

APPENDICE III. (N° 1258.)

DE LA STIPULATION DE PEINE.

La stipulation d'une peine a été un moyen très-fréquemment employé à Rome pour assurer l'exécution d'une obligation.

On entend ici par peine une somme d'argent que le débiteur promet pour le cas où il ne remplirait pas exactement son obligation.

Cette somme d'argent, fixée à l'avance à forfait, peut dépasser le montant de l'intérêt lésé du créancier au jour de l'échéance. Est-ce là ce qui justifie l'emploi du mot *pœna*, ou seulement l'idée de sanction? Ce mot n'est-il pas un vestige d'un état primitif de civilisation, dans lequel toute injustice est un délit, suscite un sentiment de vengeance, et provoque l'application d'une peine (1)?

A l'époque ancienne où les seules stipulations munies d'action étaient les stipulations ayant pour objet une somme d'argent déterminée, la stipulation de peine était nécessairement ajoutée à toute promesse d'une chose autre que de l'argent (2).

Un tel système se comprend : les parties doivent préparer les termes du procès qui peut surgir entre elles et simplifier l'office du juge. Le législateur semble leur dire : Au moment où vous êtes d'accord pour conclure une affaire, estimez vous-mêmes en argent l'intérêt impliqué dans la convention. De cette façon le procès sera d'une solution facile. L'*intentio* de la formule contenant les pouvoirs du juge reflétera la stipulation et fournira les éléments précis de la condamnation. Je n'accorde action en justice qu'à ceux qui ont observé cette règle de prudence.

Lorsque la *condictio de omni re certa* a été admise à côté de la *condictio certi*, la stipulation de peine est restée nécessaire pour les promesses de faire ou ne pas faire qui n'ont été qu'assez tardivement reconnues ou civilement obligatoires. Les Instituts témoignent de la lenteur de ce progrès : même les faits, nous disent-ils, ou les abstentions peuvent être déduits en stipulation (3).

Enfin, après l'introduction de la *condictio incerti*, ou *actio*

(1) VON JHERING, trad. O. DE MEULENAERE, *Esprit du droit romain*, t. I, p. 127. *De la faute*, p. 11 et suiv. PAUL f. 56. pr. Dig. *De evict.* 21. 2. PAUL f. 32 pr. Dig. *De receptis* 4. 8. — (2) GAIUS com. 4. § 19. — (3) INST. 3. 15. § 7. Sans doute l'*actio sacramenti* et la *judicis postulatio* sanctionnaient des obligations. GAIUS com. 4, § 20. Mais il s'agissait, suivant nous, du *nexum*, créance d'argent solennellement prêté, ou de l'*actio auctoritatis* découlant de la mancipation, ou des obligations en partage, en bornage, suite inévitable de la reconnaissance de la propriété individuelle.

ex stipulatu, la stipulation de peine est demeurée un usage utile, fort apprécié des Romains, conseillé par les jurisconsultes. Le demandeur n'a plus à justifier du montant de son intérêt lésé. L'arbitraire du juge n'est plus autant à craindre. Le juge est un particulier, tantôt patricien, tantôt chevalier, dont l'impartialité n'est pas absolument certaine.

Aussi voyons-nous la stipulation de peine pratiquée fréquemment, même accessoirement à des contrats de bonne foi. La *stipulatio duplex*, en cas d'éviction dans la vente, en est un exemple notable.

La stipulation de peine a toujours la tournure d'un contrat conditionnel. Elle se réfère toujours à une obligation principale, dont elle sanctionne l'effet, dont elle réprime ou répare l'inexécution.

Néanmoins les parties peuvent procéder de deux façons différentes. Ne parlons *brevitatis causa* que de la stipulation comme mode de formation du contrat principal.

Les parties peuvent négliger de stipuler l'objet de la convention principale et se borner à stipuler une peine sous la condition que l'objet principalement dû dans leur intention ne sera pas presté : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes*? Le stipulant a une seule créance civile, une seule action; créance, action, conditionnelles.

C'est le procédé primitif.

Elles peuvent déduire en stipulation et rendre civilement exigible l'objet de l'obligation principale et stipuler ensuite une somme d'argent, une peine, sous la condition que l'obligation première ne sera pas exécutée. *Pamphilum dare spondes? spondeo. Si non dederis, tantum dare spondes? spondeo.* Le stipulant a deux créances, deux actions, l'une pure et simple, l'autre conditionnelle.

Dans un cas comme dans l'autre, la stipulation de peine est conditionnelle dans sa forme.

Au fond, elle est une sanction. Cela est moins apparent dans la première manière d'agir que dans la seconde. Mais cela est également vrai, cela est réputé démontré si l'on range la stipulation faite sous une condition négative dans la classe des stipulations de peine. Sans doute il n'est pas impossible de concevoir la stipulation d'une somme d'argent sous la condition de l'inexécution d'un fait du promettant, fait que le promettant reste entièrement libre d'exécuter ou de ne pas exécuter, fait dont l'inaccomplissement joue le rôle d'une condition casuelle. Mais alors cette somme d'argent n'a pas le caractère d'une peine.

La jurisprudence romaine, en cette matière, nous paraît avoir été dirigée par les deux pensées suivantes :

1° Maintenir les conséquences du caractère conditionnel de la stipulation de peine, toutes les fois que ces conséquences, sévères mais justes à l'égard du débiteur, augmentent pour le créancier la certitude d'obtenir l'objet principal de son attente;

2° Répudier les conséquences du même principe lorsqu'elles seraient en contradiction avec l'idée et le but de sanction.

Ce choix entre les conséquences d'un même principe est-il arbitraire? Non; il se justifie par cette règle supérieure: une condition se prête à interprétation, à la recherche de la volonté, même dans les contrats ou actes de droit strict. Elle est jugée accomplie ou non, selon l'intention des parties (1).

1° Développons les conséquences du premier point de vue: la stipulation de peine est conditionnelle.

a. Une époque a été fixée pour la prestation. L'époque est arrivée; la prestation n'est pas exécutée. Faut-il, pour que la peine soit due, qu'une interpellation soit adressée au débiteur?

Les termes de la condition n'impliquent pas la nécessité d'une mise en demeure après l'arrivée de l'époque convenue. L'intention des parties ne l'implique pas non plus; car décider que la peine est encourue dès l'échéance sans interpellation, c'est rendre la sanction plus rigoureuse, plus efficace (2).

La nécessité d'une interpellation dans les dettes à terme pour que le débiteur soit en demeure, est une règle d'indulgence, introduite par l'usage ou le droit commun, à laquelle les parties peuvent déroger.

b. L'accomplissement d'une condition est en général indivisible. Une condition est accomplie ou défaillie.

Si le fait posé en condition n'est pas entièrement accompli, la condition est défaillie. Un accomplissement partiel du fait n'empêche pas la défaillance de la condition. Quant à la condition négative, elle est accomplie par cela seul que le fait prévu n'est pas entièrement réalisé ou exécuté.

Cette règle est appliquée à la stipulation de peine. Elle corrobore énergiquement le désir du créancier d'obtenir une exécution intégrale de la convention.

Le débiteur procure une partie seulement de la chose que le créancier avait pour but d'obtenir. La peine est due intégralement, sauf au débiteur à répéter l'objet du paiement partiel (3).

c. Le débiteur qui a promis une peine, meurt et laisse plusieurs héritiers. L'inexécution de la convention principale sanctionnée par la peine résulte de la faute d'un seul. Que décider?

Si l'objet du principalement est indivisible, la peine est commise à l'égard de tous les héritiers. La faute, il est vrai, n'est pas commune; mais par le fait de l'inexécution, qui d'ailleurs est nécessairement totale, la condition de la peine est réalisée (4).

Si l'objet de la convention est divisible, l'obligation de le prester

(1) PAP., f. 115. § 2. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* — ULP., fr. 19 pr. DIG. 35. 1. *De condit. in testam.* — (2) JUSTIN. L. 12. C. 8. 38. *De contr. et com. stip.* — (3) PAUL. f. 25. § 13. DIG. 10. 2. *Famil. ercisc. Nihilum prodest ad pœnam evitandam, partem solvere.* — (4) PAUL. f. 4. § 1. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.*

s'est divisée entre les héritiers. Supposons que l'un d'eux fournisse sa part, tandis que l'autre ne le fait pas: dans quelle mesure et par qui la peine est-elle encourue? Même en ce cas, la peine est due entière et par tous les héritiers. Une obligation se divise entre héritiers, quand son objet le comporte; mais l'accomplissement d'une condition est indivisible. La condition négative sous laquelle la peine a été promise, est réputée accomplie; car la prestation convenue n'a pas été intégralement exécutée. La décision est rigoureuse; mais elle donne à la sanction plus d'énergie. Le créancier peut compter sur l'activité, la diligence, l'influence de chacun des héritiers pour obtenir intégralement l'objet de la convention principale (1).

Dans les deux hypothèses, la peine encourue par tous les héritiers étant elle-même divisible, se divise entre eux. Chacun, même celui qui est exempt de faute, même celui qui a fourni sa part de la dette principale, doit une part de la peine commise. Il la doit, sauf la faculté d'un recours ou d'une répétition qui satisfait à l'équité.

2° Jusqu'à présent la condition à laquelle la peine est subordonnée a été traitée comme une condition ordinaire. L'interprétation littérale conduisait à des résultats conformes à l'idée de sanction. Mais, parfois, l'observation littérale de la condition exprimée contrarierait le but poursuivi et répugnerait au caractère de peine. Alors les jurisconsultes font prévaloir l'intention probable ou l'équité sur les termes employés.

a. La convention principale est d'une exécution impossible ou illicite. La condition de la peine prise à la lettre avec sa forme négative, s'accomplira. Pourtant la peine ne sera pas due. Il serait contraire à la raison d'infliger une peine pour inexécution d'une chose impossible ou illicite (2).

Néanmoins une stipulation de peine se rattache très-valablement à une obligation inefficace, mais non réprouvée par le droit, par exemple à la stipulation d'un avantage pour autrui sans intérêt pécuniaire chez le stipulant, à la promesse pure du fait d'autrui. Ces stipulations faites isolément sont dépourvues de sanction; mais elles sont susceptibles d'en recevoir une; car elles n'ont rien d'illicite. La stipulation de peine, ajoutée, corrige le vice, efface la seule cause de l'inefficacité (3).

b. Nous croyons qu'il en est de même lorsqu'un corps certain, qui a fait l'objet de la convention principale, périt ensuite par cas fortuit. L'exécution devient impossible; le débiteur qui n'est pas en faute doit être libéré; la peine ne sera pas encourue (4).

(1) POMPON. f. 5. § 3. DIG. 45. 1. *De verb. oblig. Contra* PAUL. f. 4. § 1. DIG. eod. — Origine de l'art. 1233 C. civ. dont la disposition est moins sévère, mais moins logique que celle de Pomponius. — (2) ULP. f. 69. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* — PAUL. f. 134 pr. DIG. eod. — (3) INST. 3. XIX. § 19 et 21. — (4) PAP. f. 115. § 2. D. 45. 1. *De verb. oblig. f. 44. DIG. eod.* — On oppose la loi 22 de Paul. DIG. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* Assurément il n'est pas

c. Le créancier qui a fait deux contrats, un contrat principal, pur et simple, et une stipulation de peine, contrat accessoire conditionnel, a-t-il le droit d'exiger cumulativement et l'objet de l'obligation principale et le montant de la peine?

La solution dépend de la volonté des parties. Le cumul découle logiquement de la coexistence de deux contrats. Certes, cette perspective est propre à stimuler la diligence, la ponctualité du débiteur dans l'exécution spontanée de la chose principalement convenue. Toutefois, le créancier n'a pas ce droit, à moins qu'il ne soit prouvé que la peine a été stipulée pour le seul fait du retard dans l'exécution, ou pour l'inquiétude, le trouble moral causé par l'inexécution, indépendamment du dommage matériel résultant de l'inexécution elle-même (1) ou, d'une façon plus abstraite, à moins qu'il n'apparaisse que les parties ont eu la volonté d'admettre le cumul.

Le créancier, s'il est privé de l'avantage du cumul, n'en a pas moins, semble-t-il, deux actions auxquelles l'inaccomplissement de la prestation convenue donne ouverture. Il ne peut pas en cumuler les résultats pécuniaires; mais n'a-t-il pas le choix entre elles? Peut-il, après avoir exercé l'une, recourir à l'autre pour obtenir ce qu'elle lui offre de plus?

En général, le créancier a le choix. En exerçant une des actions, il ne consomme pas l'autre. Elles ont un objet différent. L'événement peut faire que le tort causé par l'inexécution de la dette principale soit plus ou moins considérable que le montant de la peine. Toutes les chances tournent contre le débiteur. La sanction n'en est que plus énergique. Nous en avons un exemple frappant dans la vente accompagnée de *stipulatio duplæ*. L'acheteur, judiciairement évincé, choisit entre le double du prix et la réparation exacte du dommage causé par l'éviction (2).

Il en est autrement, et le créancier n'a qu'une action à exercer, l'action de la peine, lorsqu'en faisant la stipulation de peine, les parties ont eu l'intention de faire une sorte de novation et d'absorber en cette nouvelle obligation l'obligation principale (3).

impossible d'interpréter la stipulation de peine pour le cas où la chose ne sera pas prestée, comme mettant à la charge du débiteur le risque des cas fortuits. Cela est permis; cela est à la fois conforme et à la teneur de la stipulation et à l'intérêt du créancier. Mais 1° le texte cité ne nous paraît pas décisif; il statue sur l'étendue des dommages et intérêts dans l'action de la loi Aquilia; la peine stipulée et non pas seulement la valeur de la chose détruite, sera prise en considération. Le texte ne se prononce pas directement sur les cas où la peine sera encourue. 2° Le mot peine nous paraît correspondre plutôt à l'idée de faute chez le débiteur, qu'à l'hypothèse d'un cas fortuit. *Contra* M. ACCARIAS, t. II, n° 540 *in fine*.

(1) ULP. fr. 10. § 1. DIG. 2. 14. *De pactis*. HERMOG. fr. 16. DIG. 2. 15. *De transact.* PAP. f. 115. § 2. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* — (2) JUL. f. 28. DIG. 19. 1. *De act. empt. et vend.* — (3) PAUL. f. 44. § 6. DIG. 44. 7. *De oblig. et act.* C'est une novation par changement d'objet; mais le changement d'objet qui consiste en une estimation pécuniaire de la chose due antérieurement est

Dans ce cas, la chose due principalement, ne pouvant jamais être exigée, est *in solutione*. La peine seule est vraiment *in obligatione, in petitione*.

Cette novation ou quasi-novation paraît singulière lorsque les deux contrats se suivent presque sans intervalle de temps et sont formels: deux stipulations. Ex.: *Navem fieri promittis? Promitto. Si non feceris, centum promittis? Promitto*. Comment admettre l'*animus novandi*? A quoi bon faire deux contrats dont le second anéantit le premier? — Mais la bizarrerie disparaît lorsque la convention principale a le caractère d'un contrat consensuel. Les parties conviennent toujours des prestations qu'elles veulent obtenir. Cette convention par hypothèse présente les traits essentiels d'une vente, d'une société. Le contrat se noue sans aucune forme spéciale. Surviennent alors des stipulations réciproques de peine. Ex.: *Hæc quæ supra scripta sunt ita ea dari, fieri, neque adversus ea fieri: si ea ita data, facta non erunt, tum viginti millia dari spondes*. Les actions *empti, venditi*, l'action *pro socio* existeront-elles, à côté de la *condictio*? C'est une question de volonté. Les parties ont-elles voulu conclure un contrat de vente, de société, ou seulement faire une convention préalable à la stipulation de peine (1)?

Que les parties puissent vouloir réduire le créancier au droit d'exiger la peine, il ne faut pas s'en étonner. Elles auront considéré la peine comme une estimation faite d'avance des dommages et intérêts qui seront dus pour inexécution de la convention principale. Tel est le caractère que notre législateur imprime d'office à toute clause pénale (2).

Des auteurs ont pensé que la *stipulatio pænæ* avait de plein droit un effet novatoire lorsqu'elle se rattachait à un contrat principal de droit strict, et n'avait point cet effet quand elle accompagnait un contrat de bonne foi (3). Nous n'adhérons pas à cette

permis. L. 28. DIG. 46. 2. D'ailleurs, si la novation n'était point parfaite (Paul se sert de l'expression *quasi novatio*), l'action du premier contrat serait au moins paralysée par une exception. On conçoit que le débiteur veuille se soumettre uniquement au forfait contenu dans la peine. — Rappelons que la novation s'opère au moment de l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire au moment de l'inexécution de la dette principale.

(1) PAUL. f. 71. pr. DIG. *Pro socio*. 17. 2. — PAP. f. 115. § 2. DIG. 45. 1. — (2) C. civ. art. 1229. Le créancier a, chez nous, le choix entre deux manières d'agir, exiger l'exécution précise ou exiger la peine. En cela, notre législation diffère de ce qui se pratiquait en droit romain en cas de novation; la peine seule était exigible. Mais selon notre droit, si à défaut d'exécution précise, il y a lieu à condamnation pécuniaire, la peine convenue en fixe nécessairement le montant. Notre créancier ne peut plus, comme en droit romain, à défaut de novation, opter entre deux estimations pécuniaires, l'une faite à l'avance, l'autre faite après coup d'après l'événement. En réalité, l'idée d'estimation préalable et à forfait du dommage éventuel de l'inexécution, s'est peu à peu substituée à l'idée de peine. Le mot peine ne se justifie plus. — (3) ACCARIAS, t. II, n° 541, 2°.

distinction, parce que nous voyons Paul, à propos d'un contrat de société, contrat de bonne foi, suivi d'une stipulation de peine, agiter la question de savoir si la stipulation nove et absorbe l'action *pro socio*, et la résoudre d'après l'intention des contractants.

Nous avons passé en revue plusieurs solutions qui dérivent, non de l'observation littérale de la condition insérée dans la stipulation de peine, mais de ce que la condition est interprétée dans le sens d'une sanction. Ces solutions sont-elles applicables lorsque les parties se sont bornées à faire une stipulation unique, isolée : *si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?*

Des auteurs considérables ont soutenu que, dans ce cas, la stipulation de peine devait être traitée purement et simplement comme une stipulation conditionnelle ordinaire avec observation littérale de la condition exprimée, sans aucun mélange de l'idée de sanction (1).

A notre avis, tout se réduit à une question d'intention ; c'est le principe qui se dégage avec le plus de netteté de la loi de Papinien, que les auteurs précités invoquent avec le plus de force (2).

Faisons observer que, dans ce texte, le mot *pœna* n'est pas exprimé. La somme stipulée a-t-elle le caractère d'une peine ? c'est une première question à résoudre d'après la volonté des parties. Mais si l'on reconnaît et si l'on accorde que la somme a été stipulée à titre de peine, il nous paraîtrait inconséquent de ne pas interpréter la condition dans le sens d'une sanction, ce qui exclut presque nécessairement l'exigibilité en cas d'absence de faute.

Il est à noter que, dans l'espèce de la loi citée, le jurisconsulte, en s'attachant à la rédaction de la condition *si Pamphilum non dederis*, en tire une conséquence favorable au débiteur. Il s'écarte de l'idée de sanction et de peine, dans le sens de l'indulgence pour l'obligé. Suivant lui, la peine sera due, non pas dès que Pamphile ayant pu être donné ne l'aura pas été, mais seulement lorsque Pamphile ne pourra plus être donné.

En tout cas, il est sans difficulté que, dans cette hypothèse, c'est-à-dire lorsque la stipulation de peine est le seul contrat existant, la chose que le créancier voudrait principalement obtenir est *in solutione* ; la peine est l'unique objet exigible par voie d'action : *homo solvatur aut pecunia petatur*.

J. E. L.

(1) Voyez notamment l'excellent ouvrage de M. Bufnoir sur la théorie de la condition. — (2) PAP. f. 115. § 2. DIG. 45. 1. *De verb. oblig. Ex sententia contrahentium... cum id actum probatur... ob defuncti voluntatem... fuisse voluntas probatur.*

APPENDICE IV. (N° 1275.)

DE LA SOLIDARITÉ.

Lorsque M. Ortolan, dans son *Explication des Instituts* (n° 1264 et suiv.; 1819 et suiv.), traitait des *duo rei constituendi*, la doctrine de la *corréalité* ne se dégageait pas encore bien nettement, la langue même du droit n'était pas encore faite ; nous croyons donc quelques développements nécessaires sur cette partie, la plus subtile peut-être, de la législation romaine.

L'expression même de *corréalité* sonnait mal aux oreilles de M. Ortolan (n° 1823), dont on connaît le goût littéraire. Sans doute, il faut s'abstenir de néologismes, quand ils ne sont pas nécessaires. Mais aujourd'hui cette expression est universellement reçue. Et comment la remplacer ? Celle de *costipulants* ou de *copromettants* ne peut s'adapter qu'à la stipulation. *Corréalité* n'est qu'une traduction littérale de la locution technique *correi* ; et, comme le dit fort bien M. Demangeat (*Obligation solidaire*, p. 13), « aux personnes que choqueraient ces néologismes, *corréalité*, nous nous bornerons à faire remarquer qu'il n'est pas mauvais que le mot ait une « physionomie un peu « étrange, quand la chose qu'il exprime est en dehors, à beaucoup « d'égards, de nos habitudes modernes. En somme, il faut hésiter « d'autant moins à parler cette langue à propos du droit romain « que les caractères distinctifs des véritables *correi* n'existent « point chez nous, et qu'ainsi nos débiteurs solidaires ressemblent « bien moins aux *correi promittendi* qu'aux débiteurs tenus *in « solidum*. »

Cette diversité d'expression correspond, en effet, à une diversité réelle entre les *correi debendi* et les codébiteurs tenus *in solidum*. « De la véritable obligation corréale », dit M. Demangeat (p. 187), reproduisant la doctrine généralement admise en Allemagne, « et d'elle seule, on peut dire que, malgré la pluralité « des sujets, il y a unité d'obligation. Au contraire, l'obligation « solidaire présente ce caractère qu'il y a autant d'obligations « distinctes que de personnes obligées, mais que le créancier « ne peut se faire payer qu'une fois, et qu'ainsi la satisfaction « qu'il obtient d'un ou de plusieurs débiteurs libère aussi les « autres. »

Voici les principales conséquences qui découlent de cette distinction.

Le bénéfice de division, introduit par Adrien pour les *fidejussores*, a été étendu par la jurisprudence aux *mandatores pecuniæ credendæ* (Dig. 27, 7, *De fidej. et nominat.* 7), aux cotuteurs, aux magistrats municipaux ; on avait même proposé de l'appli-