

ait été ou *data*, ou *stipulata*, ou *expensa lata*, c'est-à-dire qu'il y ait en contrat civil, ou *re*, ou *verbis*, ou *litteris* (1). (A. 10, liv. 3.)

1426. Nous comprenons également les détails que nous donne Gaius, lorsqu'il nous dit que le contrat *litteris*, tel qu'il existe encore à cette époque, où il porte l'appellation spéciale de *nomen transcriptitium*, a lieu de deux manières : soit *a re in personam*, lorsque ce que tu me dois pour cause d'achat, de louage, de société, ou pour tout autre motif préexistant, je le porte, par ton ordre, sur mon registre, à ta charge, comme *expensum* : de sorte que le premier engagement se trouve éteint, et remplacé par le nouveau, formé *litteris*. Soit *a persona in personam*, lorsque ce que Titius me doit, je le porte, par ton ordre, à ta charge, sur mon registre, comme *expensum*, Titius t'ayant délégué à moi comme débiteur à sa place : de telle sorte que l'engagement de Titius est éteint et remplacé par celui que tu as contracté *litteris*. Ces notions, que nous donnaient déjà, d'une manière trop sommaire, l'abrégé de Gaius dans le *Bréviaire d'Alaric* et la paraphrase de Théophile, ne sont qu'une application des principes que nous venons d'exposer sur la cause qui peut amener et justifier l'obligation *litteris*; et elles s'éclaircissent complètement par ces principes (2).

1427. Le nom de *nomen transcriptitium* donné, à cette époque, à ces sortes de créances a été attribué par quelques-uns à cette circonstance, que la mention solennelle en est transcrite du brouillon (*adversaria*) sur le registre domestique (*codex*). D'autres voient, avec plus de raison suivant nous, l'origine de cette dénomination dans la novation que cette sorte de créance opère presque toujours, selon les expressions mêmes de Gaius : « *a re in personam transcriptio fit; a persona in personam transcriptio fit.* »

1428. Cependant l'usage des tables domestiques tomba en désuétude. Tandis que Cicéron regarde, encore de son temps, comme nouveau et inouï qu'un citoyen ait négligé de les tenir,

(1) CICÉRON. *Pro Q. Roscio comædo*, orat. 3. § 4 : « Annumerasse sese negat (c'est le *mutuum*); *expensum* tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat : præterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. » — Et dans le § 5, avec plus de précision encore : « Pecunia petita est certa... Hæc pecunia necesse est, aut *data*, aut *expensa lata*, aut *stipulata* sit. *Datam* non esse Fannius confitetur : *expensam* latam non esse, codices Fannii confirmant : stipulatam non esse, taciturnitas testium concedit. » — (2) GAI. Com. 3. § 128 : « *Litteris* obligatio fit veluti in *nominibus transcriptitiis*. Fit autem *nomen transcriptitium* duplici modo : vel *a re in personam*, vel *a persona in personam*. — § 129. (*a re in personam* transcriptio fit, veluti si id, quod *m(odo)* ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id *expensum* tibi tulero. — § 130. *A persona in personam* transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id *expensum* tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi. » — Nous lisions déjà dans l'*Építome* de Gaius, d'après le *Bréviaire d'Alaric* : « *Litteris* obligatio fieri dicitur aut *a re in personam* aut *a persona in personam*. » (Lib. 2. tit. 9. § 12.) — Quant à la paraphrase de Théophile, sous notre titre, voir ci-dessus, page 248, note 3.

nous ne voyons pas même qu'il en soit mention dans ce que nous dit Gaius des *nomina transcriptitia*, au temps d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle. On n'a plus voulu, suivant Asconius ou le faux Asconius, consigner sur un registre tous les actes de sa vie et se faire condamner par l'attestation de ses propres écritures (1). Et l'on pourrait aller jusqu'à induire du silence de Gaius sur le *codex*, que déjà à cette époque les *nomina transcriptitia* pouvaient se faire par des écrits séparés. Mais ce ne serait là qu'une conjecture mal fondée : on conçoit très-bien que si l'usage des tables domestiques, telles que les tenaient les anciens, c'est-à-dire avec la consignation entière de tous les actes relatifs au patrimoine, avait perdu le caractère et la généralité que nous trouvons à cet usage aux temps de la République, néanmoins il avait pu continuer plus longtemps, en se restreignant communément à l'inscription des *nomina transcriptitia*, et exister encore à l'époque de Gaius, ainsi que l'atteste d'ailleurs formellement le témoignage d'Aulu-Gelle, contemporain de notre jurisconsulte (ci-dessus, n° 1419, note 1).

Nous rencontrons encore plus tard l'indication de l'obligation *litteris*, dans le code Théodosien, en une constitution d'Arcadius, d'Honorius et de Théodose (2); mais ici elle ne s'applique déjà plus aux *nomina transcriptitia*.

Les *argentarii* (ou *mensularii*, *nummarii*), c'est-à-dire les banquiers, furent les derniers chez qui se conserva l'usage, de plus en plus altéré, de ces *nomina* (3). C'est à leur occasion qu'on

(1) ASCONIUS. *In Verrem*, act. 2. lib. 1. § 23 : « Sed postquam, obsignandis litteris reorum, ex suis quisque tabulis damnari cœpit, tota hæc vetus consuetudo cessavit. » Voir ci-dessus, n° 1416, note 1. — (2) CODE THÉODOS. 2. 4. *De denuntiatione vel edictione rescripti*. 6. const. Arcad. Honor. et Théod. : « Si quis debiti quod vel ex sœnore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, translatum est. » On voit qu'on ne nous parle plus ici de *pecunia expensa lata* ni de *codex accepti et expensi*, mais simplement d'un écrit (*cautio*). C'est, sans doute, le *chirographum* ou les *syngraphæ*, dont nous parlerons bientôt. — (3) L'usage des *argentarii*, établis ordinairement au forum, de leurs relations d'affaires avec les citoyens, de leur livre de compte et des inscriptions qui y sont faites en crédit ou en débit, remonte bien loin dans la vie sociale des Romains, puisque nous le trouvons déjà dans les comédies de Plaute, qui nous peint leur comptoir (*mensa*) entouré de courtisanes et de dissipateurs :

- Quos quidem quam ad rem dicam in argentariis
- Referre habere, nisi pro tabulis, nescio,
- Ubi æra præscribantur usuraria.
- Adcipiat illico expensa, neque censeat.

(PLAUTE, *Truculentus*, act. 1, scène 5, v. 51.)

La traduction de ces quatre vers par les littérateurs est curieuse!

Et, plus tard, dans celles de Térence :

- Dem.* • Sed transi, sodæ, ad forum, atque illud mihi
- Argentum rursum jube rescribi, Phormio.
- Phorm.* • Quod ne ego perscripsi porro illis quibus debui?

(TÉRENCE, *Phormio*, act. 5, scène 8, v. 89.)

en trouve même quelques vestiges encore dans le Digeste de Justinien (1). Mais, en réalité, sous cet empereur, l'institution depuis longtemps n'existe plus : « *Quæ nomina hodie non sunt in usu,* » dit notre texte.

Des Chirographa, des Syngraphæ et des Cautiones.

1429. L'expensilation, de même que la stipulation, était éminemment, dans son origine, une forme civile de s'obliger, réservée, par conséquent, aux seuls citoyens romains. Toutefois, les relations commencées et étendues de plus en plus avec les *peregrini* ont adouci sur ce point les idées. Nous avons vu comment, à l'aide d'un changement de formule, l'obligation *verbis* avait été étendue aux étrangers (ci-dessus, n° 1239); fit-on quelque chose de semblable pour l'obligation *litteris*? Le manuscrit de Gaius nous révèle, à ce propos, une dissidence remarquable entre les Sabiniens et les Proculéiens. Ceux-ci, d'après l'avis de Nerva, s'en tenaient au droit civil, et déclaraient le *nomen transcriptitium* inapplicable dans tous les cas aux obligations des étrangers. Sabinus et Cassius, au contraire, pensaient qu'il pouvait être employé à leur égard, lorsqu'il ne s'agissait que de transporter leur obligation d'une cause préexistante en une obligation littérale (*a re in personam*), mais non d'une personne à une autre (*a persona in personam*) (2).

1430. Mais bien avant l'existence de ces deux écoles, à l'époque où l'obligation *litteris*, produite par l'expensilation sur les registres domestiques, était encore exclusivement et sévèrement réservée aux citoyens, on avait admis pour les étrangers une autre forme d'obligation par l'écriture : les *chirographa* et les *syngraphæ* (3). — Asconius ou le faux Asconius nous indique entre le *chirographum* et les *syngraphæ* cette différence : que la première dénomination s'appliquait à l'écrit émané seulement de la main de la personne obligée ; et la seconde aux écrits signés des diverses parties et remis en exemplaires différents à chacune d'elles (4). — Quels devaient être la forme et le contenu de

(1) Dig. 2. 14. *De pactis*. 9. fr. Paul. : « Plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii quorum nomina simul facta sunt. » — *Ib.* dans le fragment 47. § 1 de Scævola, à propos d'un *mensularius* : « ratio accepti atque expensi; » — 4. 8. *De receptis qui arbitrium receperunt*. 34. fr. Paul. : « Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt. » — Voir aussi le titre *De edendo* (2. 13.) quant à ce qui concerne les *tabulæ*, *codex* ou *rationes* des *argentarii*. — Voir même un fragment de Pomponius où l'on a laissé, à côté de la stipulation, la mention des anciens *nomina*, bien qu'ils n'existent plus : Dig. 33. 1. *De ann. legat.* 1. fr. Pompon. « Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocumque loco petatur, dari debet : sicut ex stipulatu aut nomine facto petatur. » — (2) Gaius. Com. 3. § 133. — (3) *Chirographum* ou *chirographus*, des deux genres. — *Syngrapha* ou *syngraphus*, des deux genres au singulier ; et au pluriel, seulement *syngraphæ*. — (4) ASCONIUS. *Ad Ciceron. in Verr.*, act. 2. lib. 1. § 36 : « Chirographa

pareils écrits? C'est ce que nous ne savons pas d'une manière précise. Gaius ne semble indiquer qu'une chose comme nécessaire : la déclaration écrite de celui qui veut s'obliger, qu'il doit tant, ou qu'il donnera tant : « Si quis debere se, aut daturum se scribat (1). »

Du reste, il ne tient qu'à nous de prendre dans Plaute, travesti sous la forme plaisante de la satire comique, un modèle de *syngraphæ*, avec les lois (*leges*) qui y sont imposées aux parties (2); et nous trouvons en vestige, au Digeste de Justinien, dans des fragments de Scævola et de Modestinus, deux exemples de *chirographa* (3).

1431. Le caractère de ces écrits, même de nos jours et après les indications fournies par le manuscrit de Gaius, est encore contesté. Constituaient-ils par eux-mêmes une forme particulière d'obligation? ou n'étaient-ils que des *instrumenta*, que des moyens de preuve du fait obligatoire? Cette dernière opinion est assez communément reçue chez les écrivains allemands. L'autre me paraît cependant la mieux fondée. Gaius ne s'exprime pas, il est vrai, pour ces sortes d'écrits comme pour les *nomina transcriptitia*; il ne dit pas : « *litterarum obligatio fit*; » il dit seulement : « *fieri videtur.* » Mais cela vient de ce qu'en effet ce n'est point ici la véritable obligation *litteris* du pur droit civil des Romains; c'est seulement une sorte d'obligation admise par assimilation, pour les relations avec les étrangers. C'est après avoir si soigneusement et si formellement expliqué comment les *arcaria nomina* ne forment pas obligation, mais en fournissent seulement témoignage, que Gaius parle des *chirographa* et des *syngraphæ* comme d'un mode d'obligation. De plus, cette restric-

ab una parte servari solent; syngraphæ signatæ utriusque manu, utrique parti servandæ traduntur. » (Voir tom. I, *Généralisation*, n° 173, pag. 448.)

(1) Gaius. Com. 3. § 134 : « Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationis proprium peregrinorum est. » — (2) PLAUTE. *Asinaria*, act. 4, scène 1, vers 1 et suiv. :

Diabolus. « Age dum, istum ostende quem conscripsisti syngraphum. »

Et après que le parasite a lu son facétieux projet :

« Pulchre scripsisti! scitum syngraphum!
» Placent profecto leges. »

— (3) Le premier exemple, tiré de Scævola, est une lettre (*epistola*) d'un banquier, que le jurisconsulte qualifie expressément de *chirographum* : Dig. 2. 14. *De pactis*. 47. § 1. fr. Scæv. — Voici le second, au Dig. 22. 1. *De usuris*. 41. § 2. fr. Modest. : « Ab Aulo Agerio Gaius Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo : ille scripsit, me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem : quos ei reddam kalendis illis proximis, cum suis usuris placitis inter nos. Quæro, an ex eo instrumento usuræ peti possint, et quæ? Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse. » — Il n'est pas sans utilité pour notre sujet de faire remarquer que la décision serait semblable pour le cas de stipulation. *Ibid.* 31. fr. Ulp.

tion qu'il apporte : « *Ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat,* » est bien significative. « Pourvu qu'il n'y ait pas eu stipulation, » donc les *syngraphæ* et les *chirographa* ne sont pas de simples actes probatoires, autrement ils serviraient à prouver la stipulation aussi bien que tout autre contrat. Mais ils sont par eux-mêmes des modes de contracter obligation; ainsi, bien qu'aucune stipulation ne soit intervenue, et que par conséquent il n'y ait pas d'obligation verbale, on est lié par cette écriture. — Les *syngraphæ* ont une apparence plus antique que les *chirographa*. Ce sont eux qu'on trouve mentionnés dans les anciens auteurs : dans Plaute, au temps de la deuxième guerre punique (1); un siècle plus tard, dans Cicéron, qui en parle toujours à l'occasion des rapports d'affaires entre les citoyens et les habitants des provinces (2); et leur caractère obligatoire ressort énergiquement de cette interpellation de l'orateur peignant l'incertitude des élections, les agitations et les tempêtes populaires des comices : *Pergiliste vos, tanquam est syngrapha agere cum populo, ut quem locum semel honoris cuiquam dederit, eundem reliquis honoribus debeat* (3)? » Mais si les *syngraphæ* paraissent appartenir plus à l'antiquité que les *chirographa*, ils disparaissent aussi les premiers. Je ne retrouve plus leur nom dans le Corps de droit de Justinien, tandis que celui de *chirographa* s'y rencontre fréquemment. — Le *chirographum*, en effet, s'allie avec les temps plus récents; il vient y modifier sa nature, s'y transformer, et opérer la fusion avec ce qui reste dans le droit de Justinien des obligations contractées *litteris*. Cette transformation est véritablement le point le plus obscur, le moins saisissable de la matière. Nous aurons à l'expliquer. Mais nous tenons qu'au temps de Gaius, d'après le témoignage même de ce jurisconsulte, les *chirographa* et les *syngraphæ* opéraient d'une manière analogue précisément à la stipulation et à l'expensilation : ils ne constataient pas une obligation préexistante, par exemple une obligation provenant d'une vente, d'un louage, d'un délit ou de toute autre cause, afin qu'on pût en prouver l'existence et exercer

(1) Voir page précédente, la note 3. — Les comédies de Plaute remontent aux années 548 et suiv. de Rome (210 et suiv. av. J. C.). — (2) CICÉRON. *De legibus*, liv. 3. § 8, au sujet de ceux qui ne prennent de mission dans les provinces que pour y faire leurs affaires, et non celles de la République : « Jam illud apertum profecto est, nihil esse turpius, quam quemquam legari nisi Reipublicæ causa. Omitto quemadmodum isti se gerant atque gesserint, qui, legatione, hæreditates aut *syngraphas suas* persequuntur. » Ailleurs, aussi : « Malleolus in provinciam sic copiose profectus erat, ut domi prorsus nihil relinqueret : præterea pecunias occuparat apud populos, et *syngraphas* fecerat. » (*In Verrem*. act. 2. lib. 1. § 36.) — En effet, c'est l'obligation *litteris* des étrangers. « Quod genus obligationis proprium peregrinorum est, » dit Gaius. Mais on voit que les citoyens romains y figurent. — Quant aux *chirographa*, on en peut voir l'indication dans les passages que nous avons cités de SÉNÈQUE, page 250, note 3; et d'AULU-GELLE, page 248, note 1. — (3) CICÉRON. *Pro Murena*, § 17.

les actions qui s'y référeraient; au contraire, ils éteignaient cette obligation première avec ses actions, ils en opéraient novation, et la remplaçaient par l'obligation *litteris*. C'était l'obligation littérale à la portée des *étrangers*.

1432. Il faut distinguer soigneusement de ces écrits tous ceux qui n'étaient que des instruments probatoires, sous les qualifications diverses de *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula* : toutes ces écritures dont Gaius a dit : « *Fiunt, ut quod actum est per eas facilius probari possit* (1); » et Constant : « *Eadem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium* (2). » Ces sortes d'écritures étant une sûreté que prennent les parties intéressées pour pouvoir faire la preuve des faits, les expressions générales du droit romain, *cavere*, *cautio*, peuvent s'y appliquer et s'y appliquent fréquemment. En effet, nous trouvons ces expressions employées par les jurisconsultes pour désigner l'écriture probatoire, en matière de divers contrats : par exemple, de dépôt, de vente, de stipulation, de fidéjussion, souvent aussi de quittance destinée à constater le paiement (3).

1433. Mais plus spécialement *cautio* désigne la promesse écrite de payer une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*); dans la plupart des cas, comme conséquence d'un *mutuum* déjà fait ou qui est à faire. En ce sens, le mot général *cautio* se particularise en sa signification, et se rapproche tellement de celle de *chirographum*, qu'il nous paraît en devenir synonyme. Déjà, dans la langue des jurisconsultes romains, les deux mots s'alliaient quelquefois (4). Une constitution impériale d'Alexandre Sévère qualifie d'obligation la *cautio* (5). Enfin, au temps d'Arcadius, d'Honorius et de Théodose, elle nous est présentée par

(1) DIC. 22. 4. *De fide instrumentorum*; 4. f. Gai. — (2) COD. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. Constant. — (3) Pour le dépôt, voici trois exemples de pareils écrits : DIC. 16. 3. *Depositi*; 24. f. Papin.; 26. § 1. f. Scæv. « *L. Titius ita cavet : habeo apud me titulo depositi;* » et § 2 « *epistola cavet* »... etc., etc. — En matière de vente : DIC. 18. 3. *De lege commiss.* 2. fr. Pomp... etc. — En matière de stipulation : DIC. 45. 1. *De verb. oblig.* 121. pr. fr. Papin. « *Ex ea parte cautionis.* » et 134. § 2. fr. Paul. : « *Litteris suis præstaturum se caverit pecuniam.* » — 45. 2. *De duob. reis.* 11. §§ 1 et 2. f. Papin. « *Cum ita cautum inveniretur.* » — COD. 8. 38. *De contrah. stipul.* 1. const. Sever. et Anton. « *Licet epistolæ... additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur.* » — Pour la fidéjussion : COD. 8. 41. *De fidejuss.* 27. const. Justinian. « *Cautio nem faciat ostendens se fidejussorem extitisse,* » etc., etc. — Pour la quittance : DIC. 46. 3. *De solution.* 5. § 3. f. Ulp. « *Si quis caverit debitori : in sortem et in usuras se accipere.* » — DIC. 22. 3. *De probation.* 15. f. Modest. : « *Fideicommissa solvit, cautionem accepit.* » — COD. 8. 43. *De solution.* 6. const. Gordian. : « *Universum se recepisse cavet,* » etc., etc. — (4) DIC. 13. 6. *Commodat.* 5. § 8. fr. Ulp. « *si tibi codicem commodavero, et in eum chirographum debitorem tuum cavere feceris.* » — (5) COD. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 7. const. Alexand. « *si quasi accepturus mutuum pecuniam adversario cavistis : quæ numerata non est, per conditionem obligationem repetere... potestis.* »

ces princes comme le moyen de former l'obligation *litterarum* (1). Le *codex accepti et expensi*, les *nomina* tant *arcaria* que *transcriptitia* sont tombés en désuétude. Les *syngraphæ* eux-mêmes, quoique provenus du droit des gens, n'apparaissent plus. Les *chirographa* se présentent encore quelquefois en dénomination, jusque dans le Corps de droit de Justinien; mais ils ont pour synonyme la *cautio*, entendue comme promesse écrite de payer une somme déterminée, le plus fréquemment pour cause de *mutuum*. C'est cette *cautio* qui est véritablement la dénomination régnante et presque toujours employée (2). Mais quels étaient les effets du *chirographum* ainsi transformé, ou de la *cautio*, son synonyme? C'est ce qu'il importe de voir. On a plus d'une fois plaisanté Justinien sur son obligation *litterarum*, imaginée, dit-on, par lui, en l'honneur de l'ancienne division des contrats. Il sera facile de nous convaincre que les rédacteurs des Instituts de Justinien n'ont rien imaginé; que ce qu'ils ont pris, c'est véritablement le contrat *litteris*, tel qu'il leur était parvenu dans ses transformations, tel qu'il existait à leur époque dans la société et dans la pratique des affaires. Théophile nous le disait déjà en ces termes: *Invenias tamen et hodie, si diligentius inspicias, in communi vita versari quandam litterarum obligationem, sed quæ aliam formam aliamque figuram habeat* (3). » Quelques explications sur notre paragraphe vont nous le démontrer.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum

Il se contractait jadis par l'écriture une obligation qu'on disait formée *nominibus*. Ces *nomina* aujourd'hui ne sont plus en usage. Mais si quelqu'un a

(1) CODE THÉODOSIEN, liv. 2. tit. 4. *De denuntiatione vel edictione rescripti*. 6. const. Arcad., Honor. et Théod. « si quis debiti quod vel ex senore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in *litterarum obligationem*, facta *cautione*, translatum est... » etc. — C'est bien là précisément ce que Gaius nous dit de l'ancien contrat *litteris*: la translation d'une obligation primitive en obligation littérale. — Rapprocher le liv. 2. tit. 27. *Si certum petatur de chirographis*, au même Code. — (2) Voici des citations qui présentent encore l'expression de *chirographum*, dans le Corps de droit de Justinien. D'abord dans les fragments des jurisconsultes: Dig. 22. 3. *De probatione*. 24. f. Modestin. « *chirographum cancellatum*; » et 31. f. Scævola. — 44. 4. *De doli except.* 17. pr. f. Scævola. — Voir, en outre, les fragments, toujours des deux mêmes jurisconsultes, cités ci-dessus, page 257, note 3. — Puis, dans les constitutions impériales: Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 5. const. Alexand. Sever. — 8. 43. *De solutione*. 14. « *Chirographum acceptæ pecuniæ*. » 15, 18, 22 et 25. « *chirographum condicere*; » toutes constitutions de Dioclétien et Maximien. — Quant à l'expression de *cautio*, employée dans le sens indiqué: Dig. 2. 14. *De pactis*. 2. § 1. f. Paul. — 13. 5. *De pecun. constitut.* 24. f. Marcell. — 22. 3. *De probatione*. 25. § 4. fragment de Paul, reproduit à peu près dans une constitution de Justin. Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 13. — Dans le Code Hermogénien, au titre *De cauta et non numerata pecunia*, en une constitution de Marc-Aurèle. — Enfin, dans le Code de Justinien, tout le titre 30 du livre 4. *De non numerat. pecun.*, depuis la constitution 1, de Sévère et d'Antonin, jusqu'à la dernière de Justinien. — (3) Paraphrase de Théophile, *hic*.

non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

déclaré par écrit devoir une somme qui ne lui a pas été comptée, il ne peut plus, après un long temps, opposer l'exception tirée du défaut de numération: ainsi l'ont fréquemment décidé les constitutions. Voilà comment il arrive aujourd'hui que, ne pouvant plus se plaindre, l'écriture l'oblige et donne naissance à une condiction, en l'absence, bien entendu, d'obligation par paroles. Le long temps fixé pour délai à cette exception s'étendait, d'après les constitutions impériales qui nous sont antérieures, jusqu'à cinq ans. Mais pour que les créanciers ne soient pas trop longtemps exposés à la perte frauduleuse de leur argent, nous avons, par notre constitution, réduit ce délai à deux ans.

1434. Pour comprendre la déchéance graduelle du contrat *litteris*, et sa transition à l'état où nous le trouvons sous Justinien, il faut remonter jusqu'aux temps des jurisconsultes classiques, et voir naître et se développer une institution qui a fini par le modifier profondément: l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

De l'exception non numeratæ pecuniæ

1435. Si dans un écrit, non pas formant obligation *litteris*, mais dans un simple écrit probatoire (*cautio*), remis au créancier comme instrument de preuve, quelqu'un constate qu'il est débiteur d'un tel pour cause d'achat, de louage, de société, de dommage occasionné, ou de tout autre fait, quelle est la cause de l'obligation? C'est uniquement le fait mentionné, et le créancier n'a pas d'autre action que celle produite par ce fait: l'action *empti*, *locati*, *pro socio*, *damni injuria*, ou toute autre, selon le cas. Mais si les choses étant en cet état, le débiteur, malgré l'écrit émané de lui, nie l'existence du fait mentionné, sur qui tombera la charge de la preuve? Sur ce débiteur. Non pas que son écrit le lie et produise obligation par lui-même, mais parce que cet écrit contient de sa part aveu, reconnaissance du fait obligatoire, et qu'on s'en tient à cet aveu: « Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni », à moins que par les preuves les plus évidentes, consistant aussi en écrits (*evidentissimis probationibus*, *in scriptis habitis*), il établisse la non-réalité du fait mentionné. Telle est la décision que nous donne le jurisconsulte Paul, et que nous trouvons reproduite dans une constitution de l'empereur Justin (1). — Mais si l'écrit destiné à former preuve (*cautio*) s'exprime confusé-

(1) Dig. 22. 3. *De probatione*. 25. § 4. f. Paul. — Cod. 40. 30. *De non numerat. pecun.* 13. const. Justin.

ment (*indiscrete loquitur*), sans préciser distinctement le fait obligatoire, alors il ne contient pas aveu suffisant, et comme il ne forme pas obligation par lui-même, c'est au créancier à prouver qu'il lui est dû, et pourquoi il lui est dû : « Tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. » C'est encore la décision du même jurisconsulte (1).

1436. Voilà pour les écrits simplement probatoires (*cautiones*). Supposons maintenant qu'il soit intervenu une forme civile d'obligation, et, pour ne faire aucun doute, supposons une stipulation, ou une expensilation (*nomen transcriptitium*) : selon le strict droit civil, peu importe qu'il y ait ou non une cause préexistante : du moment que les paroles ou l'écriture voulues ont eu lieu, l'obligation existe; le débiteur est lié *verbis* ou *litteris*; le créancier a la *condictio*. — Mais nous savons que le droit prétorien et la jurisprudence sont venus au secours du débiteur; et, s'il a promis, s'il est obligé par l'écriture sans motif, ils lui concèdent, pour se défendre contre l'action du créancier, une exception (l'exception *doli mali*, ou une exception rédigée *in factum*). Ainsi, déjà il n'est plus aussi vrai que les paroles ou l'écriture consacrées obligent par elles-mêmes : au fond, il faut remonter à une cause première d'obligation, il faut que cette cause existe réellement, sinon l'obligation, quoique subsistant selon le strict droit civil, reste sans effet. — Toutefois, un point capital sépare encore ce cas du précédent : le débiteur niant qu'il y ait eu une cause réelle à la promesse ou à l'écriture, sur qui tombera le fardeau de la preuve? Sur ce débiteur. Car les paroles ou l'écriture le lient; il ne se défend contre l'action qu'à l'aide d'une exception : or, le principe général, c'est que celui qui oppose une exception doit prouver les faits sur lesquels il l'appuie : « *Qui excipit probare debet quod excipitur* », d'après les termes de Celse; « *Reus in exceptione actor est* », selon l'expression plus élégante d'Ulpien (2).

1437. Ici néanmoins se produit avec le temps, dans le droit romain, une nouvelle distinction bien importante. Si la promesse verbale ou l'obligation *litteris* ont eu lieu pour cause d'un *mutuum* ou prêt d'argent, et que le débiteur prétende que l'argent ne lui a pas été compté : il a, selon l'application de la règle précédente, pour se défendre contre l'action, une exception de dol qui, exprimée et rédigée en fait, prend le nom particulier d'exception *non numerata pecunia*. Plus d'un fragment des anciens jurisconsultes, et un paragraphe tout spécial des Instituts de Gaius et de Justinien, nous montrent positivement l'application de cette

(1) Dig. 22. 3. *De probation.* 25. § 4. f. Paul. — (2) Dig. 22. 3. *De probat.* 9. f. Cels. — 44. 1. *De exception.* 1. f. Ulp.

exception au cas de stipulation (1). Nous ne la rencontrons pas mentionnée pour les anciens *nomina* résultant de l'expensilation, à cause de la désuétude où ces *nomina* sont tombés, et de la disparition ou de l'interpolation des fragments qui s'y référaient; mais elle apparaît en maint endroit, à l'égard de l'obligation *litteris* contractée par *chirographa* (2). — Du reste, si cette exception était restée dans la règle générale précédemment exposée pour les exceptions; c'est-à-dire si le débiteur, niant la numération des espèces, était resté soumis à l'obligation de prouver que cette numération n'avait pas eu lieu, nous n'aurions ici rien de nouveau. Mais il s'introduisit cette règle toute particulière, toute dérogoratoire aux principes communs, savoir : que, dans ce cas spécial, et sur la dénégation du débiteur, ce serait au créancier à prouver que réellement la numération des espèces avait eu lieu. Le motif que paraît en donner une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, c'est que raisonnablement une négation ne se prouve pas (3). Mais l'explication beaucoup plus fondée et plus concluante, c'est que l'intervention de la promesse verbale, ou de la promesse par *chirographum* pour cause de prêt, avait lieu souvent, chez les Romains, avant la numération des espèces; qu'il y avait là, pour le créancier, une occasion fréquente et facile de fraude; qu'en s'éloignant toujours davantage du strict droit civil, on considéra de moins en moins les paroles, l'écriture, et de plus en plus la réalité du *mutuum*. de telle sorte qu'on finit par exiger du créancier la preuve de cette réalité. Ce qui commença probablement pour les simples *cautions*, ou écrits probatoires d'un *mutuum* dans les cas où ils étaient rédigés confusément (*indiscrete*) et ne constituaient pas un aveu, une preuve suffisante de la numération des espèces (4), fut appliqué ensuite aux *chirographa* et

(1) GAI. Comm. 4. § 116 : « Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeratus, nec numeraverim... placet per exceptionem doli mali te defendi debere. » — DIG. 44. 4. *De doli mali except.* 2. § 3. f. Ulp. : « Si crediturus pecuniam, stipulatus est, nec credit... dicendum erit nocere exceptionem. » *Ibid.* 4. § 16. f. Ulp. — Après avoir dit qu'on ne donne contre les ascendants ou les patrons, ni l'exception de dol, ni aucune autre pouvant porter atteinte à leur considération, mais que l'exception, en cas pareil, doit être rédigée en fait (*in factum*), le jurisconsulte ajoute, en forme d'exemple : « Ut si forte pecunia non numerata dicatur, objiciatur exceptio pecunia non numerata. » — INSTITUTS, *ci-dessous*, liv. 4. tit. 13. § 2. « Si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit... placet per exceptionem pecunia non numerata te defendi debere. » — Voir aussi Cod. 4. 30. *Non numerat. pecun.* 9. const. Dioclet. et Maxim. — (2) CODE THÉODOSIEN. 2. 27. *Si certum petatur de chirographis.* — CODE DE JUSTINIEN. 4. 30. *Non numerat. pecun.* 5. const. Alexand. — (3) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 10. const. Dioclet. et Maxim. « Cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiti probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia. » — (4) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 5. const. Anton. « si ex cautione tua : licet hypotheca data, conveniri cœperis : exceptione opposita, seu doli, seu non

aux stipulations motivées sur prêt d'argent. Ce fut là un grand pas de plus vers la déchéance de l'obligation civile, contractée par écrit ou même par paroles; car, je le demande, que devenait en ce cas le contrat *litteris*, ou le contrat *verbis*? et n'était-il pas vrai de dire, les choses étant ainsi, que ce n'était plus l'écriture, ni les paroles, mais seulement la numération des espèces qui obligeait?

1438. Toutefois, cette obligation, pour le créancier, de prouver la numération des espèces, ne lui fut pas imposée sans limite. Un temps fut fixé par les constitutions à celui qui avait fait la promesse soit *verbis*, soit *litteris*, pour soulever la contestation à cet égard (*legitimum tempus*, — *legibus definitum tempus*; — *tempus intra quod hujus rei querela deferri debet*; — *jure delata contestationibus tempora*) (1). Ce temps, comme nous le voyons par une constitution de Marc-Aurèle, dans le Code Hermogénien, et comme nous l'apprend Justinien lui-même, était de cinq ans (2). Le débiteur devait, dans cet intervalle, soit opposer l'exception *doli mali* ou *non numerata pecunia*, s'il était actionné par le créancier; soit commencer lui-même l'agression, et élever la contestation d'une autre manière, par exemple, en agissant par *condictio* pour se faire restituer son *chirographum* (3), si le créancier, afin de se ménager le temps, restait inactif. Ce délai passé sans contestation, on n'exigeait plus du créancier une preuve que le laps de temps aurait rendue de plus en plus difficile; le silence du débiteur était considéré comme un aveu, comme une reconnaissance de la numération des espèces: la promesse verbale, le *chirographum* ou même la *cautio*, reprenaient ou acquéraient toute leur force obligatoire, sans qu'il y eût plus lieu de s'inquiéter ni de rechercher si l'argent avait été compté ou non (4).

1439. Tels étaient les effets de l'exception *non numerata pecunia* et de sa déchéance. Cette exception, d'ailleurs, en fait de contrat *verbis*, ne s'appliquait absolument qu'au cas où la promesse était fondée sur un prêt de consommation (*pecunia credita*);

numerata pecunia, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur. »

(1) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. Alexand. — 9. const. Dioclet. et Maxim., remarquable en ce qu'il s'agit de ce délai, pour le cas de stipulation. — CODE THÉODOSIEN, 2. 27. *Si certum petatur de chirographis*. 1. const. Honor. Theod. et Constant. — (2) CODE HERMOGÉNIEN. *De cautâ et non numerata pecunia*. « Ex cautione exceptionem non numerata pecunia, non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. » Const. Marc. Aurel. — CODE JUSTINIEN. 4. 30. *De non numer. pecun.* 14. pr. const. Justinian. — (3) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 7. const. Alexand. — 4. 5. *De condict. indeb.* 3. const. Dioclet. et Maxim. — 4. 9. *De condict. ex lege*. 4. const. Dioclet. et Maxim. — Ou pour se faire libérer par acceptation, s'il s'agit de promesse verbale: 8. 41. *De fidejuss.* 15. const. Gordian. — (4) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. Alexand. « sin vero legitimum tempus excessit... omnimodo debitum solvere compellitur. » — 14. pr. const. Justinian. « ut eo elapso, nullo modo querela non numerata pecunia introduci possit. »

pour les autres causes qui auraient pu motiver la stipulation, on restait dans les règles générales (1).

1440. On voit maintenant, par cet exposé historique, comment l'exception *non numerata pecunia*, avec ses règles toutes déroatoires, est venue changer la nature de l'obligation *litteris*, et même de la stipulation motivée sur un prêt de consommation; comment dès lors le *chirographum* et la *cautio* ont tendu à se confondre, et quel est l'état où ils sont parvenus sous Justinien. Veut-on en conclure qu'à l'époque de cet empereur il n'y a plus de contrat *litteris*? Il faudra en dire autant alors du contrat *verbis* intervenu pour prêt de consommation; car la règle est la même en ce cas, pour l'un comme pour l'autre contrat. La vérité est qu'en définitive, ni le *chirographum*, ni la promesse sur stipulation pour prêt d'argent, ne produisent plus par eux-mêmes d'obligation efficace, si ce n'est au bout du temps fixé; et que Justinien prend le contrat *litteris* tel qu'il le trouve parvenu à son époque. Un rapprochement des termes employés par l'empereur, avec ceux qui se trouvent dans les Instituts de Gaius au sujet des *chirographa*, nous prouvera que ce sont bien les *chirographa*, altérés par la succession des temps et par les institutions que nous venons d'exposer, qui ont passé dans les Instituts de Justinien (2). (App. 6, liv. 3.)

1441. Le texte nous apprend suffisamment comment l'empereur a réduit à deux ans continus le délai autrefois quinquennal de l'exception. Une constitution spéciale, insérée au Code, règle en détail cette matière: il faut y remarquer le moyen qui est fourni au débiteur de rendre son exception perpétuelle, en la dénonçant au créancier dans le délai fixé, et avec certaines formes (3).

TITULUS XXII.

DE CONSENSU OBLIGATIONE.

TITRE XXII.

DE L'OBLIGATION PAR LE CONSENTEMENT SEUL.

1442. Nous suivons l'ordre historique. Après les contrats formés, dans le principe, par la mancipation (*per æs et libram*), et plus tard par la prestation de la chose (*re*): ce qui est la souche, la racine des contrats du droit civil; après les deux contrats qui

(1) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 5. const. Alexand. « Ignorare autem non debes, non numerata pecunia exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur... etc. » — Ainsi, elle n'aurait pas lieu pour le cas où l'obligation aurait été transférée *a persona in personam*, 6. const. Alexand., — ni pour le cas de transaction, 11. const. Dioclet. et Maxim. — (2) Ainsi, de même que Gaius dit: « Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat » (Gai. Com. 3. § 134); — de même les Instituts de Justinien disent: « Si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est... cessante scilicet verborum obligatione. » La reproduction est évidente. — (3) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 14. const. Justinian. — Notamment § 4. — Une exception analogue a lieu aussi en matière de dot.