

IX. Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit revocatum fuerit, evanescit. **9.** Le mandat, bien que valablement contracté, s'évanouit si, avant d'avoir reçu aucune exécution, il est révoqué.

1572. Remarquez qu'il s'agit, dans ce paragraphe, de faire évanouir le mandat de telle manière qu'il soit comme s'il n'avait jamais existé. Cela est possible seulement si aucun commencement d'exécution n'a eu lieu (*si adhuc integra res sit*). Sinon, les actes commencés auront produit leur effet, car on ne peut révoquer le passé. — Mais dans ce cas même, le mandant peut toujours révoquer le mandat pour l'avenir. Il faut que cette révocation soit notifiée au mandataire et connue de lui; car tant qu'il l'ignore, les actes qu'il fait dans sa mission obligent le mandant envers lui (1).

X. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu, ignorans eum decessisse, exersatus fueris mandatum, posse te agere mandati actione. alioquin *justa et probabilis ignorantia* tibi damnum adferret. Et huic simile est quod placuit, si debitores, *manumisso* dispensatore Titii, per ignorantiam liberato solverint, liberari eos, cum alioquin stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent quam cui solvere debuerint. **10.** Le mandat est encore dissous si, avant l'exécution, le mandant ou le mandataire vient à mourir. Toutefois, des motifs d'utilité ont fait décider que si après la mort du mandant, et dans l'ignorance de cette mort, tu as exécuté le mandat, tu auras l'action de mandat; car, sans cela, ton ignorance légitime et plausible te causerait préjudice. Et l'on est dans un cas semblable lorsqu'on décide que les débiteurs qui, après l'affranchissement de l'intendant de Titius, payent par ignorance à cet affranchi, sont libérés, bien que, selon le droit strict, ils ne dussent pas l'être, parce qu'ils ont payé à un autre que celui à qui ils auraient dû payer.

1573. *Posse te agere mandati actione.* En effet, le contrat de mandat est dissous, mais l'obligation d'indemniser le mandataire subsiste toujours (2).

Justa et probabilis ignorantia. Mais après la mort du mandataire, les héritiers de celui-ci, en exécutant le mandat, ne peuvent pas avoir l'action de ce contrat, car ils ne peuvent pas ignorer le décès de leur auteur: il n'y a pas pour eux *justa et probabilis ignorantia* (3).

Manumisso. Il en serait de même si cet esclave, n'étant pas affranchi, était révoqué de ses fonctions ou était aliéné par son maître, à l'insu des débiteurs (4).

XI. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur. **11.** Chacun est libre de refuser un mandat; mais une fois accepté, le mandataire doit l'exécuter, ou bien y renoncer assez tôt pour que le mandant puisse accomplir l'opération par lui-même ou

(1) Dig. 17. 1. Mand. 15. f. Paul. — (2) Dig. 17. 1. Mand. 26. pr.; et 58. pr. f. Paul. — (3) Ib. 27. § 3. Gai. — (4) Dig. 46. 3. De solut. 51. f. Paul. — 16. 3. Depos. 11. f. Ulp.

tur. Nam nisi ita renuntiatus ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi *justa causa intercessit*, aut non renuntiandi, aut intempes-tive renuntiandi. par un autre. Car si la renonciation n'est pas faite de manière à laisser au mandant entière facilité pour cet accomplissement, l'action de mandat aura toujours lieu contre le mandataire, à moins que de justes motifs ne l'aient empêché de renoncer, ou de renoncer à temps.

1574. *Nisi justa causa intercessit.* Par exemple, une grave et subite maladie, une inimitié capitale survenue entre le mandataire et le mandant, l'insolvabilité de ce dernier (1).

XII. Mandatum et in diem differri, et sub conditione fieri potest. **12.** Le mandat peut être à terme ou sous condition.

XIII. In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio. **13.** Enfin, le mandat, s'il n'est pas gratuit, se transforme en une autre négociation. En effet, si un prix est constitué, il devient un louage; et, pour parler généralement, dans tous les cas où l'acceptation sans salaire d'un office à rendre constitue un contrat de mandat ou de dépôt, dans ces mêmes cas il y a louage dès qu'il intervient un prix. Si donc quelqu'un donne des vêtements au foulon pour les nettoyer ou pour les soigner ou au tailleur pour les réparer, sans constitution ni promesse de salaire, il y a action de mandat.

1575. Ce principe, que le mandat est essentiellement gratuit, « *nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces* (2), » ce principe n'empêchait pas qu'on eût admis une distinction, qui repose peut-être, avant tout, sur l'amour-propre. Si le mandant, sans prétendre payer à prix d'argent le service qu'on doit lui rendre, doit payer ou promet une somme plutôt en témoignage de sa reconnaissance, et pour honorer le mandataire, que comme prix d'un loyer (*remunerandi gratia honor*), on admet que le contrat ne cesse pas, pour cela, d'être un mandat, on décore la récompense du titre d'honoraires (*honorarium*), et, sous ce titre, l'obligation de la payer existe.

Il en est d'abord ainsi, généralement, lorsqu'il s'agit de ce que les Romains appellent professions libérales (*liberalia studia*): professeurs, philosophes, rhéteurs, médecins, avocats, géomètres-arpenteurs et autres. « Non crediderunt veteres, dit Ulpien en parlant de ces derniers (d'un *mentor agrorum*), inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi: et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari (3). » Seulement, une diffé-

(1) Dig. 17. 1. Mand. 23, 24 et 25. f. Hermogen. et Paul. — Paul. Sent. 2. 15. § 1. — (2) Dig. 17. 1. Mand. 1. § 4. f. Paul. — (3) Dig. 11. 6. Si mentor falsum modum dixerit. 1. pr. f. Ulp.

rence importante à remarquer, c'est que ce n'est pas par une action ordinaire que le paiement des honoraires se poursuit. Mais c'est à l'extraordinaire, devant le magistrat, prêteur ou président de province, qui prononce lui-même *extra ordinem*, d'après les circonstances (*causa cognita*), ce qui emporte le pouvoir d'arbitrer les honoraires, et même, lorsqu'ils ont été fixés par convention, de les réduire s'il y a lieu (1). Bien que, dans cette distinction, l'amour-propre soit en première ligne, cependant elle ne manque pas d'avoir, au fond, quelque chose de vrai. Personne, en son cœur, ne croit s'être acquitté à prix d'argent envers le médecin qui a sauvé des douleurs ou du danger, envers le précepteur qui a formé le moral et cultivé l'esprit, envers l'avocat qui s'est dévoué à la défense. On sent que de tels services, rendus honorablement, ne sont pas l'objet d'un contrat purement pécuniaire; qu'un élément plus immatériel entre dans le contrat; et que, l'argent payé, on reste encore débiteur. Le même sentiment faisait également donner aux *nourrices* une action extraordinaire (2).

1576. En effet, l'admission d'une récompense pécuniaire, dans le mandat, sous la qualification d'honoraires, n'a pas été restreinte à l'exercice des professions dites libérales. Elle a été étendue à toute sorte de mandat s'il s'agit d'un fait qui n'a pas coutume de faire l'objet d'un louage : « *Si tale est factum quod locari non possit*, » par opposition à : « *Si tale sit factum quod locari solet* (3), » et qu'un salaire ait été spécialement convenu. Ce salaire, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une offre incertaine (*salarium incertæ pollicitationis*), est dû par le mandant, et le paiement peut en être poursuivi; mais la connaissance en appartient toujours au magistrat, *extra ordinem*. « *De salario quod promisit, apud præsidem provinciæ cognitio præbebitur* (4). »

ACTIONS RELATIVES AU MANDAT.

1577. L'action qui résulte du contrat de mandat, et qui sert à en poursuivre toutes les obligations, se nomme *actio mandati*, action de mandat : *actio directa*, pour le mandant, comme naissant directement et immédiatement de la convention; *actio contraria*, pour le mandataire, comme ne prenant naissance que par les faits postérieurs qui obligent aussi le mandant (*ex post facto*). Toutes les deux, actions de bonne foi. La première, l'action directe, en cas de condamnation, emporte infamie (4).

(1) Dig. 50. 13. *De extraord. cognit.* 1. f. Ulp. C'est dans ce texte qu'on accorde des honoraires *ludi litterarum magistris, licet non sint professores*. — (2) *Ib.*, § 14. — (3) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 2. f. Paul. — (4) Cod. 4. 35. *Mand.* 1. const. Sever. et Anton.; 17. const. Dioclet. et Maxim. — Dig. 17. 1. *Mand.* 6. f. Ulp. 7 et 56. § 3. f. Papin. — (5) Voir ci-dessous, liv. 4, tit. 16, § 2. — Voir cependant un cas où la condamnation, même dans l'action contraire, devrait être infamante. Dig. 3. 2. *De his qui not. infam.* 6. § 5. f. Ulp.

1578. A l'égard des tiers, nous savons qu'outre les actions qui existent régulièrement entre eux et le mandataire, par suite des opérations de ce dernier, ils ont aussi contre le mandant ces mêmes actions; mais sous la qualification d'*actio utilis quasi-institoria* (1); et qu'enfin le mandant lui-même a contre eux, dans la plupart des cas, les actions utiles (voir ci-dess., n° 1552).

Des pactes, et des cas où ils donnent lieu à une action.

1579. Nous avons épuisé la liste des contrats du droit civil. Toute autre convention (*pactum, pactio conventio, pactum conventum*), selon le droit strict et primitif, ne devait produire aucun lien de droit, nous l'avons déjà dit; mais nous avons annoncé aussi que par des innovations successives divers effets leur ont été attribués (ci-dessus, n° 1203). — Par ces innovations, les pactes ont pu, soit en général, à raison de certaines circonstances, soit quelques-uns en particulier par leur seule nature et d'eux-mêmes, produire des actions : et bien que le titre de contrat soit toujours resté réservé aux conventions obligatoires selon l'ancien droit civil, on peut dire véritablement que le nombre en a été étendu. — Cette extension a eu lieu graduellement par le droit civil, par le droit prétorien et par le droit impérial.

Cas dans lesquels les pactes se trouvent munis d'actions, d'après le droit civil. — Pactes dits pactes joints (pacta adjecta). — Contrats formés re, qualifiés de contrats innommés (innominati contractus); contrat estimatoire (de æstimato); échange (permutatio); précaire (precarium); transaction (transactio).

1580. Ce que nous avons dit de la vente (ci-dessus, n° 1482) est vrai de tous les contrats de bonne foi : les parties peuvent y joindre, pour en expliquer, pour en modifier, pour en étendre ou en restreindre les effets, des conventions accessoires, qui font corps avec le contrat, et dont l'exécution se poursuit par l'action même de ce contrat. « *Nuda pactio... interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis.* » Ainsi s'exprime Ulpien (2). Mais il faut, pour cela, comme le dit le même jurisconsulte en poursuivant sa phrase, que ces pactes aient eu lieu au moment même du contrat (*ex continenti*), de manière à en faire partie intégrante. Ces pactes accessoires sont ceux qui se nomment, dans la doctrine moderne, *pacta adjecta*.

1581. Qu'ils donnent lieu à l'action même du contrat, ceci doit être tenu pour règle générale. — Cependant nous voyons qu'il s'était élevé, à ce sujet, quelque dissentiment entre les jurisc-

(1) Dig. 17. 1. *Mand.* 10. § 5. f. Ulp. — 14. 3. *De instit.* 5. § 8. f. Ulp. — (2) Dig. 2. 14. *De pactis.* 7. § 5. f. Ulp.

sultes à propos de certaines espèces qui présentaient ces deux circonstances : 1° que le *pactum adjectum* y avait précisément pour but de faire considérer le contrat comme non venu tel cas échéant, par exemple la *lex commissoria*, ou de permettre de le résoudre, par exemple le pacte de réméré (ci-dess., n° 1484 et 1485); 2° qu'il y avait eu néanmoins quelque dation ou tradition déjà exécutée de la part de l'une des parties, de telle sorte que l'opération pouvait rentrer dans les contrats innommés *do ut des*, *do ut facias*, dont nous allons parler incessamment. Dans ces circonstances, Proculus voulait qu'on donnât l'action *in factum præscriptis verbis* attachée à ces contrats innommés (1). Sabinus, au contraire, sans s'arrêter à la subtilité des mots *res inempta est*, et *quidem finita est emptio*, donnait même dans ces cas l'action du contrat (2). Nous voyons par un fragment d'Ulpien que la question avait été décidée en ce dernier sens (*sed jam decisa quæstio est*) par des rescrits des empereurs Antonin et Sévère (3). D'où la jurisprudence avait fini par conclure que l'une ou l'autre action pouvait se donner (*actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*) (4). — Mais il faut bien se garder de généraliser ces cas particuliers. L'action du contrat s'applique à toutes les hypothèses que comporte le contrat, même à celles dans lesquelles il n'est pas question d'exécution déjà faite par l'une des parties; tandis que l'action *præscriptis verbis* est engendrée *re*, et ne trouve son application possible que dans ces derniers cas.

1582. Qu'arrivera-t-il des pactes joints, toujours à un contrat de bonne foi, mais après coup, c'est-à-dire après un certain intervalle (*ex intervallo*)? Ayant une existence isolée, ils rentrent dans le sort commun des pactes, c'est-à-dire qu'ils n'engendrent pas d'action, mais seulement des exceptions. « In bonæ fidei contractibus ita demum pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem sed exceptionem parit (5). » Ulpien exprime la même idée en disant qu'ils ne peuvent valoir du côté du demandeur (*ex parte actoris*), mais seulement du côté du défendeur (*ex parte rei*), et il en donne immédiatement la raison : « Quia solent et ea pacta, quæ postea interponuntur, parere exceptiones (6). » Enfin, Papinien exprime toujours la même idée en disant qu'ils sont utiles pour diminuer, mais non pour augmenter l'obligation (*quæ detrahunt, non quæ adjiciunt aliquid obligationi*) (7). Mais toutes ces locutions reviennent à dire qu'ils produisent des exceptions et non des actions, et elles

(1) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 12. f. Procul. — (2) 18. 1. *De contrah. empt.* 6. § 1. f. Pomp. — 18. 5. *De rescind. vend.* 6. f. Paul. — Cod. 4. 54. *De pact. int. empt. et vend.* 3. const. Alex. — (3) Dig. 18. 3. *De leg. commiss.* 4. p. f. Ulp. — (4) Dig. 18. 5. *De rescind. vend.* 6. f. Paul. — Cod. 4. 54. *De pact. int. empt. et vendit.* 2. const. Alex. — (5) Cod. 2. 3. *De pactis.* 13. const. Maxim. — (6) Dig. 2. 14. *De pactis.* 7. § 5. *in fine.* f. Ulp. — (7) Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 72. pr. f. Papin.

le disent d'une manière moins précise et moins exacte. En effet, il faut remarquer, d'une part, que le demandeur, qui ne peut pas faire valoir ces pactes par voie d'action, pourrait les faire valoir, si l'occasion s'en présentait, par voie de réplique, puisque la réplique n'est qu'une sorte d'exception; et, d'une autre part, que soit qu'ils eussent eu pour but d'augmenter, soit qu'ils eussent eu pour but de diminuer l'obligation de l'une ou de l'autre des parties, comme cela était possible fréquemment dans ces sortes de contrats produisant des obligations de part et d'autre, toujours il faudrait s'en tenir à cette idée, que si le pacte est tel et si l'occasion se présente telle, que le défendeur ait utilité à le faire valoir par exception ou le demandeur par réplique, ils y sont autorisés (1). La règle fondamentale et mainte fois répétée, dans laquelle les autres sont contenues, est donc celle-ci : que ces pactes ne produisent pas d'action (*ne ex pacto actio nascatur*) (2), mais qu'ils produisent des exceptions. — Quand nous parlons d'exception, il importe de se rappeler ici que, s'agissant de contrats de bonne foi, les exceptions fondées sur l'équité n'avaient pas besoin d'être insérées dans la formule par le prêteur, qu'elles y étaient sous-entendues, et qu'il entrait dans l'office même du juge d'y avoir égard, ce qui augmentait d'autant l'efficacité de ces pactes.

1583. Enfin Paul, dans une note sur Papinien, ajoute que si le pacte, qui est intervenu après coup, est intervenu toutes les choses étant encore entières (*omnibus integris manentibus*), et qu'il porte sur des points substantiels au contrat, par exemple, dans une vente, qu'il augmente ou diminue le prix : s'agissant de contrats purement consensuels, il faudra considérer les parties comme ayant révoqué la première vente et en ayant formé une nouvelle; de telle sorte que le pacte produira, dans ce cas, l'effet d'un nouveau contrat (3).

1584. Que décider à l'égard des pactes joints *ex continenti*, ou *ex intervallo* à un contrat de droit strict? La règle est-elle la même, ou bien doit-elle changer? — La question est sans difficulté à l'égard des pactes joints *ex intervallo* : ceux-ci ne produisent que des exceptions. Mais elle est fort douteuse quant aux pactes joints *ex continenti*, et les meilleurs interprètes y sont divisés d'opinion. Pour la résoudre avec précision, sortons des généralités et parcourons successivement chacun des contrats de droit strict; ils sont au nombre de trois : le *mutuum*, le contrat *verbis* et le contrat *litteris*.

1585. Pour le *mutuum*, il est indubitable que le prêteur, en livrant la somme prêtée, pouvait convenir avec l'emprunteur du

(1) Dig. 2. 14. 7. § 5. f. Ulp. — Cod. 2. 3. *De pactis.* 10. const. Alexand. — (2) « Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. » Dig. 18. 1. 72. pr. f. Papin. — (3) *Ibid.*

lieu, de l'époque, du mode de remboursement; que des conditions pouvaient y être apposées : toutes ces clauses faisaient partie essentielle du contrat, et l'exécution en était assurée par la *conductio certi* (1); ce n'est pas là ce qu'on peut entendre, à proprement parler, par des pactes joints. Mais si en livrant dix sous d'or, il les a livrés avec la clause qu'on lui en devra neuf, ce pacte sera parfaitement valable, parce qu'il y aura donation d'un sou d'or, et *mutuum* seulement pour les neuf restants. A l'inverse, s'il en a livré dix, avec la clause qu'on lui en devra onze, dix seulement pourront être demandés par la condition, parce que l'obligation du *mutuum* étant formée *re*, elle ne peut pas dépasser le montant de la somme effectivement livrée (2). C'est par la même raison que le pacte d'intérêt ne produira pas d'obligation comprise dans celle du *mutuum*.

1586. Il n'y a rien à conclure contre cette décision relative au *mutuum*, d'une autre règle plus générale, ainsi formulée par Gaius : « In traditionibus rerum, quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est (3). » Noodt a raison de voir dans cette proposition de Gaius une dérivation de la loi des Douze Tables, dont le texte nous est connu : « QUUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO » (tom. I, *Hist.*, p. 106, tabl. 6, § 1). C'est au livre 3 de son commentaire sur la loi des Douze Tables que Gaius a formulé cette proposition, dans laquelle il étend aux traditions, qui sont du droit des gens, ce que les Douze Tables avaient dit des solennités civiles *per æs et libram*. La proposition de Gaius est parfaitement exacte : elle s'applique, comme l'a fort bien dit Cujas, à tous les cas qui tombent dans un des contrats innommés *do ut des*, *do ut facias*, ou autres semblables, dont nous allons parler incessamment. Nous en pouvons signaler plus d'un exemple dans les textes; l'action donnée alors est l'action *præscriptis verbis*, quelquefois même une action *utilis* (4). Mais toutes ces datations ou traditions ne sont pas celles du *mutuum*, contrat de droit strict, qui a ses règles déterminées, et dont l'action ne peut s'étendre, suivant le droit civil, en dehors de ces règles.

1587. Pour le contrat *verbis*, en fait, le pacte joint *in continenti* se distingue bien nettement du contrat lui-même : le contrat est compris en totalité dans les paroles de l'interrogation et de la réponse; le pacte est en dehors de ces paroles. Nous trouvons, à ce sujet, dans une loi du Digeste, restée fameuse, une opinion

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 3. f. Pomp.; 7. f. Ulp.; 22. f. Julian. — (2) *Ibid.* 11. § 1. f. Ulp. — 2. 14. *De pactis.* 17. pr. f. Paul. — Cod. 4. 30. *De non num. pec.* 9. const. Diocl. et Maxim. — (3) Dig. 2. 14. *De pactis.* 48. f. Gai. — (4) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 19. pr. f. Julian., pacte d'affranchissement joint à la datation d'un esclave. — Cod. 2. 3. *De pactis.* 7. const. Anton., pacte joint à la livraison d'une hérédité; — *Ibid.* 10. const. Alex., pacte joint à une datation d'argent en dot.

soutenue par Paul, dans une discussion qu'il rapporte comme ayant eu lieu dans l'auditoire de Papinien, à propos d'un écrit constatant des stipulations et un pacte fait immédiatement après : à savoir, que de pareils pactes doivent être considérés comme compris dans la stipulation (*Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*); et quoique cette assertion de Paul n'eût pas été émise sans contradiction, néanmoins le pacte en question, qui restreignait du reste l'obligation résultant des stipulations précédentes, fut considéré comme obligatoire (1). — Paul exprime la même opinion dans un autre fragment, à propos d'une stipulation pure et simple, mais suivie immédiatement du pacte, que tant que les intérêts seront payés le capital ne pourra être demandé; il considère ce pacte, qui du reste restreint encore l'obligation du débiteur, comme s'il avait été exprimé dans la stipulation elle-même (*conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset*) (2). — Aussi nous trouvons dans un fragment d'Ulpien que si, à une interrogation de donner à terme ou sous condition, le promettant a répondu qu'il donnera à un autre terme, ou purement et simplement, il n'est pas lié; qu'en effet soit qu'il y ajoute, soit qu'il en retranche quelque chose, l'obligation s'en trouve viciée : à moins, dit le jurisconsulte, que la divergence de sa réponse n'ait été agréée immédiatement par le stipulant, car alors on considérera le fait comme si une autre stipulation avait été contractée (3). C'est sur ces lois que se fondent ceux qui pensent que, soit qu'ils retranchent, soit qu'ils ajoutent à l'obligation, les pactes joints immédiatement aux contrats de droit strict (il faudrait dire, au moins, uniquement à la stipulation) sont censés en faire partie. — On a bien invoqué encore une constitution de Dioclétien, mais étrangère véritablement à notre question, car il s'y agit d'une stipulation qui a été faite précisément pour donner force à un pacte (*quæ placiti servandi causa secuta est*) (4). Tout ceci, du reste, est la conséquence même du relâchement qui s'était graduellement introduit relativement à l'exigence de la prononciation des paroles, et des facilités qu'une interprétation favorable donnait de plus en plus à cet égard (ci-dess., n° 1244, 1360 et 1399).

1588. Enfin, pour le contrat *litteris*, la distinction est encore

(1) Dig. 12. 1. *De reb. cred.* 40. f. Paul. — (2) Dig. 2. 14. *De pactis.* 4. § 3. f. Paul. — (3) « Nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit : tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. » Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. § 3. fr. Ulp. — (4) Cod. 2. 3. *De pactis.* 27. const. Dioclet. et Maximian. : « Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta est : seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat. » Cujas suppose ingénieusement qu'il s'agit ici de l'écrit, de l'*instrumentum* fait pour constater l'opération, dans lequel il est indifférent que le pacte ait été rapporté avant ou après la mention de la stipulation qui est intervenue pour le confirmer. C'est là une hypothèse parfaitement en harmonie avec les habitudes romaines, mais qui n'est cependant pas indispensable pour expliquer la loi.

plus tranchée, et l'on ne peut douter que les pactes, quoique faits *in continenti*, ne fussent en dehors de ce contrat.

1589. Après ces détails, nous pouvons nous résumer, et nous en concluons : que le caractère du droit romain et les règles spéciales de ce droit sur la manière dont naissent ou s'éteignent les obligations *stricti juris*, s'opposent à ce que des pactes joints, soit *ex continenti*, soit *ex intervallo*, à des contrats de cette nature prennent la force du contrat; que le contraire n'a lieu que dans les cas où ces pactes forment des clauses qui sont substantielles dans le contrat lui-même et sont destinées à le régler; ou bien dans les cas où il est possible de trouver dans les principes mêmes du contrat un moyen favorable pour valider le résultat; que la décision de Paul et celle d'Ulpie, spéciales d'ailleurs à la stipulation, ne sont que des exemples de ces interprétations favorables, qu'un indice de la tendance qu'avait, déjà, de leur temps, la jurisprudence à faire prévaloir l'intention des parties sur le formalisme rigoureux du droit primitif et à tenir les paroles pour prononcées ou à en dispenser lorsqu'elles ne l'avaient pas été (ci-dessus, n° 1399); mais qu'en somme la théorie des pactes joints *in continenti* et compris par cela même dans l'action des contrats, n'était formulée positivement par les jurisconsultes romains qu'en matière de contrat de bonne foi (voir les citations ci-dessus, n° 1580 et 1582); tandis qu'en matière de contrats de droit strict, la règle générale restait : à savoir, que soit qu'ils fussent ajoutés *ex continenti*, soit qu'ils le fussent *ex intervallo*, ils produisaient des exceptions, mais non des actions; en observant encore que dans cette matière les exceptions avaient besoin d'être demandées au prêteur et insérées par lui dans la formule.

1590. L'idée de la cause des obligations n'est pas formulée en droit romain d'une manière principale et bien précise : cependant, elle s'y trouve, tant en réalité qu'en expression, mais avec son caractère particulier (1). Ce que les jurisconsultes romains appellent la cause civile (*causa civilis*) d'une obligation, c'est-à-dire la cause selon le droit civil : dans les contrats *re*, c'est la dation ou la livraison de la chose; dans les contrats verbaux, ce sont les paroles; dans les contrats littéraux, c'est l'écriture en la forme consacrée; dans les quatre contrats du droit des gens, elle est moins matérialisée. Mais la jurisprudence n'en est pas restée là. Si un simple pacte, une convention non obligatoire, mais contenant des promesses réciproques, a eu lieu, et que l'une des parties ait volontairement exécuté ce qu'elle avait promis, les jurisconsultes romains ont vu dans cette exécution une cause d'obligation pour l'autre : nous expliquerons bientôt d'après quel principe. Le pacte suivi d'exécution de la part de l'une des parties se trouve donc

(1) Voir l'expression de *causa civilis*, et l'idée de cause, dans un fragment de Pomponius. Dig. 15. 1. De *pecul.* 49. § 2.

pourvu d'une cause d'obligation (*subest causa*), et il devient, en conséquence, un contrat que l'on peut dire formé *re*, dans le sens général de cette expression (voir ci-dessus, n° 1205). Les quatre contrats *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*, ne sont donc pas les seuls contrats formés *re* : il s'en ouvre une série innombrable, autant qu'il peut y avoir, dans l'imagination et dans l'intérêt des parties, de conventions avec engagements réciproques.

1591. Mais nous voyons que les jurisconsultes romains ont dit des véritables contrats du droit civil, ayant chacun une existence propre, une nature distincte et des effets à eux, qu'ils ne restent pas dans la dénomination générique de convention, mais qu'ils passent sous la dénomination propre d'un contrat : « In suo nomine (*conventionis*) non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus; ut emptio venditio, conductio, societas, commodatum et ceteri similes contractus (1). » Tandis qu'on n'en peut pas dire autant des pactes devenus contrats par suite d'une exécution. Quand même ces derniers contrats auraient reçu, dans la langue, une désignation particulière, comme, par exemple, l'échange (*permutatio*), mot qui désigne, à vrai dire, plutôt la mutation de propriété elle-même, que la convention d'effectuer cette mutation, ils n'en restent pas moins tous confondus dans une seule et même classe et régis par les mêmes principes. De là est venu l'usage de les qualifier, dans la doctrine des interprètes : les premiers, de contrats nommés (*nominati*); et les seconds, de contrats innommés (*innominati contractus*).

1592. Ces contrats se ramènent tous à l'une des opérations ainsi résumées par le jurisconsulte Paul : « *Do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias* (2), » en prenant l'expression *facere*, dans le sens le plus large, pour toute prestation. On voit, par cette formule, qu'il s'agit toujours ici d'un premier fait exécuté : « *do, facio.* »

1593. La jurisprudence romaine n'est pas arrivée tout d'un coup, sans hésitation, sans divergence entre les jurisconsultes, ni d'une manière uniforme pour tous ces pactes, à sanctionner l'obligation qu'y faisait naître l'exécution ou le commencement d'exécution de la part de l'une des parties; ni même à déterminer avec précision quelles étaient les obligations ainsi engendrées. Il était impossible qu'il n'y eût pas là-dessus des incertitudes, des décisions variées, suivant les détails particuliers de chaque espèce,

(1) Dig. 2. 14. De *pactis*. 7. § 1. f. Ulp. Le jurisconsulte continue ainsi : « § 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, *subsistit tamen causa* : eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem : ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc *συνάλλαγμα*, id est, contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem, etc. — § 4. Sed, cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. » —

(2) Dig. 19. 5. De *præscriptis verbis et in factum actionibus*. 5. pr. f. Paul. — V. *Théorie des contrats innommés*, par notre collègue M. ACCARIAS, 1866, in-8^o.

au milieu de cette multitude de conventions indéfinies, susceptibles de s'accommoder à toutes les situations, à tous les intérêts, à toutes les volontés possibles de ceux qui les formaient, sous la seule restriction qu'elles n'eussent rien d'impossible, d'illicite ni de déshonnête. Aussi, même dans les recueils de Justinien, où l'harmonie devait être faite, est-ce une des parties du droit dans lesquelles on se trouve embarrassé par des décisions qui y paraissent encore divergentes ou contradictoires.

1594. Un point commun à tous ces pactes, c'est que du moment que l'un de ceux qui ont fait la convention l'a exécutée ou a commencé à se mettre en frais pour l'exécuter, s'il était libre à l'autre de rompre l'affaire et de s'en tenir là, il arriverait de deux choses l'une, ou que celui-ci se trouverait injustement enrichi du bien d'autrui, ou qu'il aurait occasionné par son manque de foi un préjudice à autrui : or la jurisprudence civile n'admettait ni l'un ni l'autre de ces résultats. Ce n'est pas ici du droit prétorien, c'est du droit civil des jurisprudents. Le principe de l'obligation dans les contrats *re* que nous examinons, c'est que nul ne doit s'enrichir injustement du bien d'autrui, nul ne doit par sa faute porter préjudice à autrui. Mais en quoi consistera l'obligation et comment sera-t-elle sanctionnée ?

1595. Toutes les fois que l'exécution faite par l'une des parties consistera dans la dation de quelque chose (*datio*), ou dans l'extinction de quelque droit susceptible de rétablissement, par exemple d'une créance amortie par acceptilation (1), la jurisprudence civile offre à celui qui a exécuté la convention, l'autre ne l'exécutant pas de son côté (*re non secuta*), une action pour se faire rétablir dans sa propriété aliénée ou dans son droit éteint, dont il se trouverait privé sans cause, la *condictio causa data causa non secuta*, nommée aussi *condictio ob causam datorum*. Le Digeste et le Code contiennent chacun un titre spécial consacré à cette sorte de condictio (2). L'obligation sanctionnée par cette action est tout simplement celle de rendre ce qui a été reçu.

1596. Mais dans tous les cas qui restent en dehors des précédents, par exemple lorsqu'il s'agit de faits accomplis, de dépenses faites, de pertes essuyées par l'une des parties, en exécution de la convention (*facio ut des* ou *facio ut facias*), il devient impossible d'appliquer la condition dont nous venons de parler : comment faire alors restituer le profit ou réparer le préjudice ? — D'ailleurs, plus généralement encore, et pour tous les cas, n'est-il pas convenable d'aller plus loin que cette obligation de restituer ou de réparer, ne faut-il pas donner quelque force au

(1) Dig. 12. 4. *De conductione causa data causa non secuta*. — Voir, pour ce qui concerne la créance éteinte par acceptilation, les fragments 4 et 10 d'Ulpien et de Javolenus, à ce titre. — (2) Cod. 4. 6. *Ob causam datorum*.

pacte, en ce sens que l'un ayant exécuté, l'autre serait tenu d'exécuter à son tour ?

1597. C'est ici que la jurisprudence paraît avoir tâtonné et n'être arrivée qu'avec des variantes au but proposé. Les jurisconsultes cherchent avant tout si la convention bien examinée en elle-même ne peut pas être assimilée à quelqu'un des contrats reconnus par le droit civil, vente, louage, mandat, société, commodat ou autre semblable, de telle sorte qu'on puisse la sanctionner par les actions de ce contrat, ou si elle s'en sépare trop pour que cette assimilation puisse être faite. La plupart des fragments des jurisconsultes portent l'empreinte de cette première préoccupation (1). Nous savons, par divers exemples, que la doctrine des Sabinieniens était de se montrer faciles dans cette assimilation, afin de suppléer par l'analogie au manque de sanction. Cependant, même ces analogies imparfaites, auxquelles se refusaient les jurisconsultes de l'autre école, leur manquaient dans un très-grand nombre de cas. Certains vestiges, au Digeste et au Code de Justinien, nous font voir qu'ils étaient portés alors à suppléer à la lacune au moyen de l'action de dol (2), laquelle, par sa nature, ne doit se donner que lorsqu'il n'y en a aucune autre.

1598. Un autre moyen cependant était imaginé et finit par prévaloir dans la jurisprudence, celui de mettre à la disposition de la partie ayant exécuté le pacte une action, non pas prétorienne, mais action de droit civil (*civilis actio*) (3) ; dans laquelle la prétention du demandeur est indéterminée (*qua incertum petimus*), d'où la qualification de *incerta civilis actio* (4) ; mais qui, étant commune à tous les contrats innommés quelconques, n'a pas de nom spécial pour chacun de ces contrats, et que l'on désigne sous les dénominations, tantôt seules et tantôt réunies, de *actio in factum*, ou *præscriptis verbis* (5). Dénominations qui ne signifient rien autre, si ce n'est que, comme il s'agit de contrats n'ayant pas en droit de nom propre, mais formés seulement par les faits qui ont eu lieu, le prêteur dans la première partie de la formule, la *demonstratio*, les désigne au juge par l'énoncé préliminaire de ces faits : « *Actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat*, » dit fort clairement et fort laconiquement une constitution d'Alexandre (6) ; puis, dans l'*intentio*,

(1) Voir notamment, Dig. 19. 3. *De æstimatoria*, 1. f. Ulp. — Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis*, 1. f. Papin. ; 5. § 4. f. Paul. ; 13. f. Ulp., et bien d'autres encore. — (2) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis*, 5. §§ 2 et 3. f. Paul., d'après Julianus. — Cod. 2. 21. *De dolo malo*, 4. const. Diocl. et Maxim. — (3) Dig. 19. 5. 1. § 2. f. Papin. ; 15. f. Ulp. — Cod. 2. 4. *De transact.* 33. const. Dioclet. — (4) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis et in factum actionibus*, 6. f. Nélat. — Cod. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis*, 6. const. Dioclet. et Maxim. — (5) Dig. *Ibid.* 22. f. Gai. : « *In factum, id est præscriptis verbis.* » — V. *De l'action præscriptis verbis*, par notre collègue M. DESJARDINS, 1866, br. in-8°.

(6) Cod. 2. 4. *De transact.* 6. const. Alexand. — Nous verrons plus tard