

le *cognitor* a été institué *in rem suam*. — S'agit-il d'un *procurator*? Les rapports entre le *procurator* et le *dominus* peuvent être douteux et incertains, *in obscuro* (1). Le *procurator* a-t-il reçu mandat? Le maître a-t-il ratifié? Ce sera l'objet d'un examen devant le magistrat appelé à régler l'exécution forcée de la sentence. Si le *procurator* a été institué par le *dominus* présent, c'est-à-dire en face de l'adversaire, devant le magistrat qui en a fait dresser acte, ou si le *dominus* absent a envoyé une lettre missive à l'adversaire lui désignant le *procurator* qu'il se substitue, promettant de ratifier les actes de son *procurator*, et que la vérité de cette lettre soit reconnue, le magistrat procédera *commo* en matière de *cognitura*; il délivrera au *dominus*, ou contre lui, l'action utile *judicati* relative aux difficultés que l'exécution suscitera (2); sinon, il la délivrera au *procurator* ou contre lui.

Nous avons agité, à propos des contrats, la question de savoir si, lorsque le tiers a faculté d'agir contre le *dominus* dont il a suivi la foi, le *procurator* est fondé à repousser par une exception l'action que le tiers voudrait exercer contre lui. — Comment résoudre la même question à l'égard des procès?

Les textes nous présentent, en général, l'alternative entre la poursuite en exécution par ou contre le *dominus* et la poursuite par ou contre le *procurator*, comme étant résolue par le magistrat, selon les circonstances, et non par les parties, à leur gré.

Au point de vue actif, le *procurator* pourra s'opposer à ce que la poursuite en exécution soit dirigée par le *dominus*, s'il a été institué *in rem suam*, ou s'il a fait des avances non encore remboursées (3).

Au point de vue passif, nous trouvons la même décision. Le magistrat ne laisse pas à la partie bénéficiaire de la condamnation le choix entre le *procurator* ou le *dominus*. Le magistrat examine et décide; il accorde action *judicati* contre l'un, et refuse action contre l'autre.

Pourquoi cette différence entre les procès et les contrats où le choix paraît avoir été laissé au tiers entre ses débiteurs, celui avec lequel il a contracté, celui dont il a suivi la foi? Nous croyons que le motif est que, dans les procès, l'insolvabilité n'est pas à craindre, puisque, toutes les fois qu'un *cognitor* ou *procurator* intervient, une *satisfactio judicatum solvi* est fournie. Il en est autrement dans les contrats; en l'absence de fidéjusseurs, il est fort important pour le créancier, au cas où le *dominus* serait insolvable, de pouvoir attaquer le *procurator*, de choisir enfin le plus solvable de ses débiteurs.

(1) GAIUS. *Com.* 4. § 84. — (2) PAPIN. § 331. *Frag. Vatic.* *Modest.* f. 65. *Dig. De proc.* 3. 3. — (3) PAPIN. fr. 68. *Dig. De procur.* 3. 3. *Ulp.* f. 28. *Dig. Eod.* *Paul.* fr. 30. *Dig. Eod.*

Nous avons exposé le système de la législation romaine en combinant les règles du droit civil avec les tempéraments prétoriens. Il en résulte que, à part quelques hypothèses exceptionnelles (1), les Romains n'ont jamais admis le principe de la représentation parfaite d'une personne par une autre; que si le prêteur a corrigé les inconvénients de la règle contraire du droit civil, s'il a essayé de faire rejaillir sur le mandant les conséquences des actes du mandataire, il s'est bien gardé de rendre le mandataire étranger aux suites d'une opération qu'il a conduite parfois à ses dépens. Le mandataire peut, afin d'être indemne, retenir en sa personne les effets produits par son acte. D'un autre côté, le mandataire n'échappe aux obligations qu'il a contractées, que si le mandant est en état de satisfaire les tiers créanciers.

J. E. L.

#### APPENDICE X. (n° 1619.)

##### DES CONTRATS ET DES PACTES NUS.

Le législateur peut et doit prévoir, définir, limiter les démembrements dont la propriété est susceptible pour l'utilité de l'homme. L'intérêt de la société, qui prospère ou qui souffre selon l'état, la liberté d'exploitation et la circulation de la propriété, l'exige.

Le législateur, au contraire, ne saurait à l'avance prévoir et définir toutes les conventions obligatoires que les hommes peuvent former entre eux dans un intérêt sérieux et honnête. Il ne doit donc procéder en cette matière que par des règles générales; il doit se borner à tracer les limites de la liberté.

C'est ce qu'a compris et réalisé le Code civil par cette disposition: « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles sont obligatoires pourvu qu'elles aient un objet et une cause licites. » Art. 6. 1134. 1131. *Cod. civ.*

(1) Nous citerons quelques exemples des ces exceptions qui ont été en augmentant de nombre vers l'époque du Bas-Empire. — Nous l'avons déjà dit, quand un mandataire même général négocie, conclut, réalise avec des deniers dont il est propriétaire un *mutuum* au nom du mandant, la créance naît dans la personne du mandant, et les choses se passent comme dans le droit moderne. *Ulp.* f. 9. § 8. *Dig. De rebus creditis.* 12. 1. *Paul.* f. 126. § 2. *Dig. De verb. oblig.* 45. 1. Justinien a voulu que l'hypothèque consentie pour sûreté du prêt suivît le sort de l'obligation principale. Le mandant devient créancier; il profite directement de la constitution d'hypothèque. *Just.* l. 2. *C. per quas pers.* 4. 27.

Les empereurs Théodose II et Valentinien III ont décidé que pour un pupille *infans* auquel une hérédité est échue, l'adition faite par son père de famille ou son tuteur rendrait le pupille héritier. *Theod. et Valent.* l. 18. *C.* 6. 30. *De jure delib.*

Comment ce problème avait-il été résolu par le droit romain? Nous trouvons en droit romain une règle diamétralement opposée. En principe, une convention pure et simple formée par l'accord de volontés intelligentes, même ayant un but licite, n'est pas juridiquement obligatoire; elle n'est pas sanctionnée par une action en justice. *Ex pacto actio non oritur* (1).

Quelle est la signification de cette maxime étrange? Quelles exceptions a-t-elle reçues? Le législateur romain (au début, c'est la coutume; presque tout le *jus civile* a découlé de cette source) se défie de la volonté pure, de ce fait métaphysique, interne, qui peut se trahir au dehors de mille façons diverses, plus ou moins incertaines ou trompeuses. Cette défiance ne cesse que devant des garanties extérieures de précision, de netteté. La volonté n'a la force d'engendrer un droit et une action que lorsqu'elle est manifestée dans une forme consacrée par l'usage. Le droit commence toujours par être formaliste.

La coutume a d'abord réglementé, sanctionné quelques formes d'actes répondant à des intérêts déterminés, aux besoins les plus impérieux d'une société naissante. Nous nous plaçons après l'invention de la monnaie, l'un des premiers instruments de la civilisation.

Nous voyons apparaître deux actes d'une importance extrême; la vente au comptant, le prêt d'argent; tous deux solennels, tous deux assujettis à un rituel minutieux, tous deux accomplis devant un *libripens* et des témoins. La religion et la cité sont associées à l'acte du particulier.

Nous n'insisterons pas sur la vente au comptant, *venumdatio* ou *mancipatio*, qui se rattache plus à la matière de l'aliénation qu'à celle des obligations.

Le prêt d'argent se réalise aussi *per aes et libram* (2). Il crée un lien, *nexum*; il astreint rigoureusement un débiteur. L'époque du remboursement est fixée par des paroles solennelles, par une *nuncupatio* (3). Le prêt d'argent suppose déjà, dans la société, l'inégalité des fortunes.

Nous entrons dans une voie de simplification. Les Romains tenaient religieusement le registre de leurs affaires, surtout des mouvements de leurs fonds en numéraire, *accepti et expensi*. Les écritures de ces registres inspiraient grande confiance. La mention sur le registre du créancier, faite du consentement du débiteur, d'un *nexum* solennellement accompli, d'une *pecunia nuncupata*, fit naître l'obligation, donna naissance à l'action, sans qu'il fût besoin de vérifier la réalité du *nexum* énoncé. Le recours au *libripens*

(1) Ulp. l. 1. § 5. *Injue. Dig. De pactis*, 2. 14. Paul. *Sent. Lib. 2*, tit. 14, § 1. — (2) M. GIARD. *De nexis*. *Revue de leg. et de jurispr.*, t. XXVIII, p. 173. — (3) POMP. FESTUS. *De verb. signif.* v° *Pecunia nuncupata*.

à l'*æs* et à la *libra*, dut par suite, en fait, être négligé. Un acte purement privé créa un droit de créance. C'est l'*expensilatio* ou le *nomen transcriptitium* (1). La foi dans l'écriture du créancier révèle un état de société où l'inégalité des fortunes correspondait à une inégalité sociale et politique.

Puis, par un progrès qui était, non un abandon, mais un perfectionnement du formalisme, a été adoptée une forme de contrat, dérivée sans doute de la *nuncupatio*, réduite peu à peu à la nécessité d'une interrogation et d'une réponse verbales conformes entre elles. C'est la stipulation. Les parties sont présentes; après des pourparlers qui se croisent, se rétractent, s'expriment en des termes quelconques, avec une liberté entière, l'accord se fait; l'attention est alors vivement provoquée par la solennité des paroles qui vont être prononcées, et qui vont nouer le contrat, river les obligations.

De ces deux branches sorties du *nexum*, l'*expensilatio*, la stipulation, la première s'est atrophiée; la seconde a poussé des ramifications immenses. Dans les *nomen*, le sort du débiteur est principalement déterminé par l'acte du créancier, *in nominibus alius expensum ferendo obligat; alius obligatus*. Dans la stipulation, l'obligation résulte de la conformité de la parole du débiteur avec celle du créancier; *in verborum obligationibus, alius stipulatur, alius promittit*. Le triomphe de la stipulation sur le contrat littéral est un progrès vers l'équité (2).

La forme de la stipulation a été assouplie à des applications très-diverses. Elle a pu recevoir la modalité d'une condition suspensive; modification arbitraire demeurée impossible dans l'*expensilatio* (3).

Arrivés à ce point, si nous voulons mettre le principe du droit romain en regard du principe moderne ci-dessus rappelé, et mesurer la distance qui les sépare, nous dirons: En droit romain, toute convention honnête n'est pas civilement obligatoire; mais toute convention honnête peut être rendue juridiquement obligatoire et munie d'une action; il faut et il suffit pour cela que la volonté commune des parties soit revêtue des formes de la stipulation. *Omnibus pactis stipulatio subjici debet ut ex stipulatu actio nasci possit* (4).

La stipulation, à côté de garanties sérieuses, présentait des inconvénients.

La nécessité de la rencontre et de la présence des parties dans un même lieu afin de pouvoir se parler et s'entendre, était parfois gênante. La stipulation, contrat essentiellement unilatéral, isolait dans des contrats distincts des obligations nées d'une opération à titre onéreux et unies, dans l'intention des parties, par une réci-

(1) GAIUS. *Com. 3*, §§ 128 et suiv. *Fr. Vatic.* § 329. — (2) GAIUS. *Com. 3*, § 137. — (3) *Fr.-Vatic.* § 329. — (4) PAUL. *Sent. lib. 2*, tit. 22, § 2.

procité nécessaire. Elle rompait l'unité qui avait présidé à la conception d'obligations destinées à se balancer, à se compenser l'une l'autre (1).

D'un autre côté, dans les opérations les plus fréquentes, la confiance naturelle des hommes entre eux fit sans doute négliger l'accomplissement des formalités. Il en résulta quelques manques de foi qui firent scandale.

Le droit civil reconnut l'avantage qu'il y aurait à soustraire au formalisme et à sanctionner, indépendamment de toute solennité, certaines conventions fréquentes, usuelles, donnant satisfaction à des intérêts considérables dans le commerce des hommes. Des actions en justice furent introduites pour la sanction de conventions ayant un but spécial.

Les premiers contrats sanctionnés, quoique dépourvus de solennité, furent sans doute les contrats réels nommés.

Le *mutuum* : une somme d'argent, une quantité de choses d'un certain genre a été prêtée, donnée à charge de restitution. Il n'y a eu ni *nexum per æs et libram*, ni stipulation. La propriété des choses prêtées a été transférée par une simple tradition. Est-ce que l'emprunteur échappera à la nécessité du remboursement? non. La justice sociale ne saurait rester indifférente devant une aussi révoltante mauvaise foi.

Une chose a été remise en dépôt ou en gage. Les parties n'ont pas accompli la mancipation avec contrat de fiducie. Il n'importe, des actions seront données pour forcer à la restitution et même pour le compte des dépenses conservatoires qui peuvent avoir été faites sur la chose (2).

Le fait d'avoir reçu à charge de restitution devient une cause suffisante de l'obligation civile de rendre, indépendamment de toute formalité.

Jusqu'à présent, la volonté n'a pas été affranchie de toute con-

(1) PAUL. f. 71. DIG. 17. 2. *Pro socio*. ULP. f. 72. pr. f. 75. § 7 PAUL. f. 83. pr. DIG. *De verb. oblig.* 45. 1. Ces lois énoncent des promesses *fundum tradi, insulam fabricari* qui évidemment découlent de conventions à titre onéreux. Elles ne font aucune allusion à l'obligation réciproque. La réciprocité a disparu par l'emploi de la stipulation. Nous n'allons pas jusqu'à soutenir que les conséquences équitables de la réciprocité convenue ne pouvaient pas réparer au moyen d'une exception ou d'une *condictio sine causa*; mais cela est subordonné à l'administration d'une preuve extrinsèque au contrat. — (2) Le progrès du droit a peut-être été celui-ci : Mancipation avec contrat de fiducie, tel a été le procédé primitif. — Une personne, par une confiance imprudente, a remis une chose à charge qu'elle lui serait rendue. Elle n'a pas observé les formes du droit civil; elle n'a pas d'action contractuelle. La revendication suppose un droit de propriété dont le déposant peut ne pas être investi. Le magistrat, par l'action *de dolo*, réprime, comme un délit, l'infidélité du dépositaire. — Puis le fait de la remise d'une chose restituable a été érigé en une cause d'obligations civiles. La convention est devenue contrat, contrat propre à engendrer des obligations réciproques. M. DESJARDINS : Les deux formules des actions *depositi et commodati*. *Revue hist.* 1867.

dition extérieure. Seule elle n'a pas encore été rendue productive d'obligation parfaite. L'utilité majeure de certaines conventions a fait enfin admettre un nombre restreint de contrats consensuels, singulière expression, pléonasme choquant au premier abord, contrats qui sont constitués et munis d'actions par la vertu d'un simple accord de volontés, non-seulement sans forme solennelle, mais encore sans condition matérielle accessoire : la vente, le louage, la société, le mandat.

Ne nous laissons pas abuser par la classification des Instituts : *Quatuor sunt species obligationum quæ ex contractu nascuntur; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu*. Il n'y a aucune ressemblance de nature entre le contrat verbal et le contrat réel ou consensuel. Le contrat verbal est une manière de contracter qui peut s'adapter à toute sorte de conventions. Les contrats, réels ou consensuels, sont des contrats répondant à des buts déterminés, donnant satisfaction à des intérêts spéciaux, dans lesquels l'affranchissement de toute forme est subordonné à la condition de ne pas s'écarter du but exceptionnellement favorable qui a motivé la dérogation au principe du formalisme.

Ces progrès se sont accomplis sous la République, sans qu'on puisse en préciser la date. D'autres ont été accomplis sous l'Empire.

La nécessité de formes solennelles expose à un manque de foi ceux qui ont eu l'imprudence de se dispenser de leur accomplissement. En dehors des hypothèses étroitement circonscrites des contrats réels ou consensuels, la protection de la justice sociale leur était refusée. Ce manque de foi était surtout grave et propre à faire scandale, lorsqu'une partie avait reçu une prestation, avait été enrichie à charge d'une restitution convenue, laquelle ne s'exécutait pas. Il est à croire que des faits de ce genre ont ému l'opinion publique et provoqué un changement de jurisprudence. Cette considération avait déterminé à consacrer, au moyen d'actions spéciales, certains contrats réels accomplis sans solennités par la simple remise d'une chose destinée à être restituée. Elle a suggéré aux Proculétiens la pensée d'un système plus large. Lorsqu'en vertu d'une convention destinée à procurer aux parties des avantages réciproques, en dehors du cercle des contrats réels nommés, une partie a procuré à l'autre l'avantage convenu, soit par une dation, soit par un fait, tolérera-t-on que l'autre ne fournisse pas l'équivalent sur lequel la première a compté? Il est vrai que la partie trompée dans son attente peut répéter ce qu'elle a donné par la *condictio ob rem dati re non secuta*. Mais, d'une part, cette répétition n'est pas toujours possible, notamment après l'exécution d'un fait; d'autre part, ce pas en arrière, s'il répare le préjudice, déjoue les calculs de l'activité humaine, qui aspirait à une amélioration sur l'état antérieur. —

Il vaut mieux contraindre à l'exécution de ce qui a été convenu.

La théorie des Proculéiens, après avoir rencontré des adversaires tenaces, a prévalu. Une série de contrats réels nouveaux, série non limitée, contrats innomés, a été sanctionnée par l'action *præscriptis verbis*.

L'innovation est notable et marque un grand pas vers la liberté des conventions. Ce ne sont plus des conventions ayant un but déterminé, dont le législateur apprécie l'importance pratique, comme les contrats consensuels et les contrats réels nommés, qui sont sanctionnés. Le législateur ne se borne pas à adapter une action spéciale à un contrat défini dans son objet. Non, une action générale est ouverte pour l'exécution de toutes les conventions répondant à des types très larges, parvenues à un certain degré d'exécution : *Dedi ut dares, dedi ut faceres, feci ut faceres, feci ut dares. Dedi, feci; subest causa obligationis* (1).

Nous avons assisté au développement du droit civil. Nous avons vu se restreindre le nombre des conventions non sanctionnées, non érigées en contrat par le droit civil. Il en reste cependant; ce sont les conventions qui, en dehors de la définition des contrats consensuels, n'ont pas été revêtues des formes de la stipulation, qui n'ont pas donné lieu, de la part de l'une des parties, à la prestation d'un avantage au profit de l'autre, dans l'attente d'un avantage en retour.

La règle toujours subsistante *ne ex pacto actio nascatur* explique l'importance, en droit romain, d'une théorie dont les juristes modernes n'ont plus à s'occuper : la théorie des pactes adjoints. Les actions des contrats reconnus serviront-elles à l'exécution forcée de pactes ajoutés incontinent à ces contrats? Oui, si les actions sont régies par la bonne foi; *pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis; formant ipsam actionem* (2). — Oui encore, si nous en croyons Paul, dans la *condictio* née de la stipulation; *pacta incontinenti facta stipulationi inesse* (3). — Le *mutuum* lui-même ne demeure pas complètement étranger à cette jurisprudence extensive; un pacte y introduit valablement la solidarité; mais un pacte accessoire au *mutuum* ne saurait, en principe, rendre des intérêts exigibles. La stipulation est nécessaire; elle est une garantie pour le débiteur, dont la dette du capital emprunté peut être, par les intérêts, si lourdement aggravée (4).

Les parties jouissent donc d'une assez grande latitude pour adapter et approprier les contrats reconnus à leurs intentions infiniment variables. Mais une limite existe : le pacte adjoint ne

(1) PAUL. f. 5. pr. DIG. *De præscriptis verbis*. 19. 5. — (2) ULP. f. 7. § 5. DIG. *De pactis*. 2. 14. — (3) PAUL. f. 40. DIG. *De rebus creditis*. 12. 1. — (4) DIOCL. et M. l. 5. Cod. *Si certum pet.* 4. 2. — ULP. f. 5. § 2. DIG. *De solut.* 46. 3. Explic. des Inst. nos 1580 et suiv.

saurait participer à la force juridique du contrat, que si, modifiant les effets naturels de ce contrat, il n'en contrarie pas le caractère, le but essentiel.

Le droit prétorien a, de son côté, introduit des actions pour sanctionner certains pactes, principalement des pactes relatifs à la solution des différends. L'expédition des affaires litigieuses est de la compétence particulière du préteur.

Une action est donnée pour l'exécution d'une transaction faite sous la condition du serment, quand le serment a été prêté. Chez un peuple religieux, il eût été grave de ne pas tenir pour vérité ce qui a été affirmé sous serment (1).

Une action est donnée contre l'arbitre choisi, qui a reçu et agréé la mission de trancher, par une sentence valant transaction, la contestation pendante entre des personnes qui se sont promis réciproquement des peines pour le cas où l'une d'elles violerait la sentence de l'arbitre. Le refus de l'arbitre ne doit pas enlever aux parties le bénéfice du compromis solennellement conclu (2).

L'innovation la plus remarquable du préteur, à ce point de vue, consiste dans l'*actio de constituta pecunia*.

Une obligation civile ou naturelle existe, découlant de faits antérieurs. Une personne, étrangère ou non jusqu'alors à la dette, convient avec le créancier de la payer. Elle règle les conditions, l'objet, l'époque du paiement. Il importe qu'un paiement convenu soit exécuté. Une convention de paiement inspire une attente qui ne doit pas être déçue. Le droit civil avait donné action contre l'*argentarius* qui avait promis solennellement de payer. La parole d'un *argentarius*, dépositaire des richesses de ses clients, avait en quelque sorte la valeur d'un chèque détaché d'un carnet délivré par un banquier. Le préteur voulut que la convention d'un paiement réglé et défini, émanée de qui que ce fût, entrât dans les négociations des hommes comme une valeur réelle. Il donna, pour en assurer l'exécution, une action imitée de la *condictio certi*, une action dans laquelle chaque partie pouvait provoquer l'autre à la promesse, en cas d'échec, d'une peine de la moitié de la somme litigieuse (3).

Le pacte de constitut est, en droit prétorien, ce que la stipulation est en droit civil, non pas une convention ayant un but et un objet déterminés, mais une convention pouvant servir à la conclusion de presque toutes les affaires entamées et pendantes.

La stipulation offre des garanties par ses formes. Comment lui assimiler le pacte de constitut, simple accord de volontés, susceptible de se former même *inter absentes*, avec toutes les incertitudes des divers moyens de correspondance? Le préteur a

(1) GAIUS. f. 1. PAUL. f. 2. DIG. *De jurejur.* 12. 2. — (2) ULP. f. 3. § 1. ULP. f. 11. § 2. § 4. DIG. *De receptis*. 4. 8. — (3) GAIUS. 4. § 171. DIG. 13. 5. *De const. pec.*

pensé sans doute que la perspective d'un paiement prochain, réglé et précisé dans tous ses éléments, exciterait vivement l'attention. Il ne s'agit plus d'entamer une affaire qui suggère des espérances dans un avenir plus ou moins éloigné; il s'agit de la terminer, de la liquider et d'en dégager une réalité précise. L'heure des résolutions sérieuses est arrivée.

Au Bas-Empire, la faveur qu'inspire le mariage a fait admettre qu'une convention, sans les formes de la stipulation, suffirait pour obliger civilement celui qui promet une dot au mari ou au futur mari (1).

Justinien a même étendu cette réforme à toutes les donations entre vifs. Mais pour les donations dont l'objet a une valeur de plus de cinq cents solides, l'insinuation est une solennité protectrice de la volonté du donateur. A l'égard de ces donations importantes, la formalité qui prévient les entraînements a été transformée plutôt que supprimée (2).

Le nombre des obligations sanctionnées s'est, avec le temps, considérablement augmenté, mais il est toujours resté limité. La règle *ex pacto actio non nascitur*, plus rarement applicable, n'est pas renversée. La volonté humaine n'a pas été complètement affranchie du formalisme. Il existe encore des conventions ayant un but honnête, qui, à défaut de l'accomplissement des formes de la stipulation, sont dépourvues de sanction.

Nous en citerons trois exemples.

1° La convention de prêter, autrement dit l'ouverture de crédit (3);

2° La convention d'échange ou de partage (4);

3° La transaction (5).

La stipulation est nécessaire pour que des obligations civiles existent avant la réalisation du prêt, avant que l'échange ou le partage ait été exécuté par l'une des parties.

Que ce soit une imperfection du droit romain, peut-être; mais il ne faut pas croire que ce soient des lacunes arbitraires, des oublis non motivés. On peut, sinon justifier, du moins comprendre la conduite du législateur romain dans l'octroi ou le refus des actions en justice. Le législateur romain a toujours voulu, pour diminuer le nombre des procès, subordonner la concession d'une action en justice à une utilité pratique démontrée ou à une mesure de prudence destinée à simplifier le procès.

(1) THÉOD. I. 6. Cod. *De dotis prom.* 5. 11. — (2) JUST. I. 34. Cod. *De don.* 8. 54. Il faut avouer que, relativement aux donations inférieures à cinq cents solides, la législation byzantine offre une singularité inexplicable. Une convention pure suffit pour rendre civilement débiteur d'une somme de quatre cents solides *donandi animo*, mais non pas *credendi animo*. Néanmoins, dans le premier cas, les captations sont plus à craindre. — (3) PAP. f. 1. pr. et § 1. Dig. *Qui potiores.* 20. 4. — (4) HERMOG. f. 45. Dig. 2. 14. *De pactis.* — (5) PAUL. f. 15. Dig. 2. 15. *De transact.*

En général, quand on convient d'un échange ou d'un partage, on a les biens qui en seront l'objet, à sa disposition. On peut exécuter, on exécute immédiatement la convention. Il est extraordinaire que l'on veuille, que l'on ait des raisons sérieuses de vouloir arrêter, dès aujourd'hui, les termes d'un échange ou d'un partage et d'en renvoyer l'exécution dans l'avenir. Si vous voulez agir ainsi, employez la stipulation.

La vente à crédit, la vente dont l'exécution est différée, répond à un intérêt majeur et fréquent; on veut s'assurer à l'avance les choses dont on aura besoin. Le vendeur n'a pas encore les denrées à fournir, l'acheteur n'a pas encore amassé le prix; la convention érigée en contrat donne une assurance juridique d'exécution ultérieure au fur et à mesure des besoins et des facultés. La vente à crédit méritait d'être facilitée et soustraite aux formes de la stipulation. — L'échange conclu en vue d'une exécution future, exécution retardée de part et d'autre par des délais, pour ainsi dire l'échange à crédit, n'offre pas le même intérêt, ne répond pas à une préoccupation fréquente et sérieuse, et a pu être laissé sous la nécessité d'une forme solennelle protectrice de la volonté.

Les parties qui transigent veulent prévenir ou terminer une contestation. Il est prudent d'exiger d'elles les précautions jugées nécessaires pour que la transaction elle-même n'engendre pas une difficulté nouvelle.

Quant à l'ouverture de crédit, elle suppose un développement d'industrie que les Romains n'ont sans doute pas connu. Rarement pratiquée, elle est restée, sans de graves inconvénients, sous le régime primitif de la stipulation.

Le droit moderne a rompu le cercle, il a émancipé la volonté humaine, supprimé la distinction des pactes et des contrats, accordé librement la sanction des voies judiciaires à la volonté des parties, poursuivant, par des combinaisons d'un caractère prévu ou imprévu, des buts honnêtes (1).

J. E. L.

(1) POTHIER. *Oblig.* n° 9. — Sur ce sujet des aperçus analogues sont émis par M. Sumner Maine, en son remarquable livre intitulé *l'Ancien Droit*, trad. COURCELLE-SENEUIL, ch. IX, *Histoire du contrat*, principalement p. 297, 309. Cette marche des idées juridiques, cette subordination de la volonté à des formes qui la précisent, à des faits qui la réalisent, se retrouve chez tous les peuples en une certaine phase de leur civilisation. Voyez les intéressantes études de M. Esmein sur les contrats dans le très-ancien droit français; première étude, de la formation des contrats, notamment p. 6.