

APPENDICES DU LIVRE IV

APPENDICE I. (N° 2046.)

DE LA LITIS CONTESTATIO.

Les Romains ont attribué à la *litis contestatio* des effets très-remarquables qui semblent dériver d'un principe singulier, et qui ont été gouvernés de façon à atteindre des résultats utiles.

L'idée que nous qualifions de singulière est qu'un droit qui, contesté, demande la protection des pouvoirs sociaux, sombre et disparaît dans l'acte destiné à le sauver.

Ce principe n'est point reproduit dans notre Code de procédure; il est repoussé par la doctrine moderne; mais la plupart des résultats utiles en sont maintenus (1).

La litiscontestatio est l'organisation d'une instance dans laquelle un droit contesté est déduit. Elle est la détermination d'un litige contradictoire. — Elle produit deux effets généraux et caractéristiques. Essayons de les décrire et de les expliquer.

1° La litiscontestatio engendre, comme un contrat, une obligation entre les personnes engagées dans le procès. Le défendeur est obligé envers le demandeur à subir le procès d'abord, la condamnation ensuite, s'il y a lieu. La condamnation déterminera l'objet définitif de cette obligation née de l'instance.

La *litis contestatio* est le début d'un procès; elle suppose un désaccord entre les parties; elle offre l'image d'une lutte. Néanmoins elle est assimilée à un contrat. — Cela s'explique, à l'époque du droit classique, par l'idée que le défendeur reçoit et accepte la délivrance de la formule; il consent à ce que la contestation soit examinée et terminée par le juge. Il consent, pour éviter un sort désastreux, une *missio in possessionem bonorum* comme *indefensus*; mais enfin il consent (2).

Ce rapport d'obligation se forme entre les plaideurs, quelle que soit la nature du droit exercé, fût-ce un droit réel. Le possesseur, jusqu'alors sans lien de droit avec le propriétaire, est maintenant tenu d'une obligation envers celui-ci, demandeur en revendication.

(1) GARSONNET, *Cours de proc.*, t. II, § 254. — (2) ULP., f. 52, Dig. *De reg. juris*, 50, 17. *Non defendere videtur, non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.*

Tenu de veiller à la conservation de la chose litigieuse, il est responsable d'un défaut de soins, d'une faute d'omission, comme un débiteur contractuel.

Tenu de se prêter au procès et d'attendre la sentence, il doit, quelle que soit sa bonne foi, mettre en réserve les fruits et produits provenant de la chose litigieuse, afin de les restituer si le juge l'ordonne (1).

Débiteur de la chose litigieuse, il est passible des conséquences rigoureuses de la demeure; il répond des cas fortuits, si, de mauvaise foi, il résiste à la demande et méconnaît la prétention élevée contre lui (2).

Ces conséquences répondent à un but équitable. Le demandeur, qui obtient gain de cause, doit être mis dans la situation où il serait si justice lui avait été rendue dès l'*ordinatio litis*. Il faut, toutefois, permettre au défendeur de bonne foi de soutenir sa cause (3).

2° La *litis contestatio* épuise le droit litigieux en ce sens que ce droit ne pourra plus être la source d'un autre procès entre les mêmes personnes et leurs ayant-cause.

Le motif est qu'un débat doit suffire pour éclaircir et terminer un différend. Le *judicium* conduit normalement à une sentence. Cette sentence réglera désormais les relations respectives des parties, sans qu'il leur soit permis de raviver les anciennes prétentions. Le passé plein de doutes et de querelles a fait place à une situation nouvelle, à un repos assuré par la décision de la justice.

Mais, si le premier procès n'a pas abouti à une sentence sur le fond du droit, si le *judicium* a été périmé par le temps, ou que la sentence ait absous le défendeur par suite d'une exception purement dilatoire, le droit du demandeur sera-t-il encore épuisé? — Oui, selon la sévérité du droit classique. Ces résultats fâcheux proviennent de la faute des plaideurs. Les hommes doivent être vigilants. A côté de l'*exceptio rei judicatae* existe l'*exceptio rei in judicium deductae* (4).

Cet excès de rigueur a disparu de la législation du Bas-Empire. L'obstacle légal au renouvellement du procès réside uniquement dans le respect dû à une précédente décision rendue sur le fond de l'affaire.

Combinons les deux effets indiqués. Le droit antérieur est consommé; un droit nouveau a pris sa place; les rapports entre les parties sont renouvelés et transformés. L'idée d'une novation plus ou moins parfaite se présente à l'esprit; elle a été conçue par les jurisconsultes romains eux-mêmes (5).

(1) INST. 4. 17. § 2 *in fine*. — (2) PAUL. f. 16. pr. Dig. 6. 1. *De rei vind.* M. PELLAT sur cette loi. — (3) GAIUS, f. 20. Dig. *De rei vind.* 6. 1. — PAUL, f. 24, pr. Dig. *De usuris*, 22. 1. — (4) GAIUS. §§ 106, 121. — (5) PAUL. f. 29. Dig. 46. 1. *De nov.* FRAG. VATIC. § 263. L'idée de novation s'adapte beaucoup

Qu'un droit s'éteigne au moment où le titulaire veut le faire reconnaître et sanctionner par la justice sociale, que toute contestation aboutisse à une transformation du droit mal à propos contesté, on peut, en raison, critiquer cette théorie. Dans le système formulaire, elle trouvait parfois un point d'appui dans la règle que toute condamnation était pécuniaire. Comment ne pas admettre la substitution d'un droit à un autre, quand l'objet du droit issu de la condamnation était différent de l'objet du droit primitif?

L'*arbitrium* du juge, en procurant au demandeur une satisfaction directe et non par équivalent, est venu contrarier souvent l'idée de novation. Il en est de même de la règle : *omnia judicia absolutoria esse*, il est singulier d'affirmer que le droit de créance du demandeur a été éteint par la *litiscontestatio* et de considérer comme libératoire, pour le défendeur, l'exécution précise de cette même créance pendant le procès (1).

Mais voyons, avant tout, les conséquences pratiques que les jurisconsultes romains ont tirées de ce principe.

Une action, supposons-le, est bornée à la vie de celui en qui elle est née, parce qu'elle respire la vengeance, *vindictam spirat*, par exemple l'action d'injures (2), ou bornée à la vie de celui contre qui elle est accordée, parce qu'elle est pénale, par exemple l'*actio furti* (3), ou bien limitée à un certain temps, presque toujours parce qu'elle sanctionne un délit prétorien, par exemple

mieux au cas où le droit déduit en justice est un droit de créance, que lorsque ce droit est un droit de propriété. Néanmoins, la stipulation aquilienne prouve que les Romains n'ont pas absolument écarté toute idée de novation de la matière des droits réels. Dans un système de procédure comme le système formulaire où toute condamnation est pécuniaire, un droit réel dès qu'il est contesté, la propriété d'une chose qu'on ne possède pas, ne représentent guère que la créance des dommages et intérêts auxquels on peut faire condamner les contestants. Cette créance est dans la formule aquilienne déduite en stipulation. Déduite en justice, elle prend une vie, une force, une existence juridique, qui étouffe et paralyse le droit réel préexistant. — INST. 3. 29. § 2. Explic. n° 1690 et suiv.

(1) GAIUS. 4. § 114. Si les Sabinien étaient attachés à la tradition et peu favorables aux nouveautés, ils développaient les principes traditionnels avec une hardiesse propre à donner satisfaction aux besoins nouveaux. — (2) INST. 4. 12. § 1. CONSR., l. 7, C. 8. 56. Explic. n° 2246. — (3) INST. 4. 12. § 1. Explic. n° 2246. A ce point de vue, le caractère pénal se recherche à l'égard du défendeur; ce qui embrasse deux classes d'actions : 1° les actions pénales *ex utraque parte* qui affligent le défendeur d'une perte à raison d'un fait illicite et qui procurent au demandeur un gain qui est comme le bénéfice d'une amende privée. Ex. : *actio furti manifesti vel non manifesti*. — 2° Les actions pénales *ex parte rei tantum*, qui affligent d'une perte le défendeur coupable d'un fait illicite, mais qui procurent au demandeur simplement la réparation d'une perte subie, une indemnité, *quod abest e patrimonio suo*. Ex. : Action de *dolo*, action révocatoire des actes frauduleux d'un débiteur dirigée contre un tiers acquéreur à titre onéreux complice de la fraude, action née de l'*interdictum unde vi* contre l'auteur de la dépossession violente. Il n'y a guère d'intérêt à distinguer ces deux classes d'actions relativement aux effets qu'elles produisent contre le défendeur. Elles s'éteignent par la mort du coupable; elles ne

l'action de *dolo* (1). L'action est exercée. Le rapport nouveau qui se forme entre les parties est dans tous les cas purement contractuel; ses effets sont perpétuels et transmissibles. *Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ iudicio, salvæ permanent* (2). Il fallait stimuler à agir promptement, provoquer la manifestation d'un ressentiment personnel, atteindre le coupable vivant. C'est pour cela que l'action avait été rendue temporaire. Le résultat est obtenu; le droit reprend son caractère normal de perpétuité.

Un fils de famille ayant un pécule profectice a commis un délit privé. Le père de famille ne saurait être poursuivi de *peculio* à raison de ce délit. Car il n'a autorisé son fils à disposer des valeurs du pécule que par des actes et pour des buts licites. Mais si le fils de famille a préalablement été condamné, sa dette a subi une transformation; elle est devenue contractuelle; le père peut être poursuivi de *peculio* par l'*actio iudicati* et pour l'exécution de la condamnation. Cela paraît au premier abord très subtil. Mais il était utile de poser la règle que le père de famille ne répond sur le pécule que des actes licites, notamment à l'égard des esclaves qui ne peuvent pas, comme les fils de famille, être poursuivis et condamnés. Il était pourtant équitable que la condamnation prononcée contre le fils s'exécutât sur le pécule. Le fils échappe ainsi à la contrainte par corps, et la concession du pécule a moins pour but de favoriser l'activité du fils à l'avantage du père, que de conférer au fils la base et les moyens d'une indépendance de vie, qui emporte assez justement la responsabilité des mauvaises comme des bonnes actions (3).

C'est surtout pour opérer le transport des droits de créance et des obligations que les Romains ont utilisé le principe que la *litiscontestatio* épuise le droit ancien et reconstitue un droit nouveau.

se donnent pas contre l'héritier, si ce n'est *quatenus locupletior factus est e maleficio*. ULP. f. 17. § 1. GAIUS. f. 26. DIG. 4. 3. *De dolo malo*. — VENULEIUS. f. 11. DIG. 42. 8. *Quæ in fraudem*. — ULP. f. 3. § 48. DIG. 43. 16. *De vi*. — PAULUS. f. 127. DIG. 50. 17. *De reg. juris*. Mais, à d'autres points de vue, à l'égard du demandeur, la distinction est importante. Celui qui, victime de plusieurs délits, même renfermés dans un seul fait, voit s'ouvrir à son profit plusieurs actions bilatéralement pénales, peut cumuler le bénéfice des condamnations. HERMOG. f. 32. DIG. 44. 7. *De oblig. et act.* Celui qui est victime d'un délit commis par plusieurs coupables de concert, peut obtenir autant de condamnations et toucher autant d'amendes qu'il y a de coupables. DIACL. et M. l. 1. Cod. 4. 8. *De cond. furt.* Au contraire, le concours de plusieurs actions tendant à indemniser une personne lésée, n'aboutit jamais au cumul, alors même que le fait dommageable est l'œuvre de plusieurs délinquants. ULP. f. 17. pr. DIG. 4. 3. Nous nous sommes occupé d'actions provenant de faits illicites. Les actions nées d'un contrat sont perpétuelles et se donnent contre les héritiers *in solidum*, même pour la réparation d'une faute ou d'un dol commis dans l'exécution de ce contrat. PAUL. f. 49. DIG. 44. 7. *De oblig. et act.*

(1) INST. 4. 12. pr. Explic. n° 2243. — (2) GAIUS. f. 139. pr. DIG. 50. 17. — (3) ULP. f. 3. § 11. DIG. 45. 1. *De pecul.*

Le cessionnaire d'une créance, *procurator in rem suam*, devient, par la litiscontestation, titulaire du droit nouveau contre le débiteur cédé, et le cédant est du même coup désinvesti du droit primitif (1).

Une personne doit ou veut prendre à sa charge l'obligation qui pèse sur autrui. Elle intervient au procès, prend le rôle de défendeur. Au moment où l'instance est organisée, le débiteur primitif est libéré, et l'obligation née du procès pèse sur celui qui y figure comme *procurator in rem suam*. La *procuratio in rem suam* sert aussi bien à transporter des obligations qu'à transporter des créances. Le créancier qui change de débiteur y consent plus ou moins librement; mais il est, en général, suffisamment garanti par la satisfaction *judicatum solvi* (2).

Notons que les sûretés qui garantissaient la première dette sont presque toutes rattachées de plein droit à la nouvelle obligation née du *judicium acceptum* ou contrat judiciaire. La litiscontestation, en principe, améliore, loin d'empirer, la condition du demandeur (3).

Ce système, étrange peut-être dans son principe, ingénieux et utile dans ses conséquences, subsiste-t-il sous Justinien? Non pas sans modification, mais il subsiste dans ses traits principaux.

On dit parfois que la litiscontestation n'a plus de puissance extinctive ou consommatoire des droits antérieurs. Si l'on exprime par là que la litiscontestation n'opère plus jamais extinction *ipso jure*, cela est certain et découle de la disparition des *judicia legitima*. Si l'on pense que la litiscontestation n'épuise plus, ne transforme plus le droit déduit en justice, cela nous semble exagéré.

Si, sous Justinien, les actions de temporaires ou viagères deviennent perpétuelles, ce qui signifie que les actions d'une existence exceptionnellement abrégée deviennent trentenaires; si le père de famille peut être forcé de subir de *peculio* les condamnations pénales prononcées contre le fils, il convient, pour rester fidèle au langage des textes insérés dans les compilations du Bas-Empire, de l'expliquer par la transformation du droit déduit en justice.

La litiscontestation a, en outre, conservé la puissance de transporter les obligations d'une personne à une autre, de changer dans un rapport obligatoire le créancier ou le débiteur lorsqu'intervient au procès un *procurator in rem suam*. Cette sorte de novation judiciaire n'a pas été modifiée par Justinien. Elle implique dans les idées romaines une extinction et une renaissance d'obligation.

(1) Voy. notre appendice sur le transport des créances. App. 41, liv. 3. —

(2) PAUL. f. 45. pr. et § 2. DIG. 17. 1. *Mandati*. — JUST. I. 1. § 10. Cod. *De rei uz. act.* 5. 13. — POMP. f. 23. DIG. 46. 3. *De solut.* — FR. VAT. § 317. GAIUS. Com. 4. § 101. ULP. f. 29. DIG. *De proc.* 3. 3. — (3) PAUL. f. 29. DIG. *De nov.* 46. 2. PAUL. f. 86. f. 87. DIG. *De regulis juris.* 50. 17.

La *litis contestatio*, même relativement à une action perpétuelle, même sans aucun changement de personnes dans le rapport de droit litigieux, produit encore un certain épuisement du droit de plaider, puisque l'une des parties n'est plus libre d'abandonner arbitrairement l'instance commencée, pour en introduire une autre, en vertu du même droit, contre le même adversaire, dans des conditions différentes de temps et de juridiction. A ce point de vue, on concevrait que l'*exceptio rei in judicium deductæ* subsistât sous Justinien pour remplir l'office de notre exception de litispendance.

Arrivons à la réforme qui a suggéré l'idée que la litiscontestation n'est plus extinctive. D'après le droit classique, dans la dette corréale, une seule action était donnée. Une poursuite judiciaire épuisait le droit. Cet effet de la litiscontestation se produisait au point de vue actif, à l'égard des *correi stipulandi*, de même qu'au point de vue passif, à l'égard des *correi promittendi*. Justinien a décidé que, au point de vue passif (remarquons le bien), il y aurait autant d'actions, il y aurait faculté d'agir autant de fois qu'il y aurait de débiteurs obligés corréalement. Une seule poursuite n'épuise plus le droit du créancier (1). — Cela est vrai. Faut-il en conclure que la *litis contestatio* ait à tous égards perdu sa puissance extinctive? S'ensuit-il notamment que, de plusieurs *correi stipulandi*, chacun ait une action, que l'action intentée par l'un ne soit plus un obstacle à toute poursuite de la part des autres? Non certainement. Cette solution est inadmissible. Le débiteur tenu d'une dette unique ne saurait être exposé à des poursuites et à des condamnations multiples; car alors la diligence du créancier qui a le premier agi serait stérilisée par une poursuite ultérieure et par la faculté pour le débiteur de choisir celui de ses créanciers aux mains duquel il opérerait le paiement (2). Donc, sous Justinien encore, de plusieurs *correi stipulandi* un seul peut agir; par la *litis contestatio* que l'un engage, le droit

(1) JUST. I. 28. C. *De fidej.* 8. 41. *In duobus reis promittendi constitutus ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alium non fieri*. Nous nous servons du langage également usité, en présentant comme une atteinte à la puissance extinctive de la *litis contestatio* l'innovation de Justinien relative aux *correi promittendi*. Dans notre manière de voir, il serait plus exact de s'exprimer ainsi: La loi n'accordait, pour une obligation unique contractée par plusieurs *correi promittendi* ou plusieurs *correi stipulandi*, qu'une seule action. Si, après la *litis contestatio* engagée par l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs, aucune autre action n'était possible, relativement à cette dette, cela dérivait de la nature de l'obligation corréale et non pas de l'effet extinctif de la litiscontestation. Justinien a changé la règle applicable à l'obligation corréale. Il n'a, dans la loi 28 C. 8, 41, modifié en rien la vertu de la *litis contestatio*. Le résultat obtenu est très-conforme à cette idée que la litiscontestation, loin d'empirer, améliore la situation du demandeur. Ainsi disparaît le principal argument en faveur de l'opinion que la litiscontestation a perdu au Bas-Empire sa puissance extinctive. LABBÉ sur MACHELARD, *Dissert.* 1882, p. 317. — (2) Cod. civ. art. 1198.

des autres est épuisé. Or, sur quoi appuyer cette solution nécessaire, si ce n'est d'abord sur le silence de la Constitution de Justinien, et, en outre, sur l'ancien principe des effets de la litiscontestation ?

Toutefois, comme la péremption d'instance ou le triomphe d'une fin de non recevoir ne paraît plus être un obstacle au renouvellement du procès avorté, on peut dire que l'effet novatoire du *judicium acceptum* est maintenant subordonné au dénouement normal d'une instance, à une décision du juge sur le fond du droit, et que, somme toute, c'est le respect de la chose jugée, plus que l'effet consommatoire de la litiscontestation, qui s'oppose à ce qu'un droit déjà déduit en justice reparaisse une seconde fois devant un juge. L'*exceptio rei in iudicium deductæ* a pu presque entièrement disparaître et s'effacer devant l'*exceptio rei iudicatæ* (1). C'est un tempérament notable apporté à la rigueur de l'ancien principe, sans en être le renversement.

Un autre changement mérite d'être signalé.

Il semble résulter de quelques monuments législatifs du Bas-Empire 1° que l'interruption de la prescription se réalise par l'introduction de la demande en justice, sans attendre la litiscontestation; cela est raisonnable; le demandeur a fait preuve de diligence (2); — 2° que, par le même motif, à partir de la même époque, les actions temporaires et viagères deviennent perpétuelles et transmissibles (3).

En résumé, les effets attachés à la litiscontestation ont été modifiés. Distribués entre les différentes parties de l'instance, ils commencent à se produire dès la demande et se consolident par le dénouement normal, la sentence du juge sur le fond du droit. Mais l'idée que, par la litiscontestation, le droit déduit en justice s'épuise, se transforme, se renouvelle, n'a jamais été complètement abandonnée. Subtile en son point de départ, elle aboutit à des conséquences pratiques justes et utiles.

J. E. L.

(1) INST. 4. 6. § 33. Explic. n° 2158. JUST. I. 13. § 1. Cod. De judiciis. 3. 1. JUST. I. 1. § 1. In fine. Cod. De annali exceptione. 7. 40. — (2) HON. et THEOD. I. 3. Cod. 7. 39. De præ. xxx. Nisi allegato sacro rescripto vel aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executorem conventio. Or, la conventio précède la litis contestatio. — (3) ARCAD. et HON. I. 1. JUSTIN. I. 2. Cod. 1. 20. Quando libel. principi datis.

APPENDICE II. (N° 2135.)

DES ACTIONS DE DROIT STRICT ET DES ACTIONS DE BONNE FOI.

Aucune disposition du droit romain n'a donné lieu, croyons-nous, à plus d'appréciations fausses que la distinction des actions ou des contrats de droit strict et de bonne foi. Que des contrats s'interprètent, s'exécutent, contrairement à l'équité et à la bonne foi, cela semble un principe que la législation d'un peuple un peu civilisé aurait dû répudier.

La distinction des contrats en contrats de droit strict et contrats de bonne foi a eu une signification et une portée très-différentes aux différentes époques du droit romain.

Dans une première période, le droit civil règne exclusivement et le formalisme est en pleine vigueur.

La volonté de l'homme réglant ses intérêts avec ses semblables n'a de force que lorsqu'elle a été revêtue de la forme consacrée, et la forme accomplie par des personnes saines d'esprit est efficace indépendamment de toute circonstance extérieure. *Ut lingua nuncupassit, ita jus esto* (1). Ce que la parole a exprimé dans la *nuncupatio* qui accompagne l'opération de l'*æs* et de la *libra*, ou dans la stipulation, est le droit. Le stipulant doit préciser ce qu'il veut; le promettant doit réfléchir avant de parler. Celui-ci doit déjouer les ruses dont il pourrait être victime, résister à la menace. Ce qui est contenu dans la forme consacrée, dans les paroles solennellement échangées, est dû, rien de plus, rien de moins.

Le procès est rendu simple par la précision des formes qui fixent le droit. Quand le prêt d'argent s'est dégagé du *nexum*, *gestum per æs et libram*, et s'est formé par une simple *datio mutui*, il a retenu le caractère d'un contrat de droit strict. L'obligation de l'emprunteur a été exactement proportionnée à l'étendue de la *datio* (2).

Cette rigueur s'efface, et des règles plus indulgentes sont admises dans des hypothèses qui deviennent, avec le temps, de plus en plus nombreuses. Dans le contrat de fiducie, dans les contrats réels conclus sans solennité (sauf le *mutuum*), dans les contrats consensuels, le principe est tout autre. La volonté se recherche et se constate d'après des indices quelconques. Le juge est autorisé à suppléer des volontés non exprimées, d'après l'équité et l'usage; à tenir pour non avenue une volonté détermi-

(1) Loi des douze tables, tab. Sext. — (2) M. ACCARIAS. Précis, n° 584.

née par une crainte excusable, ou des manœuvres frauduleuses. Les rapports des parties sont réglés conformément à la bonne foi (1).

En cet état du droit, l'opposition entre l'action du droit strict et l'action de bonne foi présente un contraste choquant. Le débiteur, qui peut, dans l'une, se soustraire à son obligation en invoquant le dol de son adversaire, ne le peut pas dans l'autre.

Cet état n'a pas duré longtemps. L'exemple de la plus grande latitude accordée au juge, et de la prise en considération de l'équité dans les contrats de bonne foi, a, sans doute, réagi sur les principes applicables aux contrats de droit strict. Dans toute action *stricti juris*, une exception introduite à la demande et dans l'intérêt du défendeur a élargi les pouvoirs du juge. Le défendeur peut, grâce à cette modification dans la formule, proposer tous les moyens d'équité propres à le faire absoudre. L'action de droit strict est, par l'insertion de l'exception de dol, en quelque sorte convertie en une action de bonne foi au profit du défendeur (2).

La législation est entrée dans une phase nouvelle. La différence entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi s'explique par une considération rationnelle.

Les contrats restés sous l'empire du droit strict sont les contrats unilatéraux. La stipulation, même appliquée à des affaires destinées à procurer aux parties des avantages réciproques, isole chaque obligation et offre l'aspect d'un créancier en face d'un débiteur sans aucune condition de réciprocité. — Dans les contrats unilatéraux, la protection légale a paru devoir s'adresser à une partie plus secourablement qu'à l'autre. Cette inégalité devant la justice répare une inégalité antérieure. Dans la négociation le créancier a presque toujours une supériorité sur l'autre; il formule ses demandes, il dicte une loi que l'autre subit. Le législateur prend le débiteur sous sa protection spéciale. — Les contrats synallagmatiques ont un caractère différent; les parties sont, le plus souvent, dans une condition égale, dans une situation indépendante l'une à l'égard de l'autre. Chaque partie a par devers elle, à sa disposition, un élément de fortune. La discussion roule sur l'équivalence des prestations réciproques. Le législateur croit pouvoir rester neutre et place les contractants sous la loi commune de l'équité.

En résumé, le défendeur peut, en toute espèce d'action, saisir le juge des questions favorables à sa cause; la nécessité de faire insérer parfois une exception dans la formule ne constitue pas une rigueur notable (3).

(1) ULP. f. 31. § 20. DIG. 21. 1. *De ædil. edicto*: *Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis insunt.* — (2) PAPIN. f. 42. DIG. 39. 6. *De mort. c. don. Doli non inutiliter opponetur exceptio*; — *bonæ fidei autem iudicio constituto.* (3) ARG. JUL. f. 66, PAUL. f. 112. DIG. 50. 17 *De reg. juris.*

L'action de droit strict n'a plus de sévérité que contre le demandeur; la nature de contrat de droit strict n'est à redouter que pour le créancier. Cette sévérité s'explique par l'intention de protéger le débiteur dans les circonstances où il traite avec le moins de liberté d'esprit (1).

Vous avez prêté en *mutuum*, vous avez avancé une somme sans doute humblement sollicitée; vous ne pouvez réclamer un bénéfice au delà de la somme comptée, soit des intérêts en compensation de l'utilité procurée à l'emprunteur, soit des intérêts moratoires en cas de retard fautif apporté à la restitution, que si vous avez pris soin de les stipuler, que si, par cette mesure, vous avez averti le débiteur de l'aggravation possible de sa dette (2).

Vous avez, à l'occasion d'une affaire quelconque, déduit votre droit de créance en stipulation. Vous avez formulé et circonscrit votre droit, vous n'avez dû laisser en dehors de votre interrogation solennelle rien de ce que vous vouliez exiger. Les circonstances ne vous fourniront aucun argument pour augmenter votre créance, et les mêmes circonstances seront invoquées par le promettant, *exceptionis ope*, pour échapper par une raison d'équité à sa promesse (3). Le demandeur ne saurait exiger, outre la chose due, des *accessiones*, même *ex mora*, s'il ne les a pas stipulées; il ne saurait reprocher au débiteur, dans la conservation de la chose, un défaut de soin qui n'a pas fait l'objet d'une mention spéciale dans la stipulation (4). Mais le défendeur peut exciper de ce que sa volonté a été déterminée par crainte ou par une erreur grave, ou par une erreur produite par un dol de son adverse partie; de ce que son obligation toute formelle n'a pas de cause naturelle; de ce qu'il est, fût-ce *natura*, créancier du demandeur (5).

Voilà ce que sont devenus les contrats et les actions de droit strict. La législation romaine, en cette période de son complet développement, nous offre, non le type d'une législation qui exclut l'équité, la bonne foi de certaines affaires, qui fait prévaloir la forme sur le fond, mais le type d'une législation qui, dans les affaires où la situation des parties ne paraît pas égale, protège le débiteur contre le créancier, écoute la voix de l'équité pour soulager le débiteur du poids de sa dette, jamais pour augmenter les droits du créancier.

Tel est le point de vue auquel il convient d'examiner et d'apprécier la distinction des contrats de droit strict et de bonne foi.

(1) CELSUS. f. 99. pr. DIG. 45. 1. *De verb. oblig. Secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba lati concipere.* — (2) ULP. f. 11. § 1. DIG. 12. 1. *De reb. cred.* — (3) CELSUS. f. 99. pr. DIG. 45. 1. *De verb. obl. Quidquid astringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omisum intelligendum est.* — (4) PAUL. f. 38. § 7. DIG. 22. 1. *De usuris.* — Le terme *restituere* a un sens large et très compréhensif. ARG. §§ 4. 5. 6. de la loi précitée. — PAUL. f. 91. pr. DIG. *De verb. oblig.* 45. 1. — (5) INST. 4. 13. §§ 1. 2. 3. ULP. f. 6. DIG. *De comp.* 16. 2.

Ajoutons que les contrats de droit strict, surtout le plus important, le plus usité, la stipulation, ne répugnent nullement à l'équité; ils admettent et comportent tous les tempéraments de l'équité; ils exigent seulement que les volontés des parties à cet égard soient expresses et formelles : voilà tout. Après avoir constitué sa créance principale, une personne prévoyante peut stipuler que le débiteur gardera la chose due avec diligence jusqu'à livraison; elle peut stipuler que le débiteur l'indemniserait de tout dol que celui-ci aurait commis lors de la négociation ou dans l'exécution du contrat (1). Les parties peuvent insérer dans une stipulation que les conséquences de la promesse seront réglées selon l'arbitrage d'un homme de bien (2).

La prudence des parties fait, dans les contrats de droit strict, ce que la sagesse des prudents ou des juges fait d'office dans les contrats de bonne foi. L'imprévoyance n'est préjudiciable, dans les premiers, qu'au créancier.

La distance qui sépare ces deux classes de contrats n'est pas aussi considérable qu'elle le paraît à une vague et rapide inspection (3).

J. E. L.

APPENDICE III. (N° 2093).

DE L'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque, malgré son nom d'origine grecque, est véritablement une création du génie romain. L'expression latine *obligatio rei* est plus ancienne, plus caractéristique que celle d'hypothèque. Si elle avait prévalu dans l'usage à l'exclusion du mot hypothèque, le langage aurait été d'accord avec la vérité historique. Essayons de montrer comment, par des progrès successifs dans la matière des sûretés réelles, la jurisprudence romaine est arrivée à construire le droit que nous appelons hypothèque.

Passons rapidement sur les commencements, qui sont bien connus.

La première manière de corroborer une dette par une affectation réelle a consisté dans la translation au créancier de la

(1) JUL. f. 53. DIG. 45. 1. *De verb. oblig. Stipulationes commodissimum est ita componere ut quæcumque specialiter comprehendî possint, contineantur : doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possint, et ad incertos casus pertinent.* — (2) ULP. f. 43. DIG. 45. 1. *De verb. oblig.* ULP. f. 71. § 1. f. 73. DIG. 50. 16. *De verb. sign.* ULP. f. 1. pr. DIG. 7. 9. *Usufruct. quemadm. cav.* HAURIU. Dissert. *Revue hist.* 1882. — (3) PAPIN. f. 24. DIG. 16. 3. *Depositi... Ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio.*

propriété d'un bien que le créancier s'obligeait à rendre après paiement de la dette. On faisait une mancipation avec contrat de fiducia (1). Ce procédé avait de l'analogie avec la vente à réméré, forme sous laquelle le gage se dissimule encore aujourd'hui pour se soustraire à certaines règles prohibitives. — Le créancier avait une sécurité juridiquement complète; il pouvait même ne pas s'embarrasser de la possession et de la garde de la chose, laisser au débiteur l'usage de la chose jusqu'à l'échéance. Il était propriétaire; il avait l'action en revendication. — Le débiteur (2) était dans une moins bonne situation. Après avoir payé, il n'avait, pour récupérer la propriété de son bien, qu'une action personnelle, action contre le créancier; point d'action contre les tiers auxquels la propriété aurait été transmise.

Afin de mieux ménager l'intérêt du débiteur, le contrat de gage a été inventé. La possession seule et non plus la propriété est transférée au créancier (3).

La possession, qui, dans son essence première, est un pur fait, passager, individuel, a fini par être considérée et traitée comme un objet de droit, matière d'actes juridiques. Elle se donne; elle se transmet; elle se confie; elle se recouvre; elle procure des avantages qui peuvent se distribuer entre plusieurs personnes (4).

La possession a été employée comme sûreté d'une dette. Le créancier reçoit la possession; il n'a pas l'*animus sibi habendi*, et il a presque tous les avantages de la possession exercée *animo domini*. Il a par transmission, par dérivation, disait M. de Savigny, la possession qu'avait le débiteur. Il possède à son profit à presque tous égards; il possède pour le débiteur à un unique point de vue, afin de permettre à celui-ci de continuer une usucapion commencée (5). Des effets de la possession, le plus important pour le créancier, c'est l'exercice des interdits qui protègent le possesseur contre les troubles et les voies de fait. Sa sûreté consiste dans la possession; il a, en tant que possesseur, le moyen de se défendre ou de triompher des attaques des tiers, sans attendre, comme un locataire ou un commodataire, le bon vouloir et les bons offices de son auteur, ici du débiteur. Il y a plus; il est possible que le trouble, que la dépossession vienne du débiteur lui-même; le créancier use des interdits même contre ce dernier.

(1) GAL. *Comm.* 2. §§ 59 et 60. — PAUL. *Sent.* lib. 2. tit. 13. *Inst. Explic.*, n° 2088. — (2) Dans le cours de notre exposé, nous supposons toujours, *brevitatis causa*, que la constitution de la sûreté réelle émane du débiteur lui-même. Ce que nous dirons s'appliquera, *mutatis mutandis*, au cas moins fréquent où la sûreté réelle est constituée par un tiers pour le débiteur. — (3) *Inst. Explic.* nos 1225 et suiv. — (4) ULP. f. 46. DIG. 24. 1. *De don. int. vir. et ux.* — SCÆV. f. 14. § 1. DIG. 44. 3. *De div. temp.* — GAUS. f. 9. DIG. 43. 26. *De prec.* — GAL. *Comm.* 4. § 143, § 154. — PAUL. f. 15. § 1. DIG. 12. 6. *De cond. ind.* — ULP. f. 25. § 1. DIG. 47. 2. *De furt.* — (5) JAVOL. f. 16. DIG. 41. 3. *De usucap.*