. — 18. 1. 25. § 1. f. Ulp. — (4) Dig. 19. 1. 11. § 2. f. Ulp. — 19. 2. 15. §§ 1 et 2. f. Ulp.; et 19. § 2. f. Ulp.

celles établies selon les formes ou dans les cas spécialement reconnus par le strict droit civil; hors de là, nul lien juridique, nulle obligation, nul effet de droit. — Avec le temps, la juridiction prétorienne, adoucissant, ici comme ailleurs, la rigueur primitive, a reconnu d'autres modes ou d'autres cas d'obligations, et fourni des moyens prétoriens de les mettre à effet. Le législateur lui-même a plus tard sanctionné et pourvu d'efficacité des cas tout à fait en dehors du pur droit civil. — Enfin les obligations reconnues par le droit des gens ou par la simple raison philosophique ne sont pas restées dénuées de tout résultat : sous le nom d'obligations naturelles, la jurisprudence les a signalées et leur a attribué sinon la force des autres obligations, du moins des effets importants dans les relations juridiques. « *Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus,* » dit Paul dans un fragment inséré parmi les axiomes du droit (1). — D'où, en droit romain, cette triple division des obligations : obligations civiles (*civiles obligationes*); obligations prétoriennes ou honoraires (*prætorix, vel honorariæ obligationes*), et obligations naturelles (*naturales obligationes*) (2).

I. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut civiles sunt aut prætorix. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætorix sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

II. Toutes les obligations se réduisent à une division principale, en deux classes : elles sont ou civiles ou prétoriennes. Civiles, celles qui ont été ou établies par les lois, ou reconnues par le droit civil. Prétoriennes, celles que le préteur a constituées en vertu de sa juridiction; ces dernières s'appellent aussi honoraires.

1181. *Aut legibus constitutæ*. Ceci semble faire allusion aux obligations constituées formellement par les lois civiles, devant strictement leur existence au droit civil des Romains, sans considération, du reste, ni du droit des gens ni de l'équité naturelle.

Aut certo jure civili comprobatæ. Il s'agit ici des obligations qui n'appartenaient dans le principe qu'au droit des gens, mais qui plus tard, admises et confirmées par le droit civil, ont passé dans ce droit et en ont fait partie. Les notions historiques que nous allons donner nous éclaireront bientôt sur ce point.

Effets de l'obligation.

1182. L'effet principal et propre de l'obligation consiste dans la nécessité pour le débiteur de s'acquitter, c'est-à-dire de faire

(1) Dig. 50. 17. 84. § 1. f. Paul. — (2) Nous trouvons cette division bien marquée dans ce fragment d'Ulpien, qui dit en parlant de la novation : « *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria.* » (Dig. 46. 2. 1. § 1.) — On la retrouve également dans un fragment de Marcien, parlant de l'hypothèque : « *Et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali.* » (Dig. 26. 1. 5. pr.)

la prestation dont il est tenu. A défaut, le créancier a, pour l'y contraindre, une action.

Ainsi, toute obligation civile, c'est-à-dire existant suivant le droit civil, produit une action de droit civil. D'où l'usage, chez les juriconsultes romains, de faire marcher ensemble ces deux expressions *obligatio* et *actio*, comme deux corrélatifs dont l'un emporte l'autre, et qui peuvent, en quelque sorte, se servir de synonymes, si l'on prend la cause pour l'effet. *De obligationibus et actionibus*, portent les titres du Digeste et du Code consacrés à cette matière (1).

1183. Les obligations prétorienne ou honoraires, introduites par la juridiction du préteur, produisent aussi une action, mais une action prétorienne; soit des actions utiles, c'est-à-dire des actions civiles déjà existantes, étendues, pour cause d'utilité et par analogie, à des cas où rigoureusement et selon le droit civil elles ne seraient pas applicables; soit des actions prétorienne spéciales (2).

1184. Enfin, les obligations naturelles, qui ne se déduisent que du droit des gens et de la raison philosophique, sans que le droit civil ni le droit prétorien les aient confirmées, ne produisent aucune action, ni civile, ni prétorienne. Mais la jurisprudence leur a reconnu d'autres effets. Ainsi l'obligation naturelle une fois acquittée, ce qui a été payé ne peut plus être répété comme non dû et payé par erreur (3). On peut faire valoir l'obligation naturelle par le moyen des exceptions, si l'occasion s'en présente (4); ainsi, on peut la faire entrer en compensation (5). Enfin, l'obligation naturelle peut faire l'objet d'une novation (6), et servir de base à des contrats ou conventions accessoires qui supposent une obligation préexistante, tels que la fidéjussion, la constitution de gage ou d'hypothèque (7). Nous reviendrons plus en détail sur ce point (8).

(1) Dig. 44. 7. — Cod. 4. 10. — Ce qui ne doit pas faire perdre de vue, toutefois, que les droits réels se défendent et se poursuivent aussi par des actions. Mais nous verrons que dans toute action, même dans les actions réelles, il y a, à vrai dire, et en les analysant subtilement, obligation, lien juridique d'une personne à une autre. — (2) Dig. 13. 5. 1. § 8. f. Ulp. — Dig. 50. 16. 10. f. Ulp. — (3) Dig. 12. 6. 19. pr. f. Pomp. « Naturalis obligatio manet, et ideo solum repeti non potest. » — « Voy. aussi Dig. 14. 6. 9. §§ 4 et 5. f. Ulp.; et 10. f. Paul. — Dig. 44. 7. 10. f. Paul. « Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit. » Ce qu'il faut entendre en ce sens qu'il n'y a point lieu de s'attacher à l'existence d'une action, mais seulement à l'exclusion du droit de répéter. — (4) Dig. 2. 14. 7. § 4. f. Ulp. « Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. » — (5) « Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. » (Dig. 16. 2. 6. f. Ulp.) — (6) Dig. 46. 2. 1. § 1. f. Ulp. — (7) Dig. 46. 1. 16. § 3. f. Julian. « Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. » — Dig. 20. 1. 5. pr. f. Marcian, et 14. § 1. f. Ulp. — (8) Notre collègue M. MACHELARD en a fait l'objet d'une publication spéciale, *Des obligations naturelles en droit romain*. Paris. 1861. In-8°.

Sources ou causes des obligations en général.

1185. Mais comment peut-il arriver qu'une personne se trouve ainsi liée, attachée à une autre, obligée envers une autre? Et d'autres termes, quelles peuvent être les causes des obligations entre particuliers? Nous examinerons la question d'abord philosophiquement et ensuite historiquement dans le droit romain.

1186. Philosophiquement, nous savons que tout droit est engendré par un fait (tom. I, *Général.*, n° 148); il en est ainsi de l'obligation: pas une obligation qui ne provienne d'un fait. Quels sont donc les faits qui peuvent produire ce résultat? — Ici peuvent se présenter, soit le consentement réciproque des parties, soit des faits indépendants de leur consentement, survenus par la volonté de l'une d'elles seulement, ou sans la volonté ni de l'une ni de l'autre.

1187. Quant au consentement, si l'accord des deux parties n'a dans son objet ni dans ses motifs rien de contraire à la morale, à l'ordre public, ni rien de physiquement impossible; si le consentement est donné avec capacité, exempt d'erreur, de dol et de violence, du moment que les parties ont consenti à ce que l'une d'elles fût liée, obligée envers l'autre, la raison naturelle nous dit qu'il peut y avoir là un fait générateur d'obligation.

1188. Indépendamment du consentement réciproque: — Si une personne a porté préjudice à une autre, soit volontairement et à mauvais dessein, soit involontairement, mais par sa faute, le principe de raison naturelle qu'il faut réparer le mal qu'on a causé à tort nous dit encore qu'il y a là un fait générateur d'obligation. — Si une personne se trouve avoir, par une circonstance quelconque, ce qui appartient à une autre; si elle se trouve enrichie, d'une manière quelconque, au détriment du droit d'autrui, soit volontairement, soit involontairement, le principe de raison naturelle que nul ne doit s'enrichir au préjudice du droit d'autrui, et qu'on est tenu de restituer ce dont on se trouve ainsi enrichi, nous dit encore qu'il y a là un fait générateur d'obligation.

1189. Ainsi, d'une part, le consentement des parties, et de l'autre les mille et mille faits, produit soit de la volonté ou de l'activité de l'homme, soit de causes placées entièrement hors de lui, par suite desquels une personne peut avoir nui par sa faute à une autre, ou se trouver enrichie au préjudice des droits d'une autre, nous offrent les causes d'obligation innombrables et quotidiennement répétées, qui se rangent toutefois les unes et les autres sous des principes communs de raison naturelle. — Joignez-y, dans la constitution de la famille ou de la société, destinée nécessaire et essentielle de l'homme, certaines relations entre personnes, qui doivent engendrer des liens de droit, des obligations de l'une à l'autre; par exemple le fait de génération, produisant des obligations mutuelles

entre le père et la mère d'une part, et les enfants de l'autre, par le motif que les uns ont donné l'existence, et que les autres l'ont reçue, vous avez une autre source d'obligations suivant les principes de la pure raison philosophique.

1190. Historiquement, nous allons retrouver, dans ce qui concerne les sources des obligations, toute la rudesse primitive du droit civil des Romains; puis son adoucissement graduel par le progrès de la civilisation et par l'intervention toujours plus grande du droit des gens. — D'abord, ce lien juridique qui astreint une personne à une autre, qui emporte au besoin le concours de la force publique pour sa mise à effet, n'est régi en rien par l'équité naturelle; il dépend exclusivement du strict droit civil: ou l'on est obligé selon le droit civil, ou l'on ne l'est pas du tout; et, quand on l'est civilement, peu importe que l'équité naturelle l'approuve ou le condamne. — Du reste, les cas dans lesquels le droit civil crée ou reconnaît ce lien juridique sont rigoureusement précisés et peu nombreux.

1191. A l'égard de ceux dans lesquels entre la volonté mutuelle des parties, le consentement seul et par lui-même est impuissant: il y faut une nature et une forme moins spiritualisées, une traduction plus rude et plus sensible, un vêtement plus matériel (voir tom. I, *Génér.*, n° 154 et suiv.) L'obligation ne se contracte volontairement entre parties que par la pièce d'airain et la balance (*per æs et libram*), avec les paroles sacramentelles qui doivent être prononcées selon le but qu'on se propose. Ainsi la même solennité symbolique qui sert à transférer le domaine romain (voir tom. I, *Génér.*, n° 203 et 229) sert aussi à créer l'obligation du droit civil; et cet acte porte le nom générique de *nexum*. « *Nexum* (nous dit Varron, d'après le jurisconsulte Mucius Scævola), *nexum* Mucius Scævola scribit, quæ per æs et libram fiant, ut obligentur, præterquam quæ mancipio dentur (1). » — « *Nexum* (nous dit Festus, d'après un autre jurisconsulte), *nexum* est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur, idque necti dicitur; quo in genere sunt hæc: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio (2). » — « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (3) », portent les fragments des Douze Tables. Ainsi la solennité se compose de deux parties: de la vente fictive *per æs et libram*, et des paroles solennelles ou *nuncupatio*, qui font la loi des contractants. — Mais comment expliquer cette intervention de la pièce d'airain et de la balance, quand il s'agit non pas d'aliéner ou d'engager une chose, mais seulement de former une obligation? C'est que

(1) VARRON, *De lingua latina*, lib. 6. § 5. — (2) FESTUS, au mot *Nexum*; CICÉRON, *Pro Mur.*, 2. — Voir aussi GAL. COM. 3. § 173; — et des vestiges de l'expression dans le Digeste, 43. 4. *Ne vis fiat*, etc. 1. § 4. f. Ulp. — 49. 14. 22. § 1. f. Marcian, etc., etc. — (3) FESTUS, au mot *Nuncupata*.

tout porte à croire qu'on n'a reconnu primitivement d'obligations formées volontairement entre les parties que celles qui étaient la conséquence, comme le prix, de la dation d'une chose, réalisée selon le droit des Romains (*re obligatio*); que celles qui étaient formulées comme loi d'une pareille dation (*legem mancipii dicere*) (1). La balance et le lingot donné en prêt, qui ont pu intervenir sérieusement dans le principe pour peser le métal, pour opérer la dation romaine dont l'obligation était le prix, ont été employés aussi d'une manière purement symbolique, dans le seul but de contracter une obligation, comme ils l'étaient de même fictivement dans tant d'autres cas.

1192. Avec le temps, on se débarrasse de la nécessité de faire figurer l'*æs et libra*, dans les cas où il n'y a réellement à faire aucune aliénation ou engagement de choses; on tient pour accomplie la solennité symbolique *per æs et libram*, on en détache seulement la *nuncupatio*, c'est-à-dire les paroles solennelles; on tient le métal pour pesé et donné, et l'on s'oblige par ces paroles solennelles comme s'il l'avait été en effet. On arrive ainsi aux obligations contractées par paroles, au moyen de formules sacramentelles (*verbis obligatio*). C'est la première dérivation du *nexum*, c'est de cette manière que les choses se sont également passées pour le testament *per æs et libram* (voir tom. II, n° 652 et 653).

1193. Ensuite, quand les moyens graphiques se sont introduits et répandus, quand il est d'usage que chaque citoyen ait son registre domestique (*codex accepti et depensi*), ce registre entre dans le droit civil des Romains; on déclare par inscription sur ce registre, en de certains termes, que l'on tient l'argent pour pesé et donné, la solennité *per æs et libram* est tenue pour accomplie, et cette inscription constituée, non pas seulement un moyen de preuve, mais une solennité, une forme civile d'obligation. C'est ainsi qu'on arrive aux obligations contractées par écrit (*litterarum obligatio*). — C'est la seconde dérivation du *nexum*.

1194. Enfin le droit civil donne accès au droit des gens; il confirme, il admet, comme pouvant être formées et obligatoires par le seul consentement des parties, quatre sortes de conventions, qui sont d'un usage fréquent dans la vie, ou dont les conséquences sont généralement connues et se règlent par l'équité, par la bonne foi naturelles: la vente, le louage, la société et le mandat, qui ne sont pas, comme les précédents modes d'obligation, exclusivement propres aux citoyens romains, mais qui peuvent avoir lieu aussi avec les étrangers (*consensu obligatio*).

(1) CICÉRON, *Topic.* 10. — *De offic.* 3. 9. Voir aussi un vestige de cette expression, *legem mancipii dicere*, au Digeste, 50. 17. 73. § 4. f. Quint. Muc. Scævola.

1195. Ces divers cas d'obligations formées par suite de la volonté respective des parties, et reconnues par l'ancien droit civil, constituent ce que l'on nomme des contrats (*contractus*).

1196. Telle est la gradation que suit en cette matière la marche du droit romain; elle est entièrement conforme à la marche même de la civilisation: — 1° le *Nexum*, ou solennité *per æs et libram*, argent pesé et donné en prêt, aliénation réelle ou fictive de la chose, selon le droit des Quirites, avec la loi de cette aliénation: c'est-à-dire le symbole matériel, la réunion de la pantomime et des formules sacramentelles; — 2° les formules sacramentelles seules; — 3° l'écriture investie d'un caractère civil, sur un registre spécial et pour ainsi dire consacré; — 4° enfin le simple consentement, tant pour les citoyens que pour les étrangers, mais seulement dans quatre cas. — Avec cette dernière observation que, pour les obligations qui sont la conséquence de l'aliénation, de l'engagement réalisés d'une chose, la nécessité de la *mancipatio* a disparu avec le temps, et a été remplacée par la simple *traditio*. — Là s'arrête le droit civil; c'est le droit prétorien ensuite, et plus tard encore le législateur postérieur, les constitutions impériales, qui donnent effet et force obligatoire à quelques autres conventions particulières, lesquelles toutefois restent toujours étrangères à la dénomination de *contrats*.

1197. Voilà pour ce qui concerne les obligations formées par suite de la volonté mutuelle des parties. A l'égard des autres, le droit civil primitif a précisé et spécialement réglé un certain nombre de cas dans lesquels une obligation résulte du préjudice causé à autrui, soit à dessein, soit involontairement, mais à tort. Ainsi nous trouvons dans les fragments des Douze Tables trois cas de cette nature: le vol (*furtum*), le dommage (*damnum*), l'injure (*injuria*). Ces cas d'actes nuisibles, spécialement prévus par le droit civil comme produisant obligation et munis d'une action, constituent ce que l'on nomme maléfice (*maleficium*), délit (*delictum*), ou, dans l'expression antique, *noxa* (1). — Le droit prétorien a ensuite ajouté quelques cas particuliers de ce genre à ceux spécialement déterminés par le droit civil.

1198. Il y a donc, selon le droit civil primitif, deux sources d'obligations. C'est ce que Gaius énonce quand il écrit: « Obligationum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto (2). »

Et lorsque la jurisprudence en vient à reconnaître d'autres cas d'obligation, qui ne constituent véritablement ni un contrat ni un délit, cependant on les ramène aux deux sources primitives; on les y assimile; on dit que ce sont comme des figures variées de ces causes légitimes d'obligations (*variæ causarum figuræ*); que l'obli-

(1) *Noxiæ appellatio omne delictum continetur.* Dig. 50. 16. *De verb. sign.* 233. § 3. f. Gai.; et 131. pr. f. Ulp. — (2) *Gai. Comm.* 3. § 88.

gation naît comme elle naîtrait d'un contrat (*quasi ex contractu*), ou comme elle naîtrait d'un délit (*quasi ex delicto*). Voilà pourquoi Gaius, dans un autre ouvrage, exprime ainsi en général les causes des obligations: « Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris (1). » Ou bien, si l'on subdivise cette dernière source: *ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu, et quasi ex maleficio*.

1199. Du reste, il faut ajouter à part les obligations qui résultent des relations entre les personnes dans la constitution de la famille et de la société, et que la loi impose elle-même (*obligationes quæ ex lege nascuntur*). Nous verrons toutefois que les jurisconsultes romains les faisaient rentrer aussi, pour la plupart, dans la classe des obligations nées *quasi ex contractu*, bien qu'on puisse assigner pour caractère distinctif à celles qui méritent véritablement d'être rangées dans cette catégorie, qu'elles existent par les conditions générales de la famille ou de la société, sans avoir besoin, pour être engendrées, d'un fait personnel et particulier de l'obligé (2).

Par ces notions préliminaires se trouve expliqué suffisamment le paragraphe qui suit:

II. Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu; aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

• Une division subséquente les distingue en quatre espèces: car elles naissent ou d'un contrat, ou comme d'un contrat; ou d'un délit, ou comme d'un délit. Traitons d'abord de celles qui naissent d'un contrat. A leur tour, elles se subdivisent en quatre espèces; en effet, elles sont formées ou par la chose, ou par paroles, ou par l'écrit, ou par le seul consentement. Traitons de chacune d'elles.

Des contrats. — Des conventions ou pactes.

1200. Ici nous avons à traiter la matière, non plus seulement selon l'antique droit civil, mais selon la jurisprudence romaine, dans tout le développement que l'introduction des idées philosophiques et du droit des gens lui a donné. Ces idées se sont étendues, la langue juridique s'est modifiée et augmentée.

1201. Convention (*conventio*), ou pacte (*pactum, pactio*), sont des expressions génériques qui désignent le concours de volonté de deux ou de plusieurs personnes sur une même affaire. « *Et est*

(1) *DIG. 44. 7. 1. pr. f. Gai.* — (2) Modestin n'a pas suivi la méthode de classification historique, mais une énumération assez confuse, lorsqu'il a ainsi indiqué les causes d'obligations. « *Obligamur aut re aut verbis, aut simul utroque; aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.* » (*DIG. 44. 7. 52. f. Modest.*)

« *pactio, duorum pluriumve in idem placitum consensus*, » dit Ulpien (1). En droit, il ne s'agit que de conventions portant sur une affaire juridique, c'est-à-dire sur un droit à créer, à modifier ou à éteindre.

1202. On distingue du pacte ou convention la simple promesse préalable faite par l'une des parties et non encore acceptée par l'autre, que les Romains nomment *pollicitatio*. « *Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum* » (2). Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels et privilégiés que la simple pollicitation produit un lien de droit (3).

1203. Le nom de contrat (*contractus*) est réservé aux conventions spécialement reconnues comme obligatoires et munies d'une action par l'ancien droit civil des Romains (4).

Toutes les autres conservent le nom générique de conventions ou pactes (*pacta*), à un tel point que, bien que quelques-unes aient été rendues obligatoires et munies d'action, soit par un droit civil plus récent, celui des empereurs, soit par le droit prétorien, elles n'en sont pas moins restées hors de la dénomination de *contrats* proprement dits, et dans la classe générale des pactes ou conventions. En principe rigoureux et selon le strict droit civil, les pactes ne produisent pas d'obligations. Cependant plusieurs circonstances, comme nous le verrons, peuvent modifier cette rigueur, et donnent aux pactes divers effets juridiques.

1204. Occupons-nous d'abord des contrats. Le texte, en exposant successivement ceux qui se forment *re, verbis, litteris, et consensu*, a suivi précisément, en son ordre d'exposition, l'ordre historique dans lequel, selon toute probabilité, ils ont été admis par le droit civil.

TITULUS XIV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR
OBLIGATIO.

TITRE XIV.

DE QUELLE MANIÈRE LES OBLIGATIONS SE
CONTRACTENT PAR LA CHOSE.

(1) Dig. 2. 14. De pactis. I. § 2. f. Ulp. — Le même jurisconsulte nous donne ainsi l'étymologie des deux expressions : « § 1. *Pactum* autem a pactione dicitur, inde etiam *pacis* nomen appellatum est. — § 3. *Conventionis* verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa, consentiunt qui inter se agunt; nam sicuti *convenire* dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. » — (2) Dig. 50. 12. 3. pr. f. Ulp. — (3) Un titre spécial est consacré, au Digeste, à cette matière, 50. 12. De pollicitationibus. — (4) *Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones.* — § 1. *Quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.* » (Dig. 2. 14. 7. pr., et §§ 1 et suiv. f. Ulp.) Dans un sens plus étroit, Labéon n'applique le nom de contrats par excellence qu'à ceux dans lesquels il y a obligation réciproque entre les parties, ceux qu'on nomme *contrats synallagmatiques* : « *Labeo, libro primo Prætoris urbani definit... contractum... ultro citroque obligationem, quod Græci συναλλαγμα vocant.* » (Dig. 50. 16. 19. f. Ulp.)

1205. Dans le sens le plus général, on dit qu'une obligation est formée *re*, par la chose, lorsqu'elle est la conséquence d'un fait matériellement accompli, duquel il résulte qu'une des parties a entre ses mains le bien de l'autre, ou s'est enrichie du bien de l'autre, ou a causé, par sa faute, préjudice à l'autre. Dans ce sens, on dit que dans les délits l'obligation est formée *re* (1); on en peut dire autant dans les cas d'obligations nées *quasi ex contractu*, ou *quasi ex delicto* (2). C'est la source générale la plus abondante des obligations.

1206. Mais, ne nous occupant que des contrats, qui font en ce moment l'objet exclusif du texte, nous ferons remarquer qu'il y en a quatre dont la nature est telle que, bien qu'il y ait accord, concours de volonté entre les parties, l'obligation principale, essentielle, qui les caractérise, ne peut naître qu'autant qu'il y a eu livraison, prestation de la chose. Ce sont : le *mutuum*, que nous nommons aujourd'hui prêt de consommation; le *commodatum*, nommé par nous prêt à usage; le dépôt (*depositum*), et le gage (*pignus*). — Et le motif en est tout simple et irrésistible : c'est que, dans ces contrats, l'obligation essentielle et caractéristique est celle de rendre : or il ne peut être question de rendre qu'autant qu'on a préalablement reçu. Ce n'est pas en droit romain seulement, c'est en toute législation que ces contrats n'existeront jamais que par la chose (*re*). On les qualifie dans notre langue, mais non dans celle du droit romain, de *contrats réels*.

1207. Au temps antique du droit civil des Romains, lorsque les obligations se contractaient *nexu*, par la pièce d'airain et par la balance (*per æs et libram*), ces contrats ne se formaient pas seulement par la simple tradition de la chose; la solennité symbolique devait s'accomplir. Ainsi nous savons que, dans le *mutuum* (selon l'expression ancienne *æs creditum*), bien qu'il s'agit de choses *nec mancipi*, la balance et l'airain intervenaient, soit pour un pesage réel, soit comme symbole des temps où, la monnaie n'existant pas, le métal se mesurait au poids (3); et c'est ce *nexum*, ce pesage du métal donné en prêt, qui a été le type primitif particulier d'où sont dérivées les autres formes de s'obliger par paroles ou par écrit. Nous savons que dans le *depositum* et dans le *pignus*, bien qu'il ne s'agit réellement pas de transférer le domaine romain, cependant l'*æs et libra*, la *mancipatio* intervenaient aussi (4). Mais, avec le temps, le consentement et la simple tradition ou prestation des choses suffirent pour former ces contrats. (App. 10, liv. 3.)

(1) Dig. 44. 7. 4. f. Gai. — Inst. 4. 1. pr. — (2) Dig. 44. 7. 46. f. Paul. — Et ci-dessous, § 1 de notre titre même. — (3) Gai. Comm. 1. § 122. — (4) Gai. Comm. 2. § 60. — Voir aussi VARRON, De ling. lat. 4. — FESTUS, aux mots *Nexum* et *Nuncupata*. — SAINT ISIDORE de Séville, dans ses *Livres des origines ou étymologies*, 5 25. *Fiducia*.