

appliqué les règles de la compensation volontairement insérée dans la formule *in jure* (ci-dess., n° 2197). — Il ne faut pas s'arrêter à cette objection, que le juge, dans la procédure extraordinaire, atteint par sa sentence la chose elle-même. Dans ce cas, évidemment la compensation ne pourra avoir lieu entre corps certains ou choses distinctes; mais souvent aussi la condamnation se résoudra en évaluations pécuniaires, et ce sera alors que le juge pourra faire la compensation. Ce qui rend la condition *ex pari specie* indispensable, ce qui en a vulgarisé l'idée dans notre droit moderne, c'est la compensation *légale*: or cette sorte de compensation est étrangère aux Romains. — L'*ex eadem causa*, par l'effet de la procédure extraordinaire, disparaît aussi des actions de bonne foi ainsi que des autres actions, puisque le juge a une compétence générale. C'est à tort que l'expression s'en trouve encore dans notre paragraphe, mais c'est à bon droit que le § 30 qui précède n'en fait plus aucune mention. — Enfin, l'extension donnée d'abord par Justin, puis par Justinien, à l'admissibilité des demandes reconventionnelles, et le pouvoir général que reçoit le juge de condamner même le demandeur, sont de nouvelles causes de grande influence sur la compensation (1).

Certaines spécialités en sont exclues exceptionnellement: telle est surtout l'action *depositi*, par respect pour la fidélité due au dépôt en ce contrat (2). De telle sorte que celui, par exemple, à qui une somme d'argent a été remise en dépôt ne pourra pas la compenser avec semblable somme dont il serait devenu créancier contre le déposant; ou bien encore, même dans le dépôt de toute autre chose, s'il y a quelque condamnation pécuniaire contre le déposant. Car ici, sous le système de procédure dans lequel la condamnation atteint la chose même, il faut bien en venir forcément à cette explication.

XL. Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

40. Si le débiteur qui a fait cession de ses biens fait ensuite quelque acquisition avantageuse, ses créanciers ne peuvent l'actionner pour ce qu'il doit encore que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire. Il serait inhumain, en effet, lui qui s'est dépouillé de sa fortune, de le condamner pour le tout.

Voir sur la cession des biens, ci-dessus, n° 2030.

TITULUS VII.

TITRE VII.

QUOD CUM EO CONTRACTUM EST QUI IN ALIENA POTESTATE EST.

DES CONTRATS FAITS AVEC DES PERSONNES SOUMISES A LA PUISSANCE D'AUTRUI.

Quia tamen superius mentionem ha-

Comme nous avons fait mention plus

(1) Cod. 7. 45. *De sent.* 14. Justin.; et NovEL. 96. c. 2. Justinian. — (2) Même paragraphe 30, ci-dessus, p. 640; et Cod. 4. 31. *De compensat.* 14. §§ 1 et 2.

buimus de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur, opus est ut de hac actione et de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

haut de l'action relative au pécule des fils de famille ou des esclaves, il est nécessaire de fixer notre attention d'une manière plus spéciale sur cette action et sur d'autres actions que l'on a coutume de donner contre les pères ou les maîtres, du chef des fils et des esclaves. Or, comme les actes faits avec les esclaves ou les fils de famille donnent lieu à l'application des mêmes principes, pour éviter les longueurs, nous ne nous occuperons que des maîtres et des esclaves, et ce qui sera dit de ceux-ci sera censé dit des pères et des fils. Car, s'il y a quelque chose de particulier qui concerne ces derniers, nous l'exposons séparément.

2201. D'après le droit civil, le chef de famille ne peut pas être obligé par les actes de ceux qu'il a en son pouvoir, tels que ses fils de famille et ses esclaves. Cependant, ni pour les obligations résultant des contrats ou comme des contrats, ni pour celles résultant des délits ou comme des délits, ce principe n'est resté absolu. Il y a été dérogé en certains points, soit par le droit prétorien, soit par le droit civil lui-même. Le titre actuel se réfère aux contrats ou quasi-contrats des esclaves ou des fils de famille, et le titre suivant à leurs délits ou quasi-délits.

2202. Pour les obligations résultant des contrats ou comme des contrats faits par les esclaves ou par les fils de famille, c'est le droit prétorien qui est venu corriger la rigueur du droit civil, et qui a créé diverses actions au moyen desquelles celui qui a fait affaire avec une personne *alieni juris* peut attaquer le chef de famille pour l'exécution des obligations qui en sont résultées. — Les motifs de raison qui servent de fondement à ces actions se réduisent, en définitive, à deux seulement: 1° l'ordre, l'autorisation donnés expressément ou indirectement par le chef de famille; 2° le profit qu'il a retiré de l'opération de son esclave ou de son fils. S'il a ordonné ou autorisé l'acte, il est juste qu'il en subisse les conséquences; s'il en a tiré profit, il est juste qu'il les subisse encore, du moins jusqu'à concurrence de ce profit. — Sur le premier de ces motifs se fondent: l'action *quod jussu*, pour le cas où le chef de famille a donné l'ordre direct et spécial; les actions *institoria*, *exercitoria*, *tributoria* et *de peculio*, pour les cas où il a donné une autorisation générale ou indirecte, soit de faire certaines opérations, comme quand il a préposé son esclave à un commerce, à la conduite d'un navire; soit d'administrer certains biens, comme quand il lui a laissé un pécule. Sur le second de ces motifs est basée l'action de *in rem verso*.

2203. Pour les obligations résultant des délits ou comme des délits des personnes *alieni juris*, c'est le droit civil lui-même qui a créé le principe des actions qui se donnent contre le chef, et

qu'on nomme actions noxales. Elles ont été basées sur cette considération, que le chef doit être obligé au moins jusqu'à concurrence de son droit de propriété sur l'individu auteur du délit.

2204. Il y a cette remarque importante à faire sur ces diverses actions, que, bien qu'elles soient dénommées et considérées dans les textes comme si chacune d'elles formait une sorte d'action particulière ayant son existence propre, cependant, au fond et à le bien prendre, la plupart d'entre elles sont plutôt des attributs, des qualités des diverses actions soit civiles, soit prétoriennes, auxquelles elles s'appliquent. Cela est vrai notamment pour les actions *institoria*, *exercitoria*, *de peculio* et *de in rem verso*. Ainsi, si l'esclave a fait, sur l'ordre de son maître, ou comme son préposé à un commerce ou à la conduite d'un navire, une vente, un achat, un louage, un emprunt, ce sont les actions *empti venditi*, *locati conducti*, ou la *condictio certi* qui devront subir la modification nécessaire pour être transformées en actions *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, et produire sous cette qualification le même résultat que les actions directes (*in solidum*); ou qui devront, s'il n'y a pas eu d'ordre ni de préposition, être données jusqu'à concurrence du pécule et de ce qui aura tourné au profit du maître (*de peculio* et *de in rem verso*). De même, si l'esclave a commis un vol, un rapt, une injure, ce sera l'action *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, qui sera donnée contre le maître, avec la qualité d'action noxale. Les commentateurs, bien qu'ils n'aient pas toujours suffisamment aperçu ou mis en saillie ce caractère particulier de ces sortes d'actions, les désignent cependant sous un nom générique qui contient quelque chose de cette idée : ils les appellent *actiones adjectivæ qualitatis*, parce que dans leur seule dénomination elles portent avec elles l'indication de leur attribut, de leur qualification spéciale. Ce nom générique est, du reste, étranger au droit romain. — On les qualifie aussi d'actions indirectes, parce qu'elles ne sont données contre le chef de famille que pour des actes qui ne viennent pas de lui directement, mais seulement des personnes soumises à son pouvoir.

2205. Nous ne connaissons pas précisément quelle était la formule de ces diverses actions, ni par conséquent quelle était la modification que le préteur faisait subir aux actions directes pour les transformer ainsi et les donner contre le maître à raison des faits de l'esclave ou du fils de famille. Toutefois, il est à remarquer que dans les premières de ces actions, c'est-à-dire dans les actions *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, la modification ne devait porter que sur les premières parties de la formule, et non sur la *condemnatio*, puisque celle-ci devait rester *in solidum*, comme si le maître avait contracté lui-même. Tandis que dans les actions *de peculio* et *de in rem verso*, ainsi que dans les actions noxales, la modification portait sur la *condemnatio*, qui subissait, dans le premier de ces cas, une restriction jusqu'à

concurrence du pécule ou de ce qui aurait tourné au profit du maître : *Duntaxat de peculio et de eo quod in rem versum est CONDEMNA*; et qui, dans les actions noxales, par l'adjonction de ces mots *AUT NOXÆ DEDERE*, présentait au défendeur l'alternative de payer ou de faire l'abandon noxal. « *In judicio adjiciam, aut noxam dedere*, » dit le préteur, pour indiquer qu'il donnera à une action le caractère d'action noxale : par exemple, *Decem aureos aut noxa dedere CONDEMNA* (1).

I. Si igitur *jussu domini* cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

I. Si quelqu'un a traité avec un esclave qui en avait reçu l'ordre de son maître, le préteur accordera contre ce dernier une action pour la totalité de l'engagement, car ici le créancier a suivi la foi du maître.

2206. *Jussu domini*. Par *jussus* il faut entendre un ordre antérieur à l'engagement contracté par l'esclave. Si cependant le maître ratifie l'engagement contracté par son esclave sans son ordre, il sera aussi soumis à l'action *quod jussu* (2), car la ratification équivaut à un mandat. Au reste, si l'esclave, en traitant, n'a été que l'instrument de son maître, si, par exemple, le maître, empruntant de l'argent, ordonne qu'on le compte à son esclave, le préteur ne donnera pas contre le maître l'action *quod jussu*, mais une *condictio* pure et simple, comme si c'était le maître lui-même qui eût reçu l'argent (3).

II. *Eadem ratione* prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum magistrum navi præposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi servum præposuerit, et quid cum eo ejus rei causa cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Ista tamen duas actiones prætor reddit, et si liberum

2. D'après le même motif, le préteur accorde deux actions tendant à la totalité, dont l'une s'appelle exercitoire, et l'autre institoire. L'action exercitoire a lieu contre celui qui a préposé à son navire un esclave, lequel a contracté un engagement relatif au poste qu'il occupe. Elle a été appelée exercitoire, parce qu'on appelle *exercitor* (armateur) celui à qui appartiennent les bénéfices journaliers d'un navire. L'action institoire a lieu contre celui qui a préposé à une boutique ou à un commerce quelconque un esclave qui a contracté un engagement relatif à l'objet auquel il est préposé. On l'appelle institoire, parce qu'on donne le nom d'*institores* à ceux qui sont préposés à quelque

(1) DIC. 9. 3. *De his qui effud.* 1. f. Ulp. — 47. 2. *De furtis.* 42. pr. 1. Paul. — 42. 1. *De re judic.* 6. § 1. f. Ulp. — Ci-dessous, tit. 17. § 1. — Et dans un grand nombre d'autres passages. — (2) DIC. 15. 4. 1. § 6. Ulp. Il est vrai que la loi 5. § 2. D. 15. 3. semble dire que, dans ce cas, le créancier n'aura que l'action *de in rem verso*; mais il faut entendre le texte en ce sens que le créancier aura, outre l'action *quod jussu*, l'action *de in rem verso* comme le dit le § 5 de ce titre. En effet, qu'est-il besoin de la ratification du maître pour avoir l'action *de in rem verso*? — (3) DIC. 15. 4. 5. pr. Paul.

quis hominem aut alienum servum navi aut tabernæ aut cuilibet negotiationi præposuerit : scilicet, quia eadem æquitate ratio etiam eo casu interveniebat.

2207. *Eadem ratione.* Le motif pour lequel le prêteur accorde l'action *quod jussu* est que celui qui a contracté un engagement avec un esclave par l'ordre de son maître est censé avoir traité avec le maître de cet esclave. Or, le maître aussi est censé avoir traité lui-même dans le cas des actions *exercitoire* et *institoire*, puisqu'il a donné une autorisation générale pour le genre d'opérations auxquelles il a préposé l'esclave (1). Ici donc l'action est donnée contre le maître pour la totalité de l'engagement.

2208. Il y a cette différence entre l'action *exercitoire* et l'action *institoire*, que la première est accordée contre l'armateur, ou contre le maître dont il dépend, mais avec la volonté duquel il aurait armé, pour les obligations contractées par celui auquel le maître du navire aurait remis le commandement, ou celui que ce dernier se serait substitué même à l'insu et malgré la défense de l'armateur; tandis que l'action *institoire* ne peut pas être exercée contre le maître pour l'engagement contracté par le substitué de l'*institor*, ni, en tout cas, contre un maître *alieni juris*, ni contre le maître de ce dernier.

2209. *Tabernæ.* Ce mot signifie boutique; Théophile l'a remplacé, dans sa traduction, par un autre mot qui signifie cabaret. Au reste, pour ce qu'a voulu dire Justinien, l'une et l'autre expression ont le même sens, puisque boutique ou cabaret annoncent une entreprise commerciale. L'action *exercitoire* et l'action *institoire* ne se sont d'abord appliquées qu'aux entreprises de commerce; quant à un acte de commerce isolé, le prêteur ne donnait pas d'action *institoire*, mais une autre action analogue (*ad exemplum institoria*) (2). Enfin cette dernière action s'appliqua aussi à toute négociation même non commerciale (3).

2210. *Etsi liberum quis hominem.* Nous savons que, dans les principes rigoureux du droit civil romain, le mandataire faisait en son propre nom l'affaire qui lui avait été confiée, qu'il s'obligeait lui-même sans obliger le mandant, de telle sorte que ceux qui traitaient avec lui n'avaient pas d'action contre le mandant. Il en serait de même, selon le droit civil, de l'homme libre préposé par quelqu'un à un certain genre d'opérations. Mais le droit prétorien, en étendant à ce cas les actions *institoria* ou *exercitoria*, donne un moyen d'attaquer directement le préposant, et nous avons vu comment, en étendant, par analogie, par utilité, cette action *institoire* même au cas de simple mandat, la jurisprudence

(1) Dig. 14. 1. 1. § 2. Ulp. — 14. 3. 11. § 2. Ulp. — 14. 6. 7. § 11. Ulp. — (2) Cod. 4. 25. 5. — (3) Dig. 14. 3. 19. Papin. — 19. 1. 13. § 25. Ulp. — 17. 1. 10. § 5. Ulp.

est parvenue à donner à ceux qui ont traité avec le mandataire action contre le mandant (ci-dessus, n^o 1555 et suiv.).

III. Introduxit et aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit : ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

3. Le prêteur a introduit une autre action appelée tributoire. Car, si un esclave se sert de son pécule pour faire un commerce au su de son maître, et s'il contracte un engagement relativement à ce commerce, le prêteur veut que tout le fonds de commerce et les bénéfices qui en sont provenus soient distribués au marc le franc entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers de l'esclave. Et, comme c'est le maître qui fait cette distribution, si l'un des créanciers a à se plaindre de cette distribution, il a contre le maître l'action tributoire.

2211. L'action tributoire n'est donnée contre le maître que lorsqu'il y a dol de sa part dans la distribution : or il y a dol dès que le maître sait ou apprend que l'un des créanciers a reçu moins que ce qui lui était dû; il suffira donc que ce dernier fasse connaître au maître qu'il n'a rien reçu ou qu'il a été mal partagé (1).

IV. Præterea introducta est actio de peculio, de qua eo quod in rem domini versum erit : ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen si quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat, si quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur quidquid necessario in rem ejus impenderit servus; veluti si mutatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem, ut puta, aureis quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro ceteris vero quinque, eatenus quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio qua de peculio, de qua eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex apud quem de ea actione agitur ante

4. En outre, le prêteur a aussi introduit l'action *de peculio et de in rem verso*. Ainsi quoique l'esclave ait traité sans la volonté de son maître, si cette opération a été profitable à celui-ci, il sera tenu jusqu'à concurrence de ce profit; si elle ne lui a été d'aucun profit, il sera encore tenu, mais seulement jusqu'à concurrence du pécule. Or, on considère comme ayant profité au maître les dépenses nécessaires faites dans l'intérêt de celui-ci par son esclave : par exemple, s'il a emprunté de l'argent et l'a employé à payer les créanciers de son maître, ou à acheter ses bâtiments en ruine, ou à acheter du froment pour sa maison, ou un fonds, ou toute autre chose nécessaire. Par exemple, votre esclave emprunte à Titius dix écus d'or, il en emploie cinq à payer un de vos créanciers, il dépense les cinq autres d'une manière quelconque, vous serez tenu *de in rem verso* pour les cinq employés à votre profit, et pour les cinq autres jusqu'à concurrence du pécule, de telle sorte que si les dix écus d'or ont été tous employés à votre profit, vous serez tenu à payer les dix intégralement. En effet, quoiqu'il n'existe qu'une action pour agir de peculio et de in rem verso,

(1) Dig. 14. 4. 7. §§ 2 et 3. Ulp.

dispicere solet an in rem domini verum sit; nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini verum esse intelligatur, aut non totum. Cum autem quaeritur quantum in peculio sit, ante deducitur quidquid servus domino, eive qui in potestate ejus sit, debet; et quod superest id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio: veluti si is in hujus ipsius peculio sit quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

2212. *Una actio.* D'après Gaius, copié par Justinien, il n'y avait qu'une formule pour agir *de peculio et de in rem verso*. Sans doute, la *demonstratio* et l'*intentio* de la formule indiquaient l'opération faite par l'esclave, et la prétention de droit qui en résultait; mais la *condemnatio* était double, c'est-à-dire qu'elle enjoignait au juge de condamner le maître pour le profit par lui retiré, et, pour le surplus, jusqu'à concurrence du pécule; ou, suivant les cas, jusqu'à concurrence de l'un ou de l'autre seulement. Notre texte nous apprend que le juge ne passait à l'estimation du pécule qu'après avoir examiné si le maître avait profité; Paul et Ulpien (1) pensaient que, lorsque l'esclave avait fait tourner au profit de son maître l'opération qu'il avait faite, son pécule devenant créancier du maître, et la dette de celui-ci augmentant le pécule, on ne pouvait, dans ce cas, agir *de peculio* sans agir en même temps *de in rem verso*. Mais il importait quelquefois d'agir *de in rem verso* lorsque l'esclave n'avait pas eu ou qu'il n'avait plus de pécule, qu'il était mort, affranchi ou aliéné depuis plus d'une année utile; ou bien, si un créancier de l'esclave avait le droit d'attaquer le maître *de in rem verso*, il avait intérêt à ne point l'attaquer *de peculio* pour que les autres créanciers du pécule ne vissent pas concourir avec lui. Ainsi, bien que les deux modifications *de in rem verso* et *de peculio* fussent ordinairement insérées ensemble dans la même formule, il pouvait se faire dans plusieurs cas qu'elles fussent séparées et qu'une seule restât.

Voilà pourquoi on présente ces actions tantôt comme en formant une seule, et tantôt comme en formant deux.

(1) Dig. 15. 3. 19. Paul.

2213. L'action *de peculio* avait cet avantage sur l'action tributoire, que le créancier qui s'était fait payer en vertu de la première ne rapportait rien aux créanciers du même pécule qui se présentaient plus tard, tandis que celui qui intentait l'action tributoire et se faisait payer en vertu de cette action devait donner caution de rapporter aux autres créanciers qui surviendraient pour prendre part à la distribution (1).

2214. *Ante deducitur quidquid servus domino... debet.* L'esclave ne pouvait être débiteur de son maître que *naturaliter*; car, d'après le droit civil, il ne pouvait y avoir de rapports d'obligation entre un maître et son esclave.—Le maître prélevait sur le pécule ce qui lui était dû soit personnellement, soit comme tuteur, curateur, gérant d'affaires ou associé, lorsqu'il n'avait pas d'autres moyens de s'indemniser.

Si quid vicario. Les esclaves vicaires faisant partie du pécule de l'esclave ordinaire, ce que ceux-là devaient à celui-ci faisait partie de son pécule (2).

V. Ceterum dubium non est quin is quoque qui jussu domini contraxerit, cuique insitoria, vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo quod in rem domini verum est, agere possit; sed erit stultissimus, si ommissa actione qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducatur probandi in rem domini verum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere ut solidum sibi solvi possit. Is quoque cui tributoria actio competit, aequè de peculio et de in rem verso agere potest, sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et de in rem verso. *Tributoria ideo expedit agere*, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus cujus et ceteri creditores. At in actione de peculio, ante deducitur quod domino debetur; et in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur; at in tributoria, ejus tantum quo negotiatur. Et potest quisque tertia parte peculii aut quarta, vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis et mancipiis aut fœnebris pecunia habere. Prout ergo expedit ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet. Certe, qui potest probare

5. Au reste, il est indubitable que celui qui a contracté avec un esclave, lequel en avait reçu l'ordre de son maître, ou qui a l'action insitoire ou exercitoire, peut aussi intenter l'action *de peculio et de in rem verso*; mais ce serait une folie de sa part si, négligeant l'action qui peut lui faire obtenir la totalité de ce qui lui est dû, il s'exposait à la difficulté de prouver que l'opération a tourné au profit du maître, ou que l'esclave a un pécule suffisant pour acquitter toute la dette. Celui qui peut intenter l'action tributoire peut aussi agir *de peculio et de in rem verso*; mais il a plus d'avantage à agir tantôt par l'action tributoire, tantôt par l'action *de peculio et de in rem verso*. Il a plus d'avantage à agir par l'action tributoire, parce que, dans ce cas, le maître n'est pas préféré aux autres créanciers: il y a entre lui et ces derniers égalité complète, tandis que dans l'action de pécule on commence par déduire ce qui est dû au maître, et celui-ci n'est condamné envers le créancier de l'esclave que jusqu'à concurrence du surplus. D'un autre côté, le créancier a intérêt à intenter l'action *de peculio*, parce que, dans cette action, tout le pécule est l'objet de l'action, tandis que l'action tributoire n'a pour objet que la partie du pécule qui a été consacrée au commerce: or, l'esclave

(1) Dig. 14. 4. 5. § 19. Ulp. — (2) Dig. 15. 1. 17. Ulp.

in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

peut n'avoir mis dans le commerce que le tiers ou le quart, ou une partie minime du pécule dont la plus grande partie consisterait en fonds, esclaves, ou argent prêté à intérêt. Le créancier de l'esclave devra donc intenter celle de ces actions qui lui sera la plus avantageuse. Celui qui pourra prouver que l'affaire a tourné au profit du maître devra sans aucun doute intenter l'action de *in rem verso*.

2215. Celui qui a l'action de *peculio et de in rem verso* n'a pas toujours à son choix l'action *quod jussu*, ou l'action exercitoire, ou l'action institoire, ou l'action tributoire; car quelqu'un ne peut avoir contre le maître l'action *quod jussu* que pour un engagement quelconque contracté par l'ordre du maître; l'action exercitoire ou institoire que contre le maître qui aurait préposé un esclave à un navire ou à une boutique (1), et l'action tributoire que contre celui dont l'esclave aurait fait un commerce à sa connaissance. Mais quiconque a l'une de ces actions peut intenter à son choix cette action ou l'action de *peculio et de in rem verso*, suivant l'intérêt qu'il trouve à cette première action ou à la dernière; mais, après avoir choisi cette dernière, il ne peut revenir à l'une des autres.

Tributoria... ideo expedit agere. Remarquez que, dans l'action de *peculio*, on fait prévaloir la règle *melior est conditio possidentis*. Ainsi, le maître est toujours préféré à un autre créancier. Le créancier qui a été payé n'est pas obligé de rapporter à un autre créancier du pécule. Mais il en est autrement dans l'action tributoire (2).

In rem domini versum esse. Celui qui pourra faire la preuve que toute l'opération a tourné au profit du maître obtiendra la totalité, tandis que, dans l'action tributoire ou de *peculio*, il n'obtiendrait le plus souvent qu'une partie de ce qui lui est dû.

VI. Quæ diximus de servo et domino, eadem intelligamus et de filio et filia aut nepote et nepte, et patre avove in cujus potestate sunt.

6. Ce que nous avons dit de l'esclave et du maître s'applique au fils ou à la fille, au petit-fils ou à la petite-fille, et au père ou à l'aïeul sous la puissance desquels ils se trouvent.

2216. Il y a toutefois cette différence entre les engagements pris par les esclaves et les fils de famille, que si les esclaves se sont engagés par mandat ou fidéjussion pour une autre personne que leur maître, celui-ci n'est jamais tenu, tandis que le père

(1) Il est même à remarquer que l'action exercitoire et l'action institoire ne peuvent jamais concourir avec l'action tributoire; puisque, dans ces premières actions, l'esclave agit comme préposé de son maître, celui-ci est tenu personnellement de la totalité. — (2) Dig. 14. 4. 6. Paul. — 15. 1. 9. § 2. Ulp.

de famille est tenu même de l'engagement contracté par son fils pour autrui (1).

VII. Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis qui in parentis erunt potestate, et ei qui crediderit denegatur actio, tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

7. Il y a cela de particulier pour les fils de famille, que le sénatus-consulte Macédonien a défendu de prêter de l'argent aux fils de famille, et toute action est refusée tant contre le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille (qu'ils soient encore sous la puissance de leur père, ou qu'ils en soient sortis par la mort du père ou par émancipation), que contre le père ou l'aïeul, soit qu'ils les aient encore sous leur puissance, soit qu'ils les aient émancipés. Le sénat l'a ainsi décidé, parce que souvent les fils de famille, après avoir emprunté des sommes qu'ils dissipèrent en débauches, attentaient à la vie de leurs ascendants.

2217. *S. C. Macedonianum.* Le sénatus-consulte Macédonien, d'après Tacite (2), a été rendu sous le règne de Claude, et d'après Suétone (3) sous le règne de Vespasien. Pothier (4) pense qu'il a pris naissance sous le règne de Claude, et a été renouvelé sous Vespasien. Son nom lui vient soit d'un *Macedo*, usurier fameux, soit d'un *Macedo*, fils de famille débauché, dont la rapine usuraire ou la dissipation criminelle aurait été l'occasion du sénatus-consulte. Les termes mêmes nous en ont été transmis par Ulpien (5). Il avait pour résultat plutôt de faire dénier l'action que d'annuler le prêt. Nous voyons en effet, par les textes, que le prêteur procédait tantôt par refus de l'action (6), et tantôt par concession d'une exception (7). Le prêteur refusera l'action toutes les fois que, sur les faits reconnus devant lui (*in jure*) par les parties elles-mêmes, il sera immédiatement constant que l'on se trouve dans un cas d'application du sénatus-consulte. Il procédera par l'insertion d'une exception dans la formule lorsque quelques-uns de ces faits seront à vérifier et que la question sera douteuse; car plus d'un doute peut être élevé, comme nous le voyons par les fragments relatifs à cette application. Ainsi, par exemple, le sénatus-consulte cesserait à l'égard du créancier qui aurait prêté son argent, croyant, non pas légèrement, mais sur des apparences graves et publiques, avoir affaire à un père de famille (8). — Dans l'un et l'autre cas cependant, l'expression consacrée dans la jurisprudence romaine pour désigner l'effet de ce sénatus-consulte est celle d'*exception du sénatus-consulte Macédonien*.

(1) Dig. 15. 1. 3. § 9. — (2) Ann. 11. 13. — (3) Vesp. 11. — (4) Pand. 14. 6. 1. — (5) Dig. 14. 6. De sen. cons. Macedoniano. 1. pr. f. Ulp. — (6) Ibid. 1. pr. et § 1; 7. § 6. f. Ulp. — (7) Ibid. 7. §§ 4. 7. 8. 10 et 14. f. Ulp.; 9. pr. f. Ulp.; 11. f. Ulp. — (8) Ibid. 3. pr. f. Ulp.

Nous avons déjà donné les raisons à propos du sénatus-consulte Velléien (ci-dess., n° 1411). Ces raisons sont les mêmes ici. Mais nous savons (n° 1807) que le sénatus-consulte Macédonien laisse subsister l'obligation naturelle.

VIII. Illud in summa admonendi *amum, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Et quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

S. En dernier lieu, nous devons faire remarquer que ce qui est dû en vertu d'un contrat fait par ordre du père ou du maître, ou ce qui a tourné à leur profit, nous pouvons le demander aussi directement par condiction, comme si nous avions traité immédiatement avec le père ou le maître. Nous pouvons de même poursuivre par la condiction celui qui est tenu envers nous par l'action exercitoire ou l'action institoire, parce que c'est aussi par son ordre que l'engagement a été contracté.

2218. Voici qui semble détruire tout ce qui précède. Si pour ce qui a été contracté par ordre du chef de famille, ou par son préposé, ou si pour tout ce qui a tourné à son profit, on a directement une action civile contre lui, à quoi servent les actions indirectes et prétoriennes, que l'on vient de signaler? — Mais il ne faut pas se méprendre sur l'étendue de ce paragraphe. Ce n'est pas toute action résultant des contrats faits *jussu domini*, ou par un préposé, que l'on donne directement contre le maître; c'est seulement la condiction (*directo quoque posse a patre dominove condici*): bien entendu, avec le caractère de droit strict qui appartient à cette action, et pour les choses qu'elle est susceptible de comprendre.

Or, nous savons que c'est le propre de la *condictio* de ne poursuivre que l'exécution d'une obligation civile, de droit strict, et unilatérale. Nous savons aussi que la jurisprudence romaine en a successivement étendu l'application; que, limitée d'abord aux sommes d'argent (*certa pecunia*), puis à tous objets certains (*res certa*), elle a fini par s'étendre aux obligations de choses indéterminées, même à celles de faire; mais toujours comme poursuite unilatérale et de droit strict. Nous savons enfin que les causes qui pouvaient y donner naissance étaient en grand nombre, soit dans les contrats, soit dans les quasi-contrats, soit dans les délits ou dans les quasi-délits (ci-dessus, n° 1965 et suiv.). Il ne s'agit ici que des contrats et quasi-contrats.

La jurisprudence avait fini par admettre que, dans tous les cas où une personne se trouvait avoir acquis sans juste cause le bien d'autrui, ou en avoir profité, par un fait soit volontaire, soit involontaire, venant d'elle ou même d'autrui, il y avait lieu contre elle à une *condictio* pour la répétition de ce dont elle avait profité: « *Quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est,* » dit Celse. « *Quasi ex re tua locupletior*

factus sim, » dit Africain. « *Quia ex aliena jactura lucrum quaeram,* » dit Paul (1). La *condictio* ici n'est pas fondée sur un contrat, mais sur le fait que je me suis enrichi du bien d'autrui (V. tom. II, App. IV). Lors donc que celui qui a fait une opération avec un esclave ou un fils de famille, par exemple une vente, un achat, un louage, au lieu de poursuivre le maître par l'action résultant de cette opération jusqu'à concurrence du pécule et de ce qui a tourné au profit de ce maître (*de peculio et de in rem verso*), poursuit ce dernier par la *condictio*, action civile et de droit strict, pour répéter contre lui ce dont il a profité, il n'y a vraiment qu'une application des principes communs admis par la jurisprudence sur la *condictio*. En effet, il a le choix contre le maître, ou, d'après les principes prétoriens, de l'action même résultant du contrat qu'il a fait avec l'esclave, mais donnée seulement par le prêteur *de peculio et de in rem verso*; ou, d'après les principes civils, de la *condictio*, résultant du fait que le maître a profité de quelque chose à lui appartenant; la première action, indirecte et prétorienne; la seconde directe et civile.

Enfin, la jurisprudence était également arrivée à admettre que lorsque l'opération d'où pouvait résulter une *condictio* avait été faite par l'ordre de quelqu'un (*jussu*), ou par son préposé (*institor* ou *magister*), c'était comme si elle avait eu lieu avec lui, et que la *condictio* se donnait directement contre lui (2). Si, par exemple, vous avez, sur mon ordre, livré à mon esclave une somme d'argent en *mutuum*, ou quelque chose que vous avez payé par erreur, croyant me le devoir, ou un objet en échange d'un autre qui ne vous a pas été donné, ou si pareille opération a eu lieu avec mon *institor*, ce sera contre moi que vous aurez la *condictio certi*, la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*. De même pour les condictiones qui peuvent naître de cette foule de contrats innommés qui sont formés *re*; en un mot, toutes les fois que l'opération sera de nature à pouvoir donner naissance à la poursuite d'une obligation unilatérale par le moyen d'une *condictio*. Mais pour les actions *empti* ou *venditi*, *locati* ou *conducti*, *pro socio*, *præscriptis verbis*, et toutes autres semblables, il est impossible que les effets de bonne foi et bilatéraux qu'elles doivent produire puissent être produits par l'action de droit strict, la *condictio*; on ne peut les avoir contre le maître et poursuivre en conséquence contre celui-ci l'exécution même des contrats auxquels elles se réfèrent, qu'avec la modification prétorienne qui les transforme en actions *quod jussu, institoria*,

(1) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 32. f. Cels.; 23. f. Afric. — 14. 3. *De institor. act.* 17. §§ 4 et 5. f. Paul. — (2) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 9. § 2. f. Ulp. — 29. f. Paul. — C'est quelque chose d'analogue qui a lieu dans les fragments suivants: 12. 6. *De condict. indeb.* 57. § 1. f. Papin. — 23. 3. *De jure dot.* 78. § 5. f. Tryphon. — 44. 4. *De doli except.* 5. § 5. f. Paul. — 3. 5. *De negot. gest.* 6. § 9. f. Julian. — 47. 2. *De furtis.* 80. § 5. f. Papin.

exercitoria, ou de *peculio* et de *in rem verso* (1). Ainsi, l'utilité de ces actions indirectes et prétoriennes subsiste encore, et par conséquent leur usage se maintient même après que la jurisprudence a donné sa plus grande extension à la *condictio*.

TITULUS VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

TITRE VIII.

DES ACTIONS NOXALES.

2219. Le texte passe ici aux obligations résultant des délits des esclaves ou des fils de famille, et à l'exposé des actions qui pouvaient en résulter contre les maîtres. C'est à ces sortes d'actions surtout que doit être appliquée la réflexion que nous avons faite : qu'il faut y voir, non pas une espèce d'action particulière, ayant son existence propre ; mais bien une certaine modalité, une certaine qualité dont les diverses actions résultant des délits peuvent être affectées. En effet, c'est l'action *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriae*, *ex lege Aquilia*, ou autre semblable, qui est donnée contre le maître, selon que l'esclave a commis un vol, un rapt, une injure, un dommage à tort, ou autre délit. Mais elle est donnée avec la qualité particulière d'être noxale, c'est-à-dire avec cette alternative ajoutée à la condamnation : « AUT NOXÆ DEDERE ; » de telle sorte que le maître ne sera tenu de subir les suites de l'action ou de la condamnation que si mieux il n'aime faire l'abandon de l'esclave auteur du délit. Ainsi l'expression *noxale* indique une qualité des actions, et non une action proprement dite.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere.

I. Noxa autem est corpus quod nocuit, id est, servus; noxia ipsum malefium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

2220. *Noxa* signifie quelquefois aussi le délit lui-même.

II. Summa autem ratione permittitur est noxæ deditio; namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

Les délits d'un esclave, tels que le vol, l'enlèvement des biens par violence, le dommage causé, l'injure, donnent lieu à des actions noxales en vertu desquelles le maître du délinquant, étant condamné, doit payer le montant de la condamnation ou abandonner l'esclave en noxe.

I. On appelle *noxe* le corps qui a nui, c'est-à-dire l'esclave; et *noxia* le délit lui-même, tel qu'un vol, un enlèvement de biens par violence, un dommage causé, un injure.

2. C'est avec une grande équité que l'on a permis au maître d'éviter de payer le montant de la condamnation par l'abandon noxal; car il eût été inique que la méchanceté d'un esclave entraînant pour le maître une perte supérieure à l'esclave lui-même.

(1) C'est dans ce sens que doit être interprété, selon nous, le fragment de Labéon (Dig. 17. 2. Pro socio. 84), qui ne laisse pas que d'offrir matière à controverse.

III. Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei cui deditus est, servus resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.

3. Dans l'action noxale, le maître pouvait se libérer, lorsqu'il était poursuivi, en abandonnant l'esclave, et alors il en transférait la propriété à perpétuité; mais si, après cela, l'esclave trouvait le moyen, en se procurant de l'argent, d'indemniser celui auquel il avait été abandonné, il était affranchi même malgré son maître, avec le secours du préteur.

2221. Il est indubitable que si le maître appelé *in jus* pour un délit de son esclave en faisait abandon avant la *litis contestatio*, il évitait par cet abandon l'action noxale, qui, dès lors, n'était pas donnée contre lui (1). — Il est également indubitable que, si, une fois l'action noxale délivrée et les parties *in judicio*, cet abandon était fait par le maître ou devenait impossible sans sa faute, le maître devait être absous (2). — Mais suit-il de là que les actions noxales fussent toutes et dans tous les cas arbitraires, par cela seul qu'elles avaient la qualité de noxales; ou, en d'autres termes, que toute action donnée noxalement devint par cela seul arbitraire? — On pourrait induire l'affirmative du § 31, au tit. 6 qui précède (ci-dessus, n° 2143), dans lequel, en définissant les actions arbitraires, Justinien dit: « *In quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur, actori satisfaciatur, veluti rem restituat... vel solvat, vel ex noxali causa servum dedit, condemnari debet.* » On pourrait y ajouter un fragment d'Ulpien qui se sert précisément de ces expressions: « *arbitrio judicis absolvi eum oportet* (3). » Telle est, en effet, l'opinion adoptée par notre honorable collègue M. Ducaurroy. — Toutefois, ces textes ne sont pas décisifs. Le caractère particulier de l'action arbitraire, c'est de conférer au juge, par les expressions *NI SI RESTITUAT* ou autres semblables, le pouvoir d'arbitrer la satisfaction due au demandeur et de rendre un ordre préalable (*jussus*) par lequel il est enjoint au défendeur de donner cette satisfaction sous peine d'être condamné. Or rien ne nous montre que dans toutes les actions nées de délits, mais rédigées noxalement, le juge fût investi d'un semblable pouvoir et que la formule contint cette restriction *NI SI RESTITUAT*, ou autre semblable. La satisfaction n'était pas arbitraire, elle devait consister dans la peine même résultant du délit, par exemple du vol, du rapt, du dommage causé à tort. Quant à l'abandon noxal, il n'était pas compris dans l'obligation du maître, il était seulement *in facultate solutionis*; cet abandon ne lui était pas enjoint, mais seulement laissé à son libre arbitre; et à quelque époque qu'il le fit, soit avant la délivrance de l'action, soit avant la sentence, soit après la condamnation, il se libérait. On ne voit donc pas comment le juge le lui

(1) Dig. 9. 4. De noxalib. action. 21. pr. f. Ulp.; et 29. f. Gai. — (2) Ibid. 14. § 1. f. Ulp., et 19. pr. f. Paul. — (3) Dig. 9. 4. De nozal. act. 14. § 1. f. Ulp.