

« *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 *pactis* 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*.

1208. L'expression de *credere* (croire, confier) était, comme nous l'avons déjà dit, générale, et s'étendait à tous les cas où l'on traitait avec autrui, se fiant à sa foi pour recevoir plus tard quelque chose de lui en vertu de ce contrat. Cependant on l'appliquait plus spécialement aux quatre contrats dont il s'agit ici, qui présentent plus nettement ce caractère de confiance; aussi le prêteur, sous le titre de *rebus creditis*, traitait-il dans son édit du *mutuum*, du commodat et du gage. Mais plus particulièrement encore l'expression de *res credita* était employée pour le cas de *mutuum* (1).

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro; quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus ut accipientium fiant. Et quandoque nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis redduntur: unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur *condictio*.

L'obligation se contracte par la chose, par exemple par la dation d'un *mutuum*. Cette dation ne s'applique qu'aux choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, comme le vin, l'huile, le froment, l'argent monnayé, l'airain, l'argent, l'or: en donnant ces choses au nombre, à la mesure ou au poids, c'est pour qu'elles deviennent la propriété de ceux qui les reçoivent; de telle sorte qu'ils doivent nous rendre, non les mêmes choses, mais des choses de même nature et de même qualité. D'où le nom de *mutuum*, parce que ce que je te donne, de mien devient tien. De ce contrat naît l'action nommée *condictio*.

1209. *Quæ pondere, numero mensurave constant*. Nous avons déjà défini, en général, cette classe particulière de choses; d'où l'on a tiré le barbarisme des choses fongibles (*fungibiles vel non fungibiles*), qui n'appartient ni au droit ni à la langue des Romains. Nous savons que cette distinction ne revient, en réalité, qu'à celle des choses considérées dans leur genre (*in genere*), ou dans leur individu (*in specie*), et que, bien qu'il y ait des choses qui, par leur nature physique, se considèrent plutôt de l'une ou de l'autre manière, cependant l'intention des parties peut en décider autrement (*Génér.*, tom. I, n° 139 et suiv.). Dans le *mutuum*, les choses sont toujours appréciées *in genere*.

Ut accipientium fiant. C'est le caractère essentiel du *mutuum*;

(1) « *Rerum creditarum titulum præmisit (prætor): omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti institimus, complectitur; nam ut lib. 1. Questionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo prætor et de commodato et de pignore edixit; nam cuicumque rei adsentiamus, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur. Rei quoque verbum, ut generale, prætor elegit. (Dig. 12. 1. De rebus creditis. 1. f. Ulp.) — « *Creditum ergo a mutuo differt, quia genus a specie; nam creditum existit extra cas res quæ pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus creditum est. » (Dig. Ib. 2. § 3. f. Paul.) — « Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito: veluti stipulatione. » (Ib. 2. § 5. f. Paul.)**

les choses *prestées* sont transférées en propriété. D'où la conséquence que le *presteteur* doit en être propriétaire, et avoir la faculté d'aliéner (1). Si cette double condition n'a pas lieu, qu'arrivera-t-il donc? Les choses *prestées* ne seront pas aliénées, l'obligation résultant du *mutuum* ne sera point née: ce sera l'action réelle, la *rei vindicatio* qui existera en faveur du propriétaire; sauf l'action personnelle qui naîtra contre celui qui a reçu les choses, par suite de la consommation qu'il en aura faite de bonne ou de mauvaise foi, ainsi que nous l'avons déjà expliqué (t. II, n° 603 et 604) à l'égard des choses données en *mutuum* par le pupille, sans autorisation du tuteur (2).

Ut ex meo tuum fiat. Cette étymologie, vraie ou fausse, indique le caractère principal du contrat. Varron (*De lingua latina*, lib. IV) fait dériver *mutuum* du mot grec *μοίρον*. Dans son acception primitive et propre, *mutuum* ne désigne pas le contrat, mais bien l'objet prêté; quant au contrat, il se nomme *mutui datio*. Il en est de même des expressions *commodatum*, *depositum*, *pignus*.

1210. *Condictio*. L'action qui naît du *mutuum* est la *condictio certi*, sur laquelle nous aurons à revenir en traitant des actions. Nous savons, par les notions acquises jusqu'ici, que le mot *condictio* est une expression générale pour certaines actions personnelles (*in personam*), par lesquelles nous soutenons qu'un autre est obligé envers nous à transférer en propriété ou à faire (*dare, facere oportere*) (3); que la *condictio* prend le nom de *condictio certi*, quand elle a pour objet une chose certaine, déterminée: et que la *condictio certi* s'applique à divers cas: de ce nombre, et par excellence, se trouve le *mutuum*, puisque le demandeur y soutient que l'emprunteur est obligé de lui transférer en propriété des choses de tel genre, de telle qualité, en tel poids, nombre ou mesure (tom. II, n° 603). Le *mutuum* n'est donc pas muni d'une action spéciale, qui lui soit exclusivement consacrée, mais il reçoit l'application d'une action générale, commune à plusieurs autres cas.

1211. Au contrat du *mutuum* se rattache la disposition du sénatus-consulte MACÉDONIEN, dont nous aurons à parler plus tard (ci-après, Instit. 4. 7. § 7), par laquelle il fut décidé que quiconque prêterait de l'argent à un fils de famille sans le consentement du chef n'aurait aucune action pour se le faire rendre.

1212. C'est aussi à ce contrat que se réfère historiquement, non pas d'une manière exclusive, mais par une relation fréquente, cet engagement qui tient une place si marquée dans l'histoire romaine, et qui a été l'occasion de tant de troubles entre les patriciens et

(1) Dig. 12. 1. 16. f. Paul. — (2) Ib. 19. § 1. f. Julian. — (3) Gaï. Comm. 4. § 5. — INST. DE JUSTIN. 4. 6. § 15. — Voir tom. I, *Génér.* nos 258 et 276.

les plébéiens, de tant de mesures politiques ou législatives (1) : l'engagement pris par le débiteur de payer des intérêts (*fœnus, versura*, plus récemment *usura*).

L'obligation qui naît du *mutuum* étant formée *re*, par la chose, et consistant à rendre ce qui a été reçu, il est évident qu'elle ne saurait comprendre les intérêts, qui sont un objet tout nouveau, un accroissement à ce qui a été réellement donné. Si les parties veulent que des intérêts soient dus, il faut donc pour cela un engagement particulier du débiteur, une promesse spéciale sur stipulation (2); et alors ce n'est pas en vertu du *mutuum*, c'est en vertu de cette cause particulière et distincte d'obligation, qu'ils sont dus. C'est ce qu'il importe de bien remarquer. — Du reste, même en dehors du *mutuum* et des stipulations spéciales dont il pourrait être accompagné, et pour quelque motif que l'obligation principale existe, il est diverses circonstances où des intérêts peuvent être dus, soit en vertu de la convention des parties, soit en vertu de clauses testamentaires, ou des dispositions de la loi. C'est une matière importante, à laquelle nous consacrerons, plus loin, un examen particulier.

1213. Les Romains connaissaient sous le nom de *trajectitia pecunia, nautica pecunia*, le prêt que nous nommons aujourd'hui prêt à la grosse aventure, ou simplement prêt à la grosse (3), dans lequel la somme prêtée, ou les marchandises achetées avec cette somme sont destinées à être transportées par mer, d'où l'épithète de *trajectitia* (*quæ trans mare vehitur*), de telle sorte que le créancier en court les risques depuis le jour du départ du navire jusqu'à celui de l'arrivée à destination (4). Ces risques peuvent porter aussi sur le navire, ou sur certains objets du navire ou de la cargaison affectés en gage au paiement de la créance (5). C'est là une variété de *mutuum*, modifiée par la convention aléatoire qui accompagne le contrat. Les dangers de non-remboursement y étant plus grands que dans le *mutuum* ordinaire, le taux des intérêts y pouvait être plus élevé (6). Cependant ces intérêts *nauticum fœnus, usura maritime* n'étaient pas dus par l'effet seul du prêt : ils ne l'étaient qu'en vertu d'une convention spéciale des parties ; mais, comme par sa nature ce contrat était destiné à pourvoir à des relations fréquentes du droit des gens, on n'avait pas été aussi sévère ici que dans le simple *mutuum* ; la solennité d'une stipulation n'était pas nécessaire pour que l'intérêt maritime, le *nauticum fœnus* fût dû : un simple pacte aurait suffi. Il en était de même dans d'autres contrats aléatoires, par exemple,

(1) Tacit. *Annal.* lib. 5. cap. 16. Tit.-Liv. lib. 6. §§ 35 et 39; lib. 7. §§ 27. 16. 42. — (2) Dig. 19. 5. 24. f. Afric. — Cod. 4. 32. 3. const. Sever. et Anton. — 22 const. Philipp. — (3) Dig. 22. 2. et Cod. 4. 33. *De nautico fœnore.* — Nov. 106 et 110. — (4) Dig. *Ibid.* 3. fr. Modest. 4. fr. Papin. et 6. fr. Paul. — Cod. *Ibid.* 1 et 4. const. Dioclet. et Maxim. — (5) Dig. *Ibid.* 6. fr. Paul. — (6) Paul. *Sentent.* 2. 14. § 3. — Cod. 4. 32. 26. const. Justinian.

lorsque je prête à un pêcheur, en convenant que je toucherai une somme plus forte, en cas de pêche heureuse seulement (1).

I. Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem conductitiae actio. Nam perinde ab eo condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti conditione magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat, magis distrahere velit negotium quam contrahere.

2. Celui qui reçoit un paiement qui ne lui est pas dû, et qui lui est fait par erreur, est obligé *re* : on donne contre lui au demandeur en répétition l'action *conductitia*. En effet, la condition, s'il paraît qu'il doit donner, peut être intentée contre lui absolument comme s'il avait reçu un *mutuum*. Aussi le pupille à qui il a été fait par erreur, sans autorisation du tuteur, un paiement non dû, n'est pas plus tenu de la condition de l'indu qu'il ne le serait par une dation de *mutuum*. Du reste, l'espèce d'obligation dont il s'agit ici ne paraît point provenir d'un contrat, puisque celui qui donne dans le but de s'acquitter entend plutôt éteindre que faire naître une obligation.

1214. Cette matière n'appartient pas aux contrats, mais bien aux obligations qui se forment *quasi ex contractu*, puisqu'il n'y a pas concours de volonté dans le but de contracter obligation : nous remettons donc à nous en occuper plus tard.

III. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur; nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantum in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa in casu intervenerit. Alioquin, si id quod tibi commodatum est peregre tecum ferre malueris, et, vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio, amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioquin, mer-

2. Celui à qui une chose est remise pour qu'il s'en serve, c'est-à-dire en commodat, est aussi obligé *re*, et il est tenu de l'action *commodati*. Mais il diffère grandement de celui qui a reçu un *mutuum*, car la chose ne lui est pas donnée en propriété; et, par conséquent, il est tenu de la rendre elle-même identiquement. En outre, celui qui a reçu une chose en *mutuum*, s'il vient à la perdre par cas fortuit quelconque, comme par incendie, par ruine, par naufrage, par attaque des voleurs ou des ennemis, n'en reste pas moins obligé. Quant à celui qui a reçu une chose en commodat, il doit sans doute apporter à sa garde un grand soin, et il ne lui suffirait pas d'y avoir donné le même soin qu'il est dans l'habitude de donner aux siennes propres, si une personne plus soigneuse eût pu la conserver; mais il n'est pas tenu des cas fortuits ou de force majeure, s'ils n'ont point été causés par sa faute. Mais si tu emportes en voyage la chose qui t'a été prêtée en commodat, et que tu la perdes par naufrage ou par l'attaque des voleurs ou des ennemis, il n'est pas douteux que tu ne sois tenu de

(1) Dig. *Ibid.* 5. pr. et § 1. fr. Scævola. et 7. fr. Paul.

cede interveniente, locatus tibi usus rei videtur, *gratuitum enim debet esse commodatum.*

la restituer. Il n'y a commodat proprement dit que si le service de la chose a été concédé sans aucune rétribution ni engagement de rétribution; du moment qu'il y a rétribution, on voit dans l'acte un louage; car le commodat doit être gratuit.

1215. Les choses, dans ce contrat, sont considérées *in specie*, comme corps certain. C'est identiquement l'objet, le corps même qu'il a reçu (*species*), que l'emprunteur (*qui commodatum accepit*) doit restituer. Le prêteur (*commodans*) ne lui en a transmis ni la propriété ni même la possession; ce n'est qu'au nom du commodant, pour lui, et en quelque sorte comme son instrument, que le commodataire le détient: « *Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus.* » — « *Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat* (1). »

Aussi l'obligation, et par suite l'action du commodat prennent-elles naissance bien que celui qui a prêté les choses n'en soit pas propriétaire. « *Commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus.* — *Ita ut etsi fur vel prædo commodaverit, habeat commodati actionem* (2). »

1216. Les choses mobilières (*res mobiles*) ou immobilières (*res soli*) peuvent être l'objet d'un commodat (3). Celles dont on ne retire communément de services que par la consommation (*quæ ipso usu consumuntur*) ne peuvent l'être qu'autant qu'elles ont été envisagées par les parties comme corps certain (*in specie*) et prêtées seulement pour la montre, pour l'ostentation (*ad pompam vel ostentationem*), pour une utilité quelconque à retirer d'elles sans les consommer (tom. I, *Génér.*, n^o 139 et suivants): « *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat* (4). »

1217. L'obligation principale de celui qui a reçu la chose en commodat est de la rendre; mais seulement après qu'elle a servi au service pour lequel on lui en a fait la prestation (5). Il doit en outre la conserver avec soin.

Exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur. Le texte nous fait suffisamment connaître qu'il ne faut pas considérer ici le caractère habituel du commodataire, mais ce que ferait un bon père de famille, un homme très-diligent. Gaius précise encore mieux cette obligation: « *In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater*

(1) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra*. 8. fr. Pomp. et 9. fr. Ulp. — (2) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra*. 15. fr. Paul. et 16. fr. Marcell. — (3) Quoique Labéon n'appliquât spécialement le nom de commodat qu'au cas de choses mobilières (Dig. 13. 6. 1. § 1. fr. Ulp.). — (4) Dig. 13. 6. 3. § 6. Ulp. — « *Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* » (Ib. 4. fr. Gai.). — (5) Dig. 13. 6. 17. § 3. fr. Paul.

» *familias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit* (1). » Et Ulpien nous en donne le motif, c'est que le contrat est fait ordinairement dans le seul intérêt du commodataire: « *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam* (2). » Le commodataire répond donc non-seulement de son dol, mais de toute faute (*culpa*), de tout défaut de soins (*diligentia*). Il est chargé de la garde de la chose: « *Custodiam plane commodatæ rei etiam diligentem debet præstare* (3). » Le cas fortuit seul est hors de sa responsabilité; encore ne s'agit-il que de ces cas fortuits qu'il n'a pu prévenir, auxquels, comme dit Gaius, on ne peut résister (*quibus resisti non possit*). Ainsi il répondra du vol fait sans violence, puisqu'il est tenu de la garde de la chose (*custodia*) (4); et même des cas irrésistibles, si c'est par sa faute que les choses y ont été exposées, comme le texte nous en donne un exemple, en supposant que le commodataire a emporté en voyage ce qui lui avait été prêté pour la maison (5). Enfin, dans ces périls de force majeure il répondra encore des choses prêtées, s'il les a laissées périr afin de sauver les siennes: « *Nisi forte, cum posset rem commodatam salvam facere, suam prætulit* (6). » — Du reste, il ne doit employer la chose qu'à l'usage pour lequel elle a été prêtée: hors de là, il commettrait un vol d'usage, et il serait tenu en conséquence (7).

1218. *Gratuitum enim debet esse commodatum.* C'est une condition essentielle du commodat; sans quoi il dégénère en une autre convention: en un contrat de louage, si le prix consiste en argent monnayé; en un simple pacte, s'il s'agit de toute autre rétribution (8). Cela est important, surtout en droit romain, parce qu'on tombe dès lors en d'autres règles et en d'autres actions. — Ce principe n'empêche pas que le commodat ne puisse avoir lieu quelquefois dans l'intérêt du prêteur en même temps que dans celui de l'emprunteur. Gaius cite le cas où, vous et moi ayant invité un ami commun à un repas dont vous vous êtes chargé seul, je vous aurai prêté de l'argenterie (9). Ou même dans l'intérêt exclusif du commodant: Ulpien cite le cas où l'on prête des objets à sa fiancée ou à son épouse, pour qu'elle soit amenée en plus grande parure au domicile conjugal (*ad domum viri deducta*); et celui où un prêteur donnant des jeux, prête des objets aux acteurs pour leurs rôles sur la scène (10). Dans ces cas,

(1) Dig. 13. 6. 18. pr. fr. Gai. — (2) Dig. 13. 6. 5. § 2. fr. Ulp. — (3) *Ib.* § 5. — Paul. Sentent. 2. 4. § 3. — (4) Dig. 13. 6. 10. § 1. fr. Ulp., combiné avec Dig. 47. 2. 78. fr. Papin. — (5) Voir aussi Paul. Sent. 2. 4. § 3. — (6) Paul. Sentent. 2. 4. § 2. — Dig. 13. 6. 5. § 4. fr. Ulp. — (7) Dig. 13. 6. 5. § 8. fr. Ulp. — Et ci-dessous, Inst. 4. 1. § 7. — Dig. 47. 2. 54. § 1. — (8) Dig. 3. 6. 5. § 12. f. Ulp. — (9) Dig. 13. 6. 18. p. f. Gai. — (10) *Ibid.* 5. § 10. f. Ulp.

la responsabilité de celui qui a reçu les choses est plus restreinte : il ne répond que de son dol, et de ses fautes graves (*lata culpa*), qui sont assimilées au dol.

1219. Dans la langue de notre droit français, on a tiré de l'expression générale *præstare*, fournir, faire prestation, la dénomination de *prêt*, qu'on a particularisée, et qui est restée propre et commune aux deux contrats de *mutuum* et de *commodat*, malgré les différences caractéristiques qui les séparent.

III. Præterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, quia et ipse de ea re quam accepit restituenda, tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpæ autem nomine id est desidiæ ac negligentia non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligentiam amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.

3. Celui chez qui une chose est déposée se trouve encore obligé *re*, et tenu de l'action de dépôt; car il doit restituer identiquement la chose qu'il a reçue. Mais il n'est responsable que du dol qu'il aurait commis et non de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence; il est donc en sécurité si la chose, gardée avec peu de vigilance, lui a été volée: en effet, celui qui a confié la garde de sa chose à un ami négligent doit imputer cette perte à sa propre imprudence.

1220. Ulpien définit le dépôt et nous donne l'étymologie de sa dénomination en ces termes: « Depositum est, quod custodiendum » alicui datum est. Dictum ex eo quod ponitur (1). »

Les choses, dans ce contrat, sont encore considérées *in specie*, comme corps certain. Le déposant (*deponens*) en garde la propriété et même la possession: « Rei depositæ proprietas apud deponentem » manet, sed et possessio (2). » Ainsi l'argent monnayé même, lorsque dans la convention il n'y a eu véritablement qu'un dépôt, doit être rendu identiquement (3).

1221. L'obligation principale du dépositaire (*depositarius*) est de restituer. Il doit faire cette restitution dès que le déposant la demande, lors même qu'on aurait indiqué un terme dans le dépôt, car ce terme serait censé l'avoir été dans l'intérêt du déposant (4). La restitution doit se faire au lieu où l'objet déposé se trouve entre les mains du dépositaire, quel qu'ait été le lieu du dépôt, pourvu qu'il n'y ait en cela aucun fait de dol. « Depositum eo loco restitui » debet in quo sine dolo malo ejus est apud quem depositum est: » ubi vero depositum est, nihil interest (5). »

Le dépositaire est en outre obligé à la garde de la chose. Le texte nous explique suffisamment qu'il ne répond à cet égard que de son dol; et il nous en donne le motif: c'est que le déposant doit s'imputer à soi-même d'avoir choisi un dépositaire négligent, motif auquel il faut ajouter cet autre donné par Ulpien, que le dépôt a lieu dans le seul intérêt du déposant: « Quia nulla utilitas

(1) Dig. 16. 3. *Depositum vel contra*. 1. pr. f. Ulp. — (2) *Ib.* 17. § 1. f. Florent. — (3) *Ib.* 24. f. Papin. et 1. § 36. f. Ulp. — (4) Dig. 16. 3. 1. §§ 45 et 46 f. Ulp. — (5) *Ib.* 12. § 1. f. Pompon.

» ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur » solus (1). » Dans le dol se trouve comprise la faute grave, regardée par les jurisconsultes romains comme équivalente, celle qui consiste, suivant la définition qu'en donnent Paul et Ulpien en termes identiques, à ne pas comprendre ce que tout le monde comprend (*non intelligere quod omnes intelligunt*) (2); et même en cela il faut ici, suivant Celse, aller plus loin: il faut considérer le caractère personnel du dépositaire; car, s'il n'a pas même apporté à la garde du dépôt le soin qui, dans son caractère ordinaire, lui est habituel, il a trompé le déposant (3). — Du reste, il répondrait même de la simple faute (*non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam*) s'il s'en était spécialement chargé par la convention, ou s'il s'était offert lui-même pour prendre le dépôt (*si se deposito obtulit*) (4).

1222. Le dépôt, comme le *commodat*, est essentiellement gratuit; car si un prix a été convenu pour la garde des objets, le contrat dégénère en louage de services, et il faut dès lors recourir aux règles et aux actions du louage (5). Le dépositaire ne peut même se servir de la chose, il commettrait en cela un vol d'usage (6), à moins qu'il n'y ait été autorisé soit expressément, soit tacitement. Encore, dans ce cas, le contrat change-t-il de nature, et devient-il, selon les circonstances, soit un *commodat*, soit un louage, soit même un *mutuum*, quand il s'agit de choses *in genere*, et qu'on peut dire que la propriété en a été transférée à celui qui les a reçues (7).

1223. Le prêteur avait distingué dans son édit le cas de dépôt fait pour cause de tumulte, d'incendie, de ruines, de naufrage (*tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa*); cause venant de la nécessité et non de la libre volonté du déposant (*ex necessitate descendantem non ex voluntate proficiscentem*); les jurisconsultes considéraient qu'il y avait ici un intérêt commun, une utilité publique (*publica utilitas, reipublicæ causa*) à protéger la foi due à de semblables dépôts, et un accroissement de perfidie à violer cette foi (*crescit perfidiæ crimen*). En conséquence, le prêteur donnait en ce cas une action au double contre le dépositaire infidèle (8). Ce dépôt se nomme dans les écoles, dépôt

(1) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 213. § 2. f. Ulp., et 223. pr. f. Paul. — (3) Dig. 16. 3. 32. f. Cels. — (4) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp. — 16. 3. 1. § 35. f. Ulp. — (5) Dig. 16. 3. 1. §§ 8 à 10. f. Ulp. — (6) *Inst.* 4. 1. § 6. — (7) Dig. 16. 3. 1. § 9, et 34 f. Ulp. — 12. 1. f. 9. § 9, et f. 10. Ulp. — 17. 1. 34. pr. f. Afric. — 47. 2. 76. pr. f. Pomp. — (8) Dig. 16. 3. *Depositum*. 1. §§ 1 à 4. f. Ulp. Le texte de l'édit, que contient ce § 1, est ainsi conçu: « Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: (ex) earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum in duplum. In heredem ejus, quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius, in duplum judicium dabo. » — 18. f. Nerat. — *Coll. L. M.* et R. 10. 2. § 7. f. Modest.

misérable, plus généralement, dépôt *nécessaire*, dont il forme la principale hypothèse.

1224. Il arrive quelquefois que, soit par suite d'un litige, soit par suite de quelque intérêt commun entre deux ou plusieurs personnes, relativement à une même chose, il devient utile ou nécessaire, par mesure conservatoire, de déposer cette chose pendant un certain temps, ou en attendant certain événement, pour qu'à l'époque ou à l'événement déterminés, elle soit rendue à celui ou à ceux qui y auront droit. C'est là une variété de dépôt, qui peut être fait soit volontairement par les parties intéressées, soit sur l'ordre du prêteur ou du juge (1). Le nom de *sequester* désigne, chez les Romains, le dépositaire qui reçoit un tel dépôt (2); *sequestrare*, *sequestratio*, l'action de déposer de cette sorte (3) : d'où nous avons fait, en français, le mot *séquestre*, appliqué au contrat lui-même. — Diverses nuances distinguent cette sorte de dépôt du dépôt ordinaire : il est fait par plusieurs, sous certaines conditions déterminées, relatives soit à la personne, soit à l'époque à laquelle la restitution devra être faite ; d'où il suit qu'il ne doit être rendu que conformément à ces conditions. Ces caractères se trouvent résumés laconiquement, par le jurisconsulte Paul, en ces termes : « Proprie in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur (4). » — On peut noter encore cette particularité, que le *sequester*, c'est-à-dire le dépositaire, en acceptant un tel dépôt, a accepté une sorte d'office (*officium*), dont il ne pourrait se faire décharger avant le temps que très-difficilement et pour des motifs graves, par l'autorité du prêteur (5).

IV. Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur: et debitoris quo magis pecunia ei crederetur; et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibe-

4. Enfin le créancier qui a reçu un gage est encore obligé *re*; car il est tenu par l'action *pigneratitia* de restituer identiquement la chose qu'il a reçue. Mais, comme le gage est donné dans l'intérêt des deux contractants : dans l'intérêt du débiteur, pour lui faire trouver plus aisément crédit; dans celui du créancier pour mieux garantir sa

(1) Dig. 2. 8. *Qui satisfacere cogant*. 7. § 2. fr. Ulp. — 24. 3. *Solutio matrim.* 22. § 8. fr. Ulp. — 49. 1. *De appellatione*. 21. § 3. fr. Papir. Just. — Cod. 7. 18. *Quibus ad libertat.* 3. *in fine* const. Constant. — 7. 45. *Quorum appellatione*. 5. const. Valens. Gratian. et Valentin. — 4. 4. *De prohibita sequestratione pecunie*, const. *unica* Honor. et Theod. — (2) Modestin en donne ainsi qu'il suit la prétendue étymologie : « *Sequester* dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi *sequenti* eos qui contendunt, committitur. » (Dig. 50. 16. *De verborum signific.* 110. fr. Modest.) — Aulu-Gelle (20. 11.) en donne cette autre : « ... Quod ejus qui electus sit, utraque pars fidem sequatur. » — Voir aussi FESTUS, au mot *Sequester*. — (3) Dig. 24. 3. 22. § 8. fr. Ulp. — Cod. 4. 4. const. *unica* Honor. et Theod. — (4) Dig. 16. 3. *Depositum*. 6. fr. Paul. — (5) *Ibid.* 5. § 2. fr. Ulp.

ret; quam si præstiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

créance, on a décidé qu'il suffirait que le créancier apportât à la garde du gage un grand soin : si, malgré ce soin, il perd la chose par quelque cas fortuit, il est à l'abri de toute responsabilité, et rien n'empêche qu'il ne poursuive sa créance.

1225. Le gage (*pignus*) se présente dans le droit sous deux rapports bien différents, qu'il importe de distinguer avec grand soin :

1° Sous le rapport du droit réel conféré au créancier sur l'objet donné en gage ;

2° Sous le rapport du contrat, des liens personnels, c'est-à-dire des obligations formées entre le créancier gagiste et le débiteur.

1226. Sous le rapport du droit réel, dont nous avons déjà indiqué le caractère (t. I, *Génér.*, n° 234; — t. II, n° 513), le gage n'est traité dans les Instituts qu'à l'occasion des actions qui en résultent (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 7); il se confond avec l'hypothèque (*hypotheca*); et le droit réel peut en être conféré même par le simple consentement, sans aucune tradition (1).

1227. Il ne s'agit ici que du gage considéré comme contrat; contrat qui n'existe que par suite de la remise de la chose (*re*), puisque l'obligation principale qui le constitue est celle de rendre. — Les choses immobilières (*res solæ*), comme les choses mobilières, peuvent être données en gage, quoique quelques jurisconsultes romains pensassent qu'à proprement parler, l'expression de gage ne s'appliquait qu'aux meubles (2). — La chose donnée en gage reste toujours à son propriétaire; néanmoins le créancier acquiert sur elle le droit tout particulier qui constitue sa garantie; et de plus, les effets du droit de possession se partagent entre lui et celui de qui il tient le gage (3) : en effet, le créancier, à la différence du commodataire et du dépositaire, acquiert le droit aux actions et aux interdits possessoires qui ont pour but de faire maintenir la chose en son pouvoir (4) : c'est comme une sanction de son droit réel.

1228. L'obligation principale du créancier est de restituer le

(1) Dig. 13. 7. *De pigneratitia actione vel contra*. 1. pr. f. Ulp. — Toutefois le même jurisconsulte ajoute : « Proprie *pignus* dicimus quod ad creditorem transit: *hypothecam*, cum non transit, nec possessio ad creditorem. » 9. § 2. f. Ulp. — (2) Dig. 50. 16. *De verborum signific.* 238. § 2. f. Gai. : « *Pignus* appellatum a pugno; quia res quæ pignori dantur manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse quod quidam putant, prius proprie rei mobilis constitui. » — (3) Voir ce que nous avons dit sur cette division des effets du droit de possession, tom. II, n° 352, notes 2 et 3. — (4) « *Pignus*, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. » Dig. 13. 7. 35. § 1. f. Florentin. — Voir en outre, Dig. 10. 4. 3. § 15. f. Ulp. — 41. 3. 16. f. Javolen.

gage qu'il a reçu, mais seulement après entière satisfaction à sa créance (1). Il doit, en outre, donner ses soins à la conservation de la chose. Il nous faut examiner, avec le texte, l'étendue de cette obligation.

Placuit sufficere exactam diligentiam. La notion que nous donne ici le texte sur la responsabilité du créancier gagiste doit être complétée par celles que nous trouvons dans les fragments des jurisconsultes. Nous y voyons, en plus d'un endroit, que le créancier est chargé de la conservation et de la garde (*custodia*) de la chose qui lui a été remise en gage; qu'il répond à ce sujet non-seulement de son dol, mais encore de ses fautes, et qu'il est assimilé sur ce point au commodataire: « Venit autem in hac » actione et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia: » vis major non venit (2). » Ainsi, il ne suffit pas d'examiner son caractère personnel, mais on est en droit d'exiger de lui tous les soins qu'un bon père de famille diligent apporterait à sa chose: « Ea igitur quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet » a creditore exiguntur (3). » Les expressions *exactam diligentiam* de notre texte doivent donc s'entendre en ce sens: c'est du reste leur portée usuelle; ce sont exactement les mêmes expressions qui ont été employées ci-dessus, au § 2, pour le cas de commodat. — Cependant la rédaction de notre paragraphe semblerait indiquer que, comme le contrat de gage intervient non-seulement dans l'intérêt du créancier, mais aussi dans celui du débiteur, car si l'un y trouve sûreté, l'autre y a trouvé du crédit, on doit être moins sévère à l'égard du créancier à gage qu'à l'égard du commodataire. Cette rédaction a donné lieu aux commentateurs de construire sur les fautes une théorie qui les divise en trois classes: la faute grave (assimilée au dol), la faute légère (imputable au créancier gagiste), et la faute très-légère (imputable au commodataire). Division seclastique, qui n'est pas dans les textes des jurisconsultes romains, et qu'en conséquence nous n'admettons pas (4).

1229. Indépendamment des quatre contrats dont nous venons de traiter, le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage, qui ont chacun une existence propre, une nature distincte et des effets particuliers, il existe un nombre illimité de contrats dans lesquels on dit encore, en droit romain, que l'obligation est formée *re*, mais qui, n'ayant pas de caractère spécial et distinctif entre eux et se rattachant tous à une même cause générale d'obligation, ont été qualifiés vulgairement, dans la doctrine, de contrats *innomés*. Nous devons nous en occuper plus loin.

(1) Dig. 13. 7. 9. § 3. f. Ulp. — f. 11. § 5. et f. 24. § 1. Ulp. — 33. f. Marcian. — (2) Dig. 13. 7. 13. § 1. f. Ulp. — Voir aussi 30. f. Paul. — 50. 17. 23. f. Ulp. — Et Cod. 4. 24. *De pignoratitia actione*, constit. 5 à 9. — (3) Dig. 13. 7. 14. f. Paul. — (4) Nous reviendrons sur ce sujet, quand nous aurons exposé les règles des contrats en assez grand nombre pour généraliser.

ACTIONS QUI NAISSENT DES CONTRATS FORMÉS (RE) PAR LA CHOSE.

1230. Ces quatre contrats, sous le rapport des actions qu'ils engendrent, ne sont pas sur la même ligne: le *mutuum* d'une part, et de l'autre les trois autres contrats, le commodat, le dépôt et le gage, forment deux classes bien distinctes qui se séparent sur divers points:

1231. 1° Le *mutuum*, ainsi que nous l'avons déjà dit, est muni, non pas d'une action spéciale et qui lui soit exclusivement propre, mais d'une action générale, commune à plusieurs autres cas: la *condictio certi* (1). — Le commodat, le dépôt et le gage, au contraire, ont chacun une action toute spéciale, et désignée par leur propre nom: *actio commodati*, *actio depositi*, *actio pignoratitia*. Dans le cas de dépôt nécessaire pour cause de tumulte, incendie ou autre semblable, l'action *depositi* est donnée au double contre le dépositaire infidèle, mais non contre son héritier étranger à la fraude. Dans le cas de séquestre, l'action prend l'épithète d'*actio depositi sequestraria* (2).

1232. 2° La *condictio* est dérivée d'une vieille action de la loi (tom. I, *Hist.*, n° 240; *Génér.*, 279) qui prend son principe dans l'antique droit civil des Romains, et qui a passé, en subissant les modifications successives propres à ce genre d'institutions, du système des actions de la loi dans celui des formules, et enfin dans la procédure extraordinaire. Elle a pris le nom de *condictio certi*, quand il s'agit d'une chose certaine et déterminée, par opposition à la *condictio incerti*, introduite plus tard. Elle a toujours gardé son ancien caractère: c'est une action éminemment de droit strict (*stricti juris*). Les actions *commodati*, *depositi*, *pignoratitia*, au contraire, sont des actions de bonne foi (3).

1233. 3° Il suit de là que le *mutuum* n'a jamais été considéré chez les Romains que comme un contrat ne produisant obligation que de la part d'une partie (ce que nous nommons contrat unilatéral). C'est là un caractère tout particulier et bien remarquable, commun à tous les contrats de strict droit civil. Celui-là seul qui a reçu les choses en *mutuum* (jadis par la pièce d'airain et par la balance, en prononçant les paroles solennelles), celui-là seul s'est lié à l'autre; il s'est lié pour une chose certaine et déterminée, à laquelle le juge ne peut ni ajouter ni retrancher, et qu'il ne peut balancer par aucune considération d'équité: c'est donc contre lui

(1) On la trouve cependant nommée *actio mutui*, dans une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (Cod. 7. 35. 5.); mais cette expression, qui n'appartient pas à la jurisprudence romaine, ne peut pas même, dans cette constitution, être prise comme une dénomination technique. — (2) Dig. 16. 3. *Depositum*. 12. § 2. fr. Pomp. — 4. 3. *De dolo malo*. 7. § 3. fr. Ulp. — (3) Voir ci-dessus, INSTIT. 4. 6. § 28.

seul et pour cette chose seulement que la *condictio certi* est donnée. Il est possible que le prêteur, dans la prestation qu'il lui a faite, ait commis quelque acte imputable : par exemple, qu'il lui ait donné, de mauvaise foi, des choses nuisibles qui lui ont porté préjudice; n'importe, il faudra recourir à d'autres actions, par exemple, à l'action de dol, à celle de la loi *Aquila*, suivant les circonstances; mais le contrat et la *condictio certi* y demeurent étrangers. — Le *commodat*, le *dépôt* et le *gage* n'obligent aussi dès le principe, par le seul effet de la remise de la chose et de la convention, qu'une seule personne, celui qui a reçu et qui se trouve immédiatement obligé à conserver et à rendre. Mais il peut se faire que plus tard, par quelque fait accidentel et postérieur (*ex post-facto*), par exemple à cause des dépenses qu'il aura faites pour la conservation de la chose, ou à cause du dol ou de la faute de celui qui lui a remis la chose, il ait équitablement des répétitions à exercer. Ces diverses actions étant de bonne foi, il pourra y être tenu compte par le juge de ces répétitions; ou même le commodataire, le dépositaire, le créancier gagiste, auront, pour attaquer eux-mêmes l'autre partie, une action *commodati*, *depositi*, *pigneratitia*, qui peut être nécessaire si l'autre partie n'a point intérêt à agir, notamment en cas de perte de la chose; mais, pour distinguer ces deux actions, on nomme celle du commodant, du déposant, *actio directa commodati*, *depositi*, parce qu'elle découle *directement* et immédiatement du contrat; et on nomme l'autre *actio contraria* (1). — Du reste, la portée de l'action contraire n'est pas absolument la même dans les trois contrats. Le commodant n'est tenu (par l'*actio commodati contraria*) que de son dol et de la faute grave assimilée au dol (2); plus, de l'indemnité pour les impenses, à l'exception de celles qui sont modiques ou la suite naturelle de l'usage concédé au commodataire (3). Le déposant et celui qui a remis le gage sont tenus non-seulement du dol, mais de la simple faute, parce qu'ils trouvent leur intérêt dans le contrat (4), et ils doivent restituer toutes les dépenses de conservation (5).

1234. Quant à l'action naissant des contrats innommés, nous en parlerons en traitant de ces contrats.

(1) Dig. 13. 6. 17. § 1. f. Paul. — 18. § 4. f. Gaius. — (2) Dig. 13. 6. 18. § 3. f. Gai. — 21. f. Afric. — 22. f. Paul. — (3) Dig. 13. 6. 18. § 2. f. Gai. — (4) Dig. 13. 6. 5. § 2. f. Ulp. — 13. 7. 1. § 2. f. Ulp. — 31. f. Afric. 36. f. Ulp. — A l'égard du débiteur qui a remis le gage, l'obligation pour lui de répondre même de sa faute est la seule conséquence juste qu'on puisse tirer du raisonnement que fait notre paragraphe, quand il dit que le contrat est fait dans l'intérêt des deux parties. D'où il suit qu'elles doivent se répondre toutes les deux de leur dol et de leur faute de la même manière. — (5) Dig. 16. 3. 12. pr. f. Pomp. — 23. f. Modest. — Dig. 13. 7. 8. pr. f. Pomp. 25. f. Ulp. — Cod. 4. 24. 7. const. Gordien.

TITULUS XV.

DE VERBORUM OBLIGATIONE.

TITRE XV.

DE L'OBLIGATION PAR PAROLES.

1235. En suivant le mouvement de simplification qu'amènent dans la forme des actes le temps et la civilisation progressive (tom. I, *Génér.*, n° 154 et suiv.), de la pantomime solennelle et symbolique, accompagnée de formules consacrées, nécessaire pour établir entre deux personnes une obligation, on est arrivé aux formules seules : selon toute probabilité, la *verborum obligatio* est postérieure au *nexum*, cette opération antique *per æs et libram*, à laquelle on recourait même pour s'obliger. Elle en est la première dérivation; on a tenu la solennité *per æs et libram* pour accomplie, le métal pour pesé et donné, et l'on n'a retenu de la solennité que des paroles énonçant sacramentellement l'obligation.

1236. Nous retrouvons dans les monuments du droit romain l'indication de trois formes distinctes d'obligations contractées au moyen de paroles solennelles (*verbis*) : 1° la *dotis dictio*, dont nous avons déjà parlé ci-dessus (tom. II, n° 584); 2° l'obligation de don, de prix ou de services (*operarum*) que l'affranchi contractait par serment envers son patron pour cause de son affranchissement (*jurata promissio liberti*), dont nous avons également déjà dit quelques mots (tom. II, n° 80); 3° et enfin la stipulation suivie de promesse (*stipulatio et promissio*). — De ces trois formes, les deux premières, sur lesquelles nous avons peu de renseignements, ne sont que des spécialités, exclusivement propres à un but singulier et entre personnes déterminées. Elles s'accomplissent au moyen de paroles prononcées par une seule des parties, par celle qui veut s'obliger, sans interrogation préalable de l'autre (1). Dans la seconde de ces formes spéciales d'obligation, le maître faisait quelquefois jurer l'esclave avant même de l'affranchir, afin de le lier par la religion du serment; mais comme il ne pouvait y avoir obligation de droit entre un maître et son esclave, le lien civil n'existait que lorsque la promesse par

(1) Le manuscrit des Instituts de Gaius, à l'endroit où il est traité des obligations contractées *verbis*, contient une page illisible où l'on peut conjecturer qu'il était question de la *dotis dictio* et de la *jurata promissio liberti*. En effet, l'abrégé de ces Instituts (*Epitome*), extrait du recueil des Visigoths (*Breviaire d'Alaric*), en parle en ces termes : « Sunt et aliæ obligationes, quæ nulla præcedente interrogatione contrahi possunt, id est ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat... Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater ejus, et debitor mulieris... etc. — Item et alio casu, uno loquente, et sine interrogatione alio promittente contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut opera se daturum esse juraverit. In qua re supradicti liberti non tam verborum solemnitate, quam jurisjurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest. » (Gai. Epit. Instit. 2. 9. §§ 3 et 4.) — Voir aussi ULP. Reg. 6. §§ 1 et 2. — VATICAN. J. R. Frag. § 99 et suiv. — Dig. 38. 1. *De operis libertorum*. — CICÉR. *Ad Attic.* 7. 2. *Pro Flacco.* 35.

La déclaration est terminée solennelle de log^o et con-
tenua en dots, en nunguna interrogacion
anterior al marido