

venaient ces expressions générales, qui posaient une question de droit civil (*in jus concepta*), sans limitation déterminée (*incerta*), « QUIDQUID OB EAM REM... DARE FACERE OPORTET. » — Cette action *præscriptis verbis*, n'a-t-elle été imaginée par les prudens qu'après celle de dol? L'intervalle, dans tous les cas, n'aurait pas été long : celle de dol, nous le savons, date de l'époque de Cicéron (ci-dess., n° 1423, note 1); or, quant à l'action *præscriptis verbis*, nous voyons par divers fragments au Digeste, dans lesquels Labéon est d'avis de la donner, qu'elle était en usage au temps de ce jurisconsulte (1). Il ne faudrait pas croire, non plus, que les Sabinieniens en répudiassent toujours l'emploi; car nous la voyons donnée aussi, en plusieurs hypothèses, par Javolenus, par Julien, par Gaius, qui appartiennent à cette école (2).

1599. Que pouvait réclamer le demandeur par cette action *præscriptis verbis*, et quel était le sens que devait y recevoir en droit (*in jus*) cette *intentio* indéterminée : QUIDQUID OB EAM REM... DARE FACERE OPORTET? L'idée que le demandeur pût réclamer l'exécution du pacte n'est peut-être pas venue dès l'abord aux jurisconsultes romains, puisque ce pacte considéré en lui-même n'est pas obligatoire, et que l'obligation naissant de l'exécution qu'en a faite l'une des parties a été fondée, avant tout, sur le principe que nul ne doit par son manque de foi s'enrichir du bien ou profiter du fait d'autrui, ni occasionner des pertes à autrui : de telle sorte que l'emploi de l'action *præscriptis verbis* n'a été suggéré qu'à cause de l'insuffisance de la condiction *causa data causa non secuta*, laquelle ne pouvait jamais servir pour la réparation des pertes et ne le pouvait pas toujours pour la restitution des profits. Aussi voyons-nous dans un exemple donné par Paul que ce que le demandeur obtiendra par l'action *præscriptis verbis*, ce sera la réparation du préjudice que lui a occasionné l'exécution déjà faite par lui (3); et nous trouvons encore la même trace dans un passage du même Paul, qui, même en ce qui concerne l'échange, semblerait nier que le demandeur pût avoir action pour l'intérêt qu'il aurait eu à recevoir la chose qu'il était convenu qu'on lui donnerait en échange (4). Paul, en cela,

que les expressions *in factum concepta* appliquées aux formules avaient un sens différent, qu'il ne faut pas confondre avec celui-ci.

(1) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis*, 1. § 1. f. Papin.; 17. § 1; et 19. f. Ulp. — (2) *Ibid.* 3. 5. § 2; et 13. § 1. f. Julian. — 10. f. Javolen. — 22. f. Gai. — (3) Dig. 19. 5. *De præscr. verb.* 5. § 5 : « Quanti interest mea, servum habuisse, quem manumisi. » — (4) D. 19. 4. *De rer. permutat.* 1. § 4. f. Paul. : « Non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse de qua convenit : sed ut res nostra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta. » — Voyez la même doctrine dans Gelse, qui, à propos de la convention : « Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares, » recherche s'il y a, pour celui à qui l'argent a été déjà donné, quelque autre obligation que celle de le restituer : « An nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta, » négative pour laquelle il se déclare plus porté : « In quod proclivior sum. » (Dig. 4. 5. *De condict. caus. dat.* 16.)

est en contradiction avec lui-même (1), et avec la doctrine qui avait fini par prévaloir bien généralement à l'égard de l'échange. Ce qui nous prouve, d'une part, les hésitations des jurisconsultes, et d'autre part, les changements de signification qu'ont pu subir, dans la collection du Digeste, leurs opinions données par fragments souvent divisés et quelquefois altérés.

Quoi qu'il en soit, à part ces hésitations et quelques espèces dans lesquelles la variété de la décision se justifie par la variété des faits, l'interprétation passée en doctrine commune de ces mots QUIDQUID OB EAM REM... DARE FACERE OPORTET dans l'action *præscriptis verbis*, c'est que la condamnation devra comprendre l'intérêt qu'avait le demandeur qui a exécuté le pacte à ce que l'autre partie l'exécutât de son côté : « ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere (2); de manière à faire observer la foi due au pacte « vel fides placiti tibi servetur (3). » — Il est alors arrivé que dans tous les cas où pouvait s'appliquer la condiction *causa data causa non secuta*, le demandeur, trompé par l'inexécution du pacte qu'il a exécuté de son côté, a eu le choix entre deux actions : ou celle en restitution de ce qu'il a donné (*condictio causa data causa non secuta*), ou celle en dommages-intérêts pour l'inexécution (*actio in factum præscriptis verbis*) : « vel fides placiti tibi servetur; vel quod dedisti... causa non secuta restitatur (4). » Dans les cas auxquels ne peut s'appliquer la condiction, il n'a que l'action *præscriptis verbis*.

1600. Mais lorsque cette condiction était applicable, quels étaient les faits qui y donnaient ouverture? quel était le moment à partir duquel celui qui avait donné quelque chose en exécution d'un pacte pouvait réclamer ce qu'il avait donné *quasi re non secuta*? — Si l'on adopte pour point de départ ce principe, que le pacte en lui-même n'est pas obligatoire, et que l'obligation naissant de l'exécution faite par l'une des parties n'a pour essence première que de faire restituer ce qui ne saurait être retenu indûment, on sera amené à conclure de là que celui qui a donné quelque chose en exécution d'un pacte, tant que l'autre partie n'a rien fait de son côté pour l'exécution qui la concerne, peut changer d'avis et répéter ce qu'il a donné. Plusieurs textes portent l'indice de cette manière d'envisager l'opération; la condiction y apparaît comme existant dès le principe, et ne cessant que par l'exécution de la convention de la part de celui qui a reçu (*causa secuta, repetitio cessat*) (5); s'il s'agit d'une convention de ne pas faire quelque chose, par exemple *ne ad judicium iretur*, tant qu'il n'y a pas eu contravention à la prohibition convenue la *condictio* dort (*condictio cessat quandiu non itur*), mais elle s'éveille dès qu'il

(1) D. 19. 5. *De præscr. verb.* 5. § 1. f. Paul. — (2) Dig. 19. 5. *De præscr. verb.* 5. § 1. f. Paul. — (3) Cod. 4. 64. *De rer. permut. et præscr. verb.* 4. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Voir les deux mêmes citations qui précèdent. — (5) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 1. pr. f. Ulp.

ya eu contravention (1). Enfin, plus clairement encore, un certain nombre de fragments insérés au Digeste attribuent formellement à celui qui a donné, le droit de se repentir (*aut si me peniteat; nisi peniteat; si penituerit; sed cum liceat penitere ei qui dedit*) (2), et de répéter la chose qu'il a donnée, tant qu'il n'y a rien en encore de fait de la part de l'autre partie. C'est ce qui a été nommé, dans la doctrine des commentateurs, *jus penitendi*. — Cependant, on a fait remarquer ingénieusement que tous les textes dans lesquels il est question de ce repentir ne sont relatifs qu'à des pactes ayant de l'analogie avec le mandat, avec la société, ou se liant à quelque intention de libéralité non réalisée : toutes choses sur lesquelles il est permis de revenir; mais on s'est refusé à admettre qu'il en fût ainsi dans les pactes qui n'ont pas ce caractère, et notamment dans la convention d'échange. Ici, pour appliquer à l'affaire la qualification de *res non secuta*, il faudrait ou qu'il y eût eu contravention au pacte, ou impossibilité d'exécution future, ou mise en demeure par quelque sommation restée sans effet (3). — Comme doctrine destinée à régir les affaires, dans les pays où le droit romain a conservé son autorité, les interprètes ont dû tenir à faire prévaloir celle-ci, qui est plus équitable et plus en harmonie avec les idées modernes. Historiquement, les Romains n'y sont arrivés, sans doute, qu'à mesure qu'ils ont donné à l'action *præscriptis verbis* sa dernière extension, *ut fides placiti servetur*. Tenant alors la partie qui a reçu pour obligée d'exécuter le pacte, ils n'ont pas dû la laisser à la discrétion de l'autre, qui serait libre, par un simple changement d'avis, de rompre ce pacte en redemandant sa chose, ou d'en réclamer les effets. Il y aurait eu là une situation inégale blessant l'équité. Nous pouvons reconnaître par une phrase d'Ulpien que les jurisconsultes romains ne voulaient pas que la *penitentia* pût faire tort à celui contre qui elle était exercée : « *penitentia non facit injuriam* (4). » Je ne vois pas qu'il y eût rien ici d'organisé juridiquement pour ces sommations ou mises en demeure dont on parle; mais le juge, chargé par la formule même de la condition d'examiner s'il y avait *res* ou *causa non secuta* (5), devait apprécier et juger cette question suivant la diversité des faits.

(1) *Ibid.* 3. pr. et § 1. f. Ulp. — (2) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 3. §§ 2 et 3. f. Ulp.; 5. pr. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (3) V. à l'appui de cette manière de voir, Dig. 19. 4. *De rer. permut.* 1. § 4. f. Ulp. : « Si alter rem nollit tradere. » — Cod. 4. 64. *De rer. permut.* 5. const. Diocl. et Maxim. : « Præses provinciæ placitis eum parere jubebit. » — Ces textes ne sont pas cependant aussi concluants qu'on veut bien le dire; rien n'y indique que le demandeur eût changé d'avis et réclamât le *jus penitendi*. — (4) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 5. § 2. f. Ulp. — (5) La formule devait être à peu près celle-ci : « Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio centum dedisse, causa data causa non secuta, quanti ea res erit n. n. a. a. condemnato; si non paret, absolvito. »

1601. C'était aussi d'après la diversité des faits, l'analogie plus ou moins éloignée du pacte avec tel contrat ou avec tel autre, que se jugeait la question des risques; c'est-à-dire la question de savoir si, après l'exécution faite par l'une des parties, l'exécution de l'autre étant devenue impossible sans la faute de celui-ci, soit par la perte fortuite de la chose, soit de toute autre manière, la condition *causa data causa non secuta* ou l'action *præscriptis verbis* pouvaient néanmoins avoir lieu, ou si elles ne le pouvaient plus. La question ne saurait être résolue d'une manière uniforme, par cette constitution de Dioclétien, que nous lisons au Code : « Pecuniam a te datam, si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est (1); » et nous trouvons, chez les jurisconsultes romains, des décisions variées suivant la variété des espèces (2).

1602. L'action *præscriptis verbis* était de bonne foi; la formule, dans la mission donnée au juge, contenait adjonction de ces paroles : « EX BONA FIDE. » Les Instituts de Justinien nous le disent pour deux cas d'application de l'action (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, § 28); et il y a des raisons suffisantes de croire qu'il en était de même dans tous. L'origine de l'action, son but *ut fides placiti servetur*, sa nature indéfinie, le rapprochement d'un grand nombre des pactes avec les contrats du droit des gens, et enfin cette réflexion d'Ulpien, qui est applicable à tous, quoique faite à l'occasion d'un seul : « Est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide (3), » ne doivent laisser aucun doute à cet égard.

1603. Une singularité, suivie encore au temps de Paul, dont la trace se retrouve en une constitution de Dioclétien, c'est qu'à l'égard des pactes *facio ut des*, la jurisprudence ancienne refusait d'admettre l'action civile *præscriptis verbis*, et comme il n'y en avait aucune autre, elle donnait alors l'action de dol (4). L'action de dol étant infamante, voulait-on que cette action fût employée contre un manque de foi plus grave en cette sorte de pactes (5)? Ce qu'il y a de certain, c'est qu'on trouve dans les Instituts de Justinien (6) l'hypothèse de *facio ut des* donnant ouverture à l'action *præscriptis verbis*.

(1) Cod. 4. 6. *De condict. ob caus. dat.* 10. const. Diocl. et Maxim. — (2) Dig. 12. 4. *De condict. caus. dat.* 3. §§ 3 et 4; 5. § 3. f. Ulp.; 16. f. Cels. — 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 1. f. Paul.; 17. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 19. 3. *De astimatoria.* 1. pr. f. Ulp. — (4) Dig. 19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 3. f. Paul. — Cod. 2. 21. *De dolo malo.* 4. const. Dioclet. et Maxim. — (5) *Do ut des, do ut facias*, la chose donnée peut se répéter, il y a la condition, je ne suis pas livré à votre discrétion; — *facio ut facias*, les deux parties sont sur le même pied, l'une ou l'autre peut commencer à faire; — mais *facio ut des*, et lorsque j'ai fait l'acte, les démarches, les services ou le travail convenus, chose irrévocable, pour la récompense de laquelle je suis maintenant à votre discrétion, vous me refusez la chose convenue en retour, la mauvaise foi est plus grave, action de dolo malo. — (6) Inst. 3. 24. § 1.

1604. Après ces notions générales sur les contrats innommés, il est bon de signaler quelques-uns de ces contrats, qui avaient plus particulièrement attiré l'attention des jurisconsultes romains.

Le contrat estimatoire (*de æstimato*) est de ce genre. Ici une personne reçoit une chose avec estimation, en se chargeant de la vendre et d'en tenir compte, après vente, au prix d'estimation convenu, quel que soit celui qu'elle en aura retiré; ou bien de la rapporter si elle n'a pu parvenir à la vendre. — Après discussion, dans la jurisprudence, pour savoir s'il est possible d'assimiler cette convention à une vente, à un mandat ou à un louage de service, il est reconnu qu'elle a un caractère particulier; que l'obligation y est engendrée seulement *re*, et qu'on y appliquera l'action *præscriptis verbis*, qui prend ici la qualification particulière de *æstimatoria*, ou de *æstimato* (1). C'est une de celles dont Justinien nous dit textuellement qu'elle est de bonne foi (ci-dess., n° 1602). La question des risques s'y résout diversement suivant les circonstances, et notamment suivant que l'initiative de la convention est venue de l'une ou de l'autre des parties (2).

1605. L'échange, dont le nom latin, *permutatio*, emporte l'idée de la mutation de propriété effectuée, n'est également qu'un contrat de cette nature, formé, non par le consentement seul des parties, mais par la dation d'une chose pour qu'une autre soit donnée en retour : « *do ut des.* » Tout ce que nous venons de dire des contrats innommés en général, tant par rapport à l'action *præscriptis verbis* qu'à la *condictio*, s'y applique. On voit par là combien l'échange diffère de la vente dans ses effets et dans les actions qui en résultent. Il faut remarquer encore comme différence saillante que, dans l'échange, la convention entre les parties est de se transférer réciproquement la propriété : « *do ut des; — utriusque rem fieri oportet.* » ce qui n'a pas lieu pour la vente. De telle sorte que si l'un des contractants a livré une chose qui n'était pas à lui, il n'y a pas eu permutation. « *Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem;* » et celui qui a reçu ainsi la chose d'autrui peut immédiatement répéter la sienne par la *condictio*, ou agir en dommages-intérêts par l'action *præscriptis verbis* (3). Cette action *præscriptis verbis quæ ex permutatione competit* est encore une de celles que Justinien nous dit textuellement être de bonne foi (ci-dess., n° 1602).

1606. On peut ranger encore dans la classe des contrats formés *re* le cas de précaire (*precarium*) : cependant avec quelques distinctions. Les Romains appelaient *precarium* l'objet même qui, sur les prières d'une personne, lui était concédé gratuitement

(1) DIG. 19. 3. *De æstimatoria*. — (2) *Ibid.* 1. § 1. f. Ulp. — 19. 5. *De præscript. verb.* 17. § 1. f. Ulp. — (3) DIG. 19. 4. *De rerum permutatione*. — CON. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis*. — 19. 5. — *De præscript. verb.* 5. § 1. f. Paul.

en usage, tant qu'il plairait au concédant de le lui laisser : « *Precarium est quod precibus petentis utendum conceditur (tamdiu) quamdiu is qui concessit patitur* (1). » Ce fait d'une prière, d'une demande faite par le concessionnaire, ou par quelqu'un soumis à sa puissance, est ici caractéristique, quoique non indispensable : *precario rogare*, *precarii rogatio* sont des termes consacrés et sans cesse reproduits (2); c'est de là que vient le nom de *precarium*. La condition essentielle de cette concession, c'est que l'objet remis à précaire sera restitué dès que le voudra le concédant (*precarium revocare volenti competit*) : à tel point qu'eût-il même assigné un terme à sa concession, il n'en aurait pas moins le droit de redemander la chose avant ce terme, dès qu'il désirerait la ravoir (3).

1607. Cette convention, même suivie de la tradition, n'était pas rangée, chez les Romains, au nombre des contrats déterminés par le droit civil. Elle prenait son origine dans le droit des gens (*quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit*) et avait de l'analogie avec le *commodat* (*et est simile commodato*); mais le droit civil ne l'avait pas accueillie au nombre des contrats, ni investie d'une action spéciale, comme il avait fait pour le *commodat*. C'était le prêteur qui avait pourvu à la sanction de cette convention, en donnant au concédant un interdit, l'interdit *de precario*, pour se faire restituer la chose par lui concédée, dès qu'il le voudrait (4). Aussi quelques personnes rangent-elles, à cause de cela, le précaire au nombre des pactes prétoriens. — Néanmoins, comme l'obligation principale du précaire était de rendre, cette obligation ne pouvait naître qu'à la suite de la tradition de la chose, et comme cette tradition pouvait paraître constituer par elle-même une cause civile d'obligation formée *re*, suivant la voie équitable dans laquelle était entrée la jurisprudence, on finit par admettre que le concessionnaire était obligé civilement, et par donner contre lui, au concédant, l'action *præscriptis verbis*, pour obtenir la restitution : « *Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus; sed etiam præscriptis verbis actione, quæ ex bona fide oritur* (5). » D'où la classification de cette convention, par d'autres interprètes, dans le nombre des contrats innommés, formés *re*.

1608. Le droit du précaire passait aux héritiers du concédant; mais non à ceux du concessionnaire, la liberté étant toute personnelle : « *Precarlo rogatio et ad heredem ejus qui concessit, transit; ad heredem autem ejus qui precario roga-*

(1) DIG. 43. 26. *De precario*. 1. pr. f. Ulp. — (2) *Ibid.* 2. § 3; 4. § 2; et 8. f. Ulp. — PAUL. Sent. 5. 6. §§ 11 et 12. — (3) *Ibid.* 2. § 2. f. Ulp.; et 12. pr. f. Cels. — (4) *Ibid.* 2. pr. f. Ulp. — (5) *Ibid.* 2. § 1. f. Ulp. — Le texte de Julien (*Ibid.* 19. § 2), qui semble assimiler la *condictio* à l'action *præscriptis verbis*, est évidemment altéré (lire *vel* au lieu de *id est*).

vit, non transit (1). » A un tel point que dans la rigueur du raisonnement, une fois le concessionnaire mort, le droit de réclamer la chose existait contre l'héritier en vertu des règles ordinaires sur la propriété, et sans qu'il fût nécessaire de recourir à l'interdit spécial (2).

1609. Quant aux effets de la tradition à précaire, sous le rapport, non des obligations, mais des droits réels qui en résultaient, ils avaient cela de remarquable que le concessionnaire obtenait ainsi la possession de la chose, possession véritable quoique révocable à la volonté du concédant : à moins qu'il n'eût demandé expressément la chose seulement pour la détenir et non pour la posséder (*non ut possideret, sed ut in possessione esset*) (3). Aussi l'interdit de *precario* était-il un interdit restitutoire (4).

1610. Enfin la transaction (*transactio*), lorsqu'elle n'avait pas été faite sous forme de stipulations, mais qu'elle était restée dans les termes d'un simple pacte, ne devenait obligatoire que par l'exécution ou le commencement d'exécution de l'une des parties, donnant naissance à l'action *præscriptis verbis*, et elle se range ainsi également parmi les contrats innommés (5).

Pactes munis d'action par le droit prétorien, ou pactes dits pactes prétoriens (pacta prætoria).

1611. Le prêteur a procédé, en certains cas, autrement. Il a distingué certaines conventions particulières, qu'il a rendues obligatoires par l'effet seul du consentement, en les investissant d'une action spéciale de sa création. Ces conventions sont celles qu'on nomme, dans la doctrine, pactes prétoriens (*pacta prætoria*).

1612. Au nombre de ces pactes, le plus remarquable, sans contredit, est le pacte de constitut. Une dette existant déjà, soit civile, soit prétorienne, ou même purement naturelle (6), si le débiteur, ou même un autre que lui, promettait, sans stipulation ni contrat *litteris*, mais par simple pacte, de payer cette dette préexistante, le prêteur considérait cette promesse comme obligatoire et donnait une action prétorienne pour en poursuivre l'exécution. Ce pacte est ce que les Romains nommaient *constitutum*, le constitut. Il tirait son origine d'une institution analogue du droit civil, que le prêteur avait imitée en la généralisant.

1613. En effet, l'usage des banquiers faisant le commerce de l'argent, et nommés, à cause de cela, *argentarii*, était pratiqué et sanctionné par le droit civil dès les temps anciens. Souvent le

(1) *Ibid.* 12. § 1. f. Cels. — (2) PAUL. Sent. 5. 6. § 12. — Voir néanmoins Cod. 8. 9. De *precario*. 2. const. Dioclet. et Maxim. — (3) Dig. 41. 2. De *adquir. possess.* 10. pr. et § 1. f. Ulp. — 41. 3. 33. § 6. f. Julian. — (4) Dig. 43. 26. 2. § 1. f. Ulp. — (5) Dig. 2. 15. et Cod. 2. 4. De *transactioibus*. — (6) Dig. 13. 5. De *pecun. const.* 1. §§ 6 à 8. fr. Ulp.

client, en rapport d'affaires avec un *argentarius*, lorsqu'il se trouvait débiteur de quelqu'un, menait ce créancier chez son banquier, qui payait pour son compte, ou du moins qui promettait de payer à tel jour déterminé. On appelait cela *recipere*, c'est-à-dire *recevoir jour pour le paiement*; et par exception aux règles ordinaires, cette promesse du banquier, quoique faite sans solennité, ni *verbis*, ni *litteris*, mais par simple convention, était reconnue obligatoire par la jurisprudence civile, et il en résultait une action de droit civil, nommée *actio receptitia*.

Le prêteur ne fit que généraliser cette institution, et appliquer à tous sans distinction ce qui n'avait lieu, en droit civil, que pour les banquiers, lorsqu'il établit, par son édit, que dans les cas où une personne quelconque aurait, même par simple pacte, donné, constitué un jour pour le paiement d'une dette préexistante, il ferait exécuter cette convention. De même que *recipere* signifiait *recevoir jour pour le paiement*, de même *constituere* signifiait *donner jour pour le paiement d'une dette préexistante*; et il en résulta une action prétorienne nommée *actio de constituta pecunia*; comme de la simple indication du jour donnée par le banquier naissait l'action civile *receptitia*: — sauf, entre ces deux actions, quelques différences importantes, que nous exposerons plus loin.

1614. L'indication d'un jour fixe pour le paiement était tellement de l'essence du constitut, que, s'il n'y avait eu que la simple convention de payer, sans constitution du jour, on aurait pu soutenir subtilement qu'on ne devait pas. Mais le jurisconsulte Paul nous enseigne que, dans ce cas, on donnera un léger délai, de dix jours au moins (1).

1615. Le texte même de l'édit, sur cette institution prétorienne, nous est conservé en majeure partie, dans les fragments du Digeste (2). « Hoc edicto, dit Ulpien, prætor favet naturali æquitati, qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam grave est fidem fallere (3). »

Maintenant, si nous voulons rechercher quelle était l'utilité ou la portée de cette innovation du prêteur, nous la trouverons plus grande qu'elle ne le paraît à la première vue. Disons d'abord que cette promesse par simple pacte de payer la dette préexistante ne changeait rien à l'existence de cette dette; elle ne formait pas une nouvelle obligation éteignant la première et s'y substituant; mais c'était une obligation nouvelle et concomitante, qui laissait subsister la première telle quelle (4). Seulement le paiement devait éteindre les deux à la fois: « *Solutio ad utramque obligationem*

(1) Dig. 13. 5. De *pecunia constituta*. 21. § 1. f. Paul. — (2) *Ibid.* 1. § 1.; et 16. § 2. f. Ulp. — Cod. 4. 18. De *constituta pecunia*. — (3) Dig. *Ibid.* 1. pr. f. Ulp. — (4) Suivant notre savant collègue M. BODIN (*Du pacte de constitut.*, *Revue de droit français et étranger*, tom. XII, p. 209 et suiv.), il pouvait y avoir, d'après l'intention des parties, une sorte de novation prétorienne.

proficit (1). — Cela posé, si l'on suppose que la première fût une obligation reconnue par le droit civil, ou même seulement par le droit prétorien, et déjà munie, par conséquent, d'une action, le constitut fait par le débiteur lui-même, sauf l'avantage d'avoir deux actions, souvent de nature diverse, au lieu d'une, ne présentera de notable utilité qu'autant que les parties auront apporté dans ce pacte de paiement quelques modifications à ce qu'exigerait l'obligation préexistante. C'était, en effet, ce qui pouvait avoir lieu et ce qui devait le plus fréquemment se rencontrer en cas pareil (2). Mais si l'on suppose que la première obligation ne fût qu'une obligation naturelle, provenant, par exemple, elle-même d'un simple pacte, et par conséquent dépourvue d'action, le constitut, ou pacte de paiement, vient donner au créancier l'action qui lui manquait. De telle sorte qu'en définitive c'est le moyen d'obtenir en deux fois, c'est-à-dire en deux pactes, ce qu'on ne pourrait obtenir en un seul (3). — Enfin, dans tous les cas, si le constitut est fait par un tiers autre que le débiteur, il présente une grande utilité; car ce tiers se trouve obligé comme caution de la dette d'autrui, sans qu'il y ait eu de sa part ni mandat ni fidéjussion : c'est une autre espèce d'intercesseur par simple pacte. — On voit qu'en définitive le constitut est un moyen facile et ingénieux, soit de modifier par simple pacte le paiement d'une obligation même civile, soit de rendre obligatoire, par simple pacte, le paiement d'une obligation purement naturelle, soit enfin de se rendre, par simple pacte, caution de la dette d'autrui.

1616. Le constitut ne s'appliquait, dans son origine, qu'aux obligations de choses *quæ numero, pondere, mensurave consistunt*, désignées sous la dénomination générale de *pecunia*; Justinien l'a étendu à toutes sortes de choses, et il a fondu en tous points dans l'action prétorienne de *constituta pecunia* l'ancienne action civile *receptitia* (4).

1617. On compte aussi au nombre des pactes prétoriens le pacte de serment extrajudiciaire, investi par l'édit d'une action prétorienne, sur laquelle nous aurons à revenir (ci-dessous, liv. 4, tit. 6, §§ 8 et 11).

Pactes munis d'action par le droit impérial, ou pactes dits pactes légitimes (pacta legitima).

1618. Les constitutions impériales firent, à leur tour, pour certaines conventions, ce que l'édit du préteur avait fait pour quelques autres : elles les rendirent obligatoires et leur firent produire action par le seul consentement des parties. Mais, bien

(1) *Ibid.* 18. § 3. f. Ulp.; et 28. f. Gai. — (2) *Ibid.* 1. § 5. f. Ulp.; 4. f. Paul.; 3. pr. f. Ulp.; et 25. pr. f. Papin. — (3) *Ibid.* 1. § 7. f. Ulp. — (4) *Code* 4. 18. *De constitut. pecun.* 2. const. Justinian.

que ces constitutions eussent le caractère de lois et fissent partie du droit civil, les conventions ainsi sanctionnées par elles ne furent pas honorées du titre de *contrats*, dont la liste paraissait irrévocablement close; elles conservèrent la dénomination de pactes, à laquelle on fut en droit d'ajouter l'épithète de *légitimes*. Paul nous donne en ces termes la définition de ces pactes : « *Legitima conventio est quæ lege aliqua confirmatur : et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adjuvatur.* » — Dans tous les cas où ils n'ont pas été investis d'une action spéciale, une action commune à tous leur est applicable, la *condictio ex lege*. Tel est le principe énoncé par le jurisconsulte Paul : « *Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est* (1). » — Au nombre des pactes légitimes se remarquent surtout la donation (*donatio*), et le simple pacte de constitution de dot (*de dote constituenda*), dont nous avons déjà traité (tom. II, n° 573 et 584). Le pacte de compromis (*compromissum*) rentre aussi dans cette catégorie (2).

Des pactes nus (nuda pactio; pactum nudum).

1619. Hors des cas divers que nous venons de parcourir, la convention reste dépourvue d'action. Nous la voyons quelquefois qualifiée par les jurisconsultes romains de *nuda pactio, pactum nudum* (3); d'où la dénomination de pactes nus, usitée aujourd'hui. — Mais ces conventions ne sont pas restées dans la rigueur du strict droit civil, dénuées de tout effet. La jurisprudence les a reconnues comme produisant des obligations naturelles : c'est une des sources les plus abondantes de ce genre d'obligations. Il faut donc se reporter, pour la connaissance de leurs effets, à ce que nous avons déjà dit de l'obligation naturelle (ci-dessus, n° 1184). Le principal, c'est que, si l'occasion s'en présente, on pourra les faire valoir par exception. « *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (4) : *obligationem* est ici pour *actionem*). (App. 10, liv. 3.)

Conventions prohibées. — Le jeu (alearum lusus); le pari (sponsio).

1620. Certaines conventions, par des motifs de moralité, de justice, de protection spéciale accordée à certaines personnes, ou d'ordre public, avaient été prohibées dans le droit romain (5).

Tels étaient, par exemple : le pacte que le créancier gagiste,

(1) *DIG.* 13. 2. *De conditione ex lege*. 1. f. Paul. — (2) *DIG.* 4. 8 et *Code* 2. 56. *De receptis arbitris*. — (3) *DIG.* 2. 14. *De pact.* 7. § 5. f. Ulp. — *Code* 5. 14. *De pactis conventis*. 1. const. Sever. et Antonin. — (4) *DIG.* 2. 14. *De pactis*. 7. § 5. f. Ulp. — (5) *Consultatio veteris jurisconsulti*, § 4.

faute de paiement à échéance, ne pourrait pas faire vendre le gage (*ne vendere liceat*), ou que le gage lui resterait acquis sans aucune vente (*lex commissoria*) (1); les pactes ou stipulations d'intérêts au-dessus du taux fixé (ci-dessous, n° 1661 et suiv.); l'intercession des femmes, d'après le sénatus-consulte Velleïen (ci-dessus, n° 1410); les pactes dotaux contraires, soit à la destination de la dot (*functio dotis*), soit à la révérence due au mari (*contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est*) (2). De ce nombre étaient encore les conventions relatives à des jeux de hasard (*alearum lusus*) (3), et les paris (*sponsiones*) faits à l'occasion de pareils jeux (4).

1621. Les conventions faites contrairement à de telles prohibitions étaient frappées de nullité : « Pactum contra jus aut constitutiones aut senatusconsultum interpositum nihil momenti habet (5). » Soit qu'elles fussent restées dans les termes d'un pacte nu, soit qu'elles eussent été jointes à un contrat, soit qu'elles eussent été suivies d'un commencement d'exécution, soit même qu'elles eussent été revêtues des formes de la stipulation, aucun des effets dont nous avons parlé ci-dessus n'était produit. Elles ne valaient ni comme contrat *verbis*, ni comme pacte joint, ni comme contrat formé *re*, ni comme simple pacte produisant des obligations naturelles; elles ne pouvaient être invoquées ni par action ni par exception; elles n'étaient susceptibles ni d'être novées, ni d'être garanties par fidéjussion, par constitut, par hypothèque ou par aucune autre sûreté accessoire; et les conséquences du paiement ou du commencement d'exécution fait par l'une des parties étaient la répétition par la *condictio indebiti* (6).

TITULUS XXVII.

DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

TITRE XXVII.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN CONTRAT.

Après l'énumération des divers genres de contrats, traitons de ces obligations qui ne naissent pas, à proprement parler, d'un contrat, mais qui, ne prenant pas leur source dans un délit, semblent naître comme d'un contrat.

(1) Dig. 13. 7. *De pignorat. action.* 4. f. Ulp. 5 et 6. f. Pomp., et ci-dessus, tom. II, n° 601. — Cod. 8. 35. *De pactis pignorum et de lege commissoria in pignoris rescindenda*, 3. const. Constantin. — (2) PAUL. Sent. 1. 1. § 6. — Dig. 23. 4. *De pactis dotalibus*. 2 et 4. pr. f. Ulp.; 5. §§ 1 et 2. f. Paul.; 6. f. Ulp. 14 à 17. — Cod. 5. 14. *De pactis conv. tam super dote*, etc. const. 3. 6. 9 et 10. — Dig. 24. 3. *Solutio matrim.* 14. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 11. 5. *De aleatoribus*, et Cod. 3. 43. *De aleatoribus et alearum lusu*. — (4) Dig. 11. 5. 3. f. Marcian. et 19. 5. *De præscriptis verb.* 17. § 5. f. Ulp. — (5) PAUL. Sent. 1. 1. § 4. — (6) Dig. 12. 6. *De condict. indebiti*. 26. §§ 1 et 2. f. Ulp. — Cod. 4. 32. *De usuris*. 18 et 26. § 1. — Cod. 4. 29. *Ad sen. cons. Velleian.* 9. const. Gord. — Dig. 16. 1. *Ad sen. cons. Vell.* 8. § 3. f. Ulp. et 16. § 1. f. Julian. — Dig. 11. 5. *De aleat.* 4. §§ 1 et 2. f. Paul. — 19. 5. 17. § 5. f. Ulp.

1622. Nous avons déjà expliqué ces expressions : *quæ quasi ex contractu nascuntur* (n° 1198). Nous savons que, suivant la classification de l'ancienne jurisprudence romaine, les deux causes d'obligations mises nominalement en saillie sont uniquement : le contrat (*contractus*), et le délit (*maleficium* ou *delictum*); de telle sorte que, lorsque la jurisprudence a voulu classer d'autres causes qui ne rentraient ni dans l'une ni dans l'autre de celles-là, elle a dit d'elles qu'elles étaient des imitations, des figures variées de ces causes primitives (*variæ causarum figuræ*); elle les a rattachées soit au contrat, soit au délit, selon qu'elles offraient plus d'analogie avec l'un ou avec l'autre; et elle a dit que l'obligation naissait *quasi ex contractu*, ou *quasi ex delicto*. D'où l'on a fait, dans notre droit, par abréviation, les substantifs *quasi-contracts* et *quasi-délits*, pour désigner ces nouvelles sources d'obligations. Le texte, après les obligations résultant des contrats (*ex contractu*), expose celles qui naissent *quasi ex contractu*.

1623. L'obligation, comme tout droit, ici comme partout, est engendrée par un fait. Mais ce fait a cela de particulier : d'une part, qu'il ne contient aucune convention, aucun accord de volontés entre les parties sur l'obligation qu'il fait naître, de telle sorte qu'on ne peut pas dire qu'il soit un contrat; d'autre part, que ce fait étant licite, on ne peut pas dire non plus qu'il soit ni un délit, ni même la figure d'un délit. Et comme, en définitive, il se rapproche plus du contrat que du délit, c'est au contrat qu'on le rattache. — Les principaux de ces faits dont traite successivement notre texte sont : 1° la gestion des affaires d'autrui, sans mandat exprès ni tacite (*negotiorum gestio*); 2° la tutelle et la curatelle; 3° la communauté, soit de choses particulières, soit d'universalités, existant entre plusieurs, sans convention de société (*communio incidens*); 4° l'acceptation d'une hérédité; 5° et enfin le paiement fait, par erreur, d'une chose non due (*solutio indebiti*). En y regardant de plus près, on trouve cette particularité bien remarquable que le plus grand nombre de ces faits générateurs d'obligations ont leur analogie dans un contrat déterminé du droit civil, dont ils sont comme la figure. Ainsi, la gestion d'affaires, la tutelle et la curatelle sont comme des figures variées du contrat de mandat; la communauté accidentelle est comme la figure du contrat de société; enfin, le paiement, par erreur, de l'indû, est le plus souvent comme la figure du contrat de *mutuum*. Mais cette analogie plus intime ne se présente pas pour tous les cas. Et d'ailleurs, il ne s'agit jamais que d'une figure bien imparfaite, puisque le trait commun et caractéristique de ces faits, c'est l'absence de convention entre les parties. — Le principe de raison qui domine ces faits, et qui motive la plupart des obligations nées comme d'un contrat, c'est que nul ne doit s'enrichir du bien d'autrui. Cependant cet autre principe, qu'on est tenu de réparer le préjudice occasionné à autrui par sa faute, y figure aussi,