

L'HISTOIRE

DE

La Cause Immorale ou Illicite dans les Obligations

EN DROIT ROMAIN

14-C-451

L'HISTOIRE
 DE
 LA CAUSE IMMORALE OU ILLICITE
 DANS LES OBLIGATIONS
 EN DROIT ROMAIN

PAR
 Jean MACQUERON
 DOCTEUR EN DROIT

Inv. čís.: 531
 Sign: 415



LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL SIREY
 22, rue Soufflot. — PARIS, 5^e arrond.
 LÉON TENIN, Directeur
 1924

B

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY
STARÝ FOND 04685
C. inv.:

Koupi od *M. Collinet*
Darem od
v *80* za Kčs
Inv. čís: 33.268
Sign:

Nous tenons à placer au seuil de cet ouvrage le témoignage de notre reconnaissance aux maîtres excellents que nous avons eu le bonheur de rencontrer au cours de nos études -- et particulièrement à M. le Professeur MEYNIAL, qui dirigea nos travaux avec sa coutumière et paternelle bonté, au temps où nous portions nos efforts du côté du vieux droit français -- et à M. le Professeur COLLINET, aux encouragements et aux conseils érudits duquel nous devons beaucoup.

L'HISTOIRE

DE

La Cause Immorale ou Illicite dans les Obligations

EN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Dans une société soucieuse de contrôler la moralité des actes juridiques passés entre les particuliers, le juge ne doit pas se contenter d'examiner l'*objet* du contrat, l'élément matériel et apparent, mais il doit également scruter les dessous de l'opération, apprécier la moralité du but dans lequel les parties ont contracté.

Cette notion de but, que l'on désigne d'ordinaire sous le nom de cause de l'obligation (1), joue un rôle important dans la défense des intérêts de la morale et de l'ordre public.

Certains auteurs, en réduisant la cause au rôle d'une « pure nécessité compensatoire incluse dans un déplacement de valeur » (2), ont pu qualifier d'irrationnel le rapprochement entre la notion de cause et l'idée de licéité.

Mais cette conception, toutes réserves faites sur

(1) Capitant, *De la cause des obligations*, 1923, p. 5 et suiv.

(2) Pierre Louis-Lucas, *Volonté et cause*, 1918, p. 150.

sa valeur en philosophie juridique, n'est passée dans aucun droit positif.

Au Code civil français, la cause contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public apparaît à plusieurs reprises (art. 1131, 1133) dans des articles que la jurisprudence invoque volontiers.

Les législations germaniques, qui de parti-pris n'ont pas mentionné la cause dans les éléments essentiels des obligations, ont été obligées malgré tout de s'occuper des prestations effectuées dans un but immoral ou illicite (B. G. B., art. 817 et Code suisse, art. 66) : ces législations, qui invoquent d'ailleurs sur ce point l'exemple du droit romain, se servent de la cause, non point dans les éléments du contrat, mais pour justifier des moyens de procédure, des actions en répétition.

En présence d'obligations sur cause vicieuse, la conscience morale est parfois très embarrassée de choisir le parti que doit prendre une législation équitable.

On s'accorde d'ordinaire pour refuser d'une façon ou d'une autre au créancier l'exécution de l'obligation consentie pour une cause immorale ou illicite ; mais en morale pure, cette solution n'est pas au-dessus de tout reproche : Grotius (1), invoquant

(1) Grotius, II, c. 12, 8, *des Contrats*. Cette opinion n'est pas admise par Puffendorff : *les devoirs de l'homme et du citoyen*, traduc. Barbeyrac, 1756, I, 9, § 18.

l'autorité de la Genèse (c. 38 : anecdote de Thamar : chevreau promis à une courtisane), prétend que la promesse faite en vue de rémunérer un acte immoral, une fois cet acte immoral accompli, oblige, au moins en conscience, le promettant.

Si le débiteur a exécuté sa promesse, le problème devient encore plus délicat au cas où le but poursuivi par les contractants a été immoral aussi bien pour le créancier que pour le débiteur : accorder au débiteur la faculté de reprendre ce qu'il a donné en paiement, c'est lui faire un avantage qu'il ne mérite pas ; mais lui refuser ce recours, c'est permettre au créancier de jouir d'un gain honteux, et lui faire une situation inattaquable s'il obtient l'exécution au comptant (1).

Nous nous proposons de voir comment la conscience romaine a répondu à ces problèmes, alors que le souci de la morale et de l'ordre public faisait de plus en plus entrer dans le droit privé la notion de cause.

(1) La question a été étudiée en droit français par M. Wagner, *De la cause immorale*, thèse 1910, et par M. Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse 1916.

PREMIÈRE PARTIE

L'ANCIEN DROIT

Après la dernière guerre punique (608/146) et avec l'expansion que prit en conséquence le commerce du vainqueur, le droit romain se perfectionna et s'assouplit au contact des conceptions du *jus gentium* et grâce à l'activité prétorienne ; mais jusqu'au début du VII^e siècle de Rome, le droit romain a conservé un caractère rigide et formaliste qui justifie sa qualification de « droit ancien » : c'est le *jus civile*.

Nous entendons par période de l'Ancien Droit, les six premiers siècles de Rome, sans faire entrer en ligne de compte la date, trop incertaine encore, de la loi Aebutia et de l'introduction de la procédure formulaire.

Durant cette période, nous ne rencontrons d'abord que des contrats formels : 1^o le *nexum*, qui dès l'époque des XII Tables n'est plus un acte concret mais une forme, et qui tombe en désuétude au V^e siècle, après la loi *Poetelia Papiria* ; 2^o les différentes variétés de contrats *verbis* ; 3^o enfin l'*expensilatio*.

Mais il existe aussi un contrat non formel, le *mutuum*, dont on croit retrouver la trace certaine dès le VI^e siècle de Rome (1).

(1) Girard, *Manuel*, p. 517, n. 3.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPE DE LA VALIDITÉ DES CONTRATS EN DÉPIT DU CARACTÈRE IMMORAL OU ILLICITE DE LEUR CAUSE.

§ 1. — Etablissement de ce principe d'après la doctrine classique.

Dans les contrats formels, la cause illicite ou immorale ne devait pas être prise en considération, puisque d'une façon générale, ces contrats ont une validité indépendante de la cause en vue de laquelle ils ont été conclus.

Ce caractère abstrait des actes formels est bien établi par ce que nous savons d'eux à l'époque classique : *mancipation* ou *stipulation* produisent leurs effets juridiques du moment que les parties ont rempli les formes légales et ont voulu transférer des droits réels ou faire naître une obligation : quant au but que les parties se proposaient d'atteindre au moyen du transfert ou de l'obligation, il ne fait point partie de l'acte juridique (1).

La validité de la *stipulation*, en dépit du défaut de

(1) C'est ce caractère abstrait qui assura le succès durable de la *stipulation* : elle pouvait en effet servir à donner l'estampille juridique aux opérations économiques les plus variées, qui se cachaient derrière les *concepta verba*.

cause de l'obligation du promettant, n'est pas douteuse ; Gaius (1) s'explique à ce sujet en des termes qui ne laissent aucun doute : la somme que vous désiriez m'emprunter, je l'ai d'abord stipulée de vous ; c'est une façon de mieux m'en assurer la restitution : vous promettez, mais moi je ne vous verse pas les deniers. Votre promesse n'a plus de cause puisque le prêt en vue duquel vous aviez promis n'a pas eu lieu. Cela n'empêche point la stipulation d'être valable *jure civili* et je peux poursuivre en justice l'exécution de votre promesse : « *Dare enim te oportet* ».

Tous les correctifs imaginés par les classiques, *exception de dol* (2) *condictio* (3) pour atténuer la rigueur de cette solution, ne font qu'attester le maintien de son principe.

Sans doute en était-il de même lorsque le promettant s'était obligé en vue d'une cause immorale ou illicite : le vice de la cause ne devait pas avoir plus d'influence que le défaut de cause, sur la validité de l'acte abstrait qu'est la stipulation. Il n'existe pas en cette matière de texte aussi formel que celui de Gaius sur le défaut de cause : mais les classiques

(1) Gaius, IV, 116 a.

(2) Gaius, *eo. l.*, et Ulpien, *Dig.*, 44-4, frag. 2, § 3.

(3) Ulpien, *Dig.*, 12.7, frag. 1, et Julien, *eo. l.*, frag. 3, dans la même hypothèse que celle du texte de Gaius, donnent au promettant une *condictio incerti (liberationis)* : si le débiteur a besoin de demander sa libération, c'est qu'il est valablement tenu par la stipulation sans cause.

accordent au promettant au cas de cause illicite ou immorale une *exception* et une *condictio* (1), comme dans le cas de défaut de cause : cette identité de correctifs laisse supposer le même principe de la validité de la stipulation, dont on atténue les effets.

Ainsi se met-on généralement d'accord pour déclarer qu'en vieux droit romain, le caractère illicite ou immoral de la cause n'avait aucune influence sur la validité des actes juridiques (2).

Il n'y a divergence d'opinions que sur l'antiquité qu'il convient d'attribuer aux correctifs, qui ont tempéré le principe dans son application : *exceptions*, *condictiones* ou tous autres remèdes équivalents.

§ 2. — Critique de cette argumentation.

Avant d'entrer dans ce débat, il est prudent de vérifier la solidité du principe lui-même.

Pour établir l'existence de ce principe en droit ancien, on invoque le maintien, en droit classique, du caractère abstrait de la stipulation (Gaius, IV, 116 a et *Dig.* 12.5, frag. 8) : mais cette façon d'asseoir le principe en limite la portée aux seuls contrats formels, alors qu'il existe déjà, dans le droit antérieur au VII^e siècle de Rome, un contrat non formel, le

(1) Paul, *Dig.* 12.5, frag. 8, cf. *infra*, p. 130.

(2) Girard, *Manuel*, p. 464. Cette solution est admise à peu près sans discussion dans la plupart des thèses qui ont abordé le problème de la cause illicite ou immorale en droit romain : Brissaud, *De la notion de cause*, 1879 ; Timbal, *La cause*, 1882 ; Arbus, *De la cause illicite*, 1903.

mutuum, et peut-être aussi, selon le système bien connu des *arbitria* (1), un certain nombre d'actes non solennels impliquant des engagements réciproques.

Il faut reconnaître par ailleurs toute l'imprudence du raisonnement par analogie, dont on se sert pour étendre à la cause illicite ou immorale les solutions vérifiées dans le domaine du défaut de cause dans la stipulation.

Le droit ancien peut fort bien ne pas avoir respecté le caractère abstrait de la stipulation dans l'hypothèse de cause illicite ou immorale, d'une façon aussi complète que dans celle du défaut de cause envisagée par Gaius (IV, 116 a) : l'identité de sanction dans l'un et l'autre cas n'est pas absolument nécessaire. Il ne semble pas qu'elle ait été complètement admise par les juristes classiques : comme nous le verrons plus tard, Papinien, qui applique au cas de défaut de cause la *condictio sine causa* (2), semble bien prononcer la nullité radicale de la stipulation sur cause immorale (3).

De nos jours encore, le droit anglais permet au débiteur d'obtenir l'annulation du contrat scellé (*deed*) lorsque la cause de son obligation est immorale ou illicite, sans étendre toutefois le même recours au débiteur qui s'est obligé sans cause par un contrat du même genre (4).

(1) Cuq, *Manuel*, p. 454, n. 4 et 850, n. 4.

(2) Papinien, *Dig.* 12.7, frag. 5.

(3) *Id.* *Dig.* 45.1, frag. 123 : cf. *infra*, p. 146.

(4) Esmein, *Un chapitre de l'histoire des contrats en droit*

Il est d'ailleurs assez compréhensible que le vice de la cause et le défaut de cause ne soient pas traités de la même façon : les actes abstraits présentent assez d'avantages pratiques pour que le droit respecte l'« incognito » de la cause, tant que cela ne lèse que les intérêts privés (et qui sont somme toute, les seuls en jeu dans le cas d'obligation sans cause) ; mais le droit peut ne plus observer la même discrétion lorsque les dessous de l'acte mettent la morale ou l'intérêt social en péril.

Si l'on voulait transposer dans l'Ancien Droit l'identité de sanction qu'établissent certains textes classiques pour la cause vicieuse et le défaut de cause, il faudrait indiquer les raisons pour lesquelles on refuse d'opérer la même transposition au profit des textes classiques qui repoussent cette identité.

En définitive, les solutions des jurisconsultes classiques ne permettent pas d'affirmer, en droit ancien, la validité des obligations sur cause vicieuse, plutôt que le principe contraire.

Mieux vaut placer le problème sur son véritable terrain : celui de l'esprit du droit ancien.

Il faut convenir que son indifférence pour l'élément psychologique des actes juridiques, et par ailleurs son indépendance à l'égard de la morale, sont des tendances avec lesquelles s'harmonise bien

anglais. N. R. H., 1893, p. 553, et Capitant, *op. cit.*, pp. 177 et suiv.

le système qui maintient, en principe, la validité des obligations en dépit du vice de leur cause.

§ 3. — Rôle de la volonté dans l'Ancien Droit.

Le rôle que joue la volonté dans les institutions des six premiers siècles de Rome est encore plus infime qu'on le dit ordinairement.

Bien entendu il n'est pas question d'autonomie de la volonté, au sens de volonté susceptible de produire à elle seule des effets juridiques (comme dans la conception française contemporaine), mais on a souvent répété que la volonté faisait déjà naître des droits et des obligations à condition d'être revêtue des formes ou éléments artificiels (1) convenables, pour reprendre l'image chère aux glossateurs à propos des *pacta vestita*.

Cette façon d'envisager la volonté comme l'élément essentiel que les formes manifestent et habilitent, correspond sans doute à la conception que les classiques ont dû se faire des contrats formels, pour leur trouver une place dans la théorie des contrats qu'ils édifiaient en prenant pour base le consentement (2) : mais c'est commettre une anticipation que

(1) Le système de la *Causa civilis* de Vernet est aujourd'hui complètement abandonné : cf. Girard, *Manuel*, p. 450.

(2) Ulpien, *Dig.* 2.14, frag. 1, § 3 : « adeo autem conventionis nomen generale est : ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat : nam et stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. »

d'envisager sous cet angle par exemple la mancipation ou la stipulation dans l'Ancien Droit.

Si le vieux droit avait connu la volonté comme élément essentiel des actes juridiques, il n'aurait certainement pas pu admettre l'existence d'actes abstraits. Exiger (comme le font les classiques) la volonté de s'obliger ou de transférer, et par ailleurs se désintéresser de la cause de l'acte, c'est opérer une distinction artificielle entre volonté et but voulu ; ce que les parties, en effet, veulent avant tout, c'est le but : « l'obligation n'est qu'un moyen pour arriver à un but » (1). But et volonté, de leur nature ne font qu'un : les séparer, c'est se livrer à une analyse bien subtile, qu'il serait surprenant de trouver à la base du Droit Ancien !

Primitivement l'obligation résultait sans doute de l'accomplissement de certains actes : solennités ou délits : et la volonté n'entrait pas plus en ligne de compte dans un cas que dans l'autre (2).

C'est commettre un anachronisme que d'opposer à cette époque, sources volontaires et involontaires d'obligations : les actes dans lesquels nous transportons notre notion moderne de contrat (3) n'étaient pas alors considérés comme des manifestations de volonté : la volonté n'y jouait qu'un rôle acces-

(1) Capitant, *op. cit.*, p. 8.

(2) Il ne semble pas que le vieux droit ait exigé le *consilium*, l'intention, de la part du délinquant : l'action *furti concepti* contre le détenteur de bonne foi en est une preuve.

(3) Francisci, *Συλλογικα*, II : sur le *contractus*, p. 313.

soire (1) ; et même dans le *mutuum*, acte pourtant déjà dégagé du formalisme, l'obligation n'avait pas pour fondement la promesse de l'emprunteur mais la *Res et*, d'après une doctrine, elle découlerait de la notion d'enrichissement injuste (2), plus voisine, dans notre terminologie moderne, du quasi-contrat que du contrat (3).

Dans les actes translatifs de droits réels, l'Ancien Droit ne faisait pas à la volonté une place plus large.

Javolenus est peut-être le premier à avoir dégagé le principe classique : *in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium* (4).

La tradition, toutefois, mérite, à ce point de vue, une place spéciale. Dans cet acte, la volonté de transférer est indispensable, parce que le fait matériel de la tradition n'a pas en lui-même de signification juridique bien déterminée : une *justa causa traditionis*

(1) Cuq, *Manuel*, p. 536 : Dans la stipulation, l'*expensilatio* et le *mutuum*, « les pactes adjoints *in continenti* furent à l'origine sans valeur : la volonté des parties n'était donc pas ici l'élément décisif ».

(2) Pernice, *Labeo*, 3.1, p. 220 ; Girard, *N. R. H.*, 1895, pp. 413, 417.

(3) Le concept de *Res* est si loin de celui de volonté, qu'il a pu servir, en droit romain, de point de départ à toute une théorie des obligations (*condictiones*, contrats innommés, pactes prétoriens du *receptum*) étrangère à la formation qui se développait autour de la notion de consentement, et qui devait seule se conserver dans les législations modernes (Cf. Vincent, *Res Recepta*, thèse 1920).

(4) Javolenus, *Dig.* 44.7, frag. 55.

est exigée pour manifester cette volonté de transférer. Mais cela n'empêche pas la tradition d'être indépendante du but que poursuivent les parties. C'est, d'après la doctrine dominante, un acte abstrait (1) : l'erreur sur la cause ou le caractère immoral de la cause n'empêchent pas la tradition de produire ses effets : l'*accipiens* devient propriétaire et le *tradens* n'a d'autre recours qu'une action personnelle en répétition de l'enrichissement sans cause : *condictio indebiti* dans le premier cas, *condictio ob turpem causam* dans le second.

Ce mécanisme particulier de la tradition a conduit les juristes classiques à distinguer la volonté et le but voulu (2). Mais à quelle époque sont-ils parvenus à faire cette analyse de la volonté dans la tradition ? La *justa causa traditionis*, avant d'être considérée par Javolenus comme le signe distinctif de la volonté d'acquérir et d'aliéner, n'a sans doute été longtemps qu'un élément objectif, un fait antérieur au fait de la tradition. Enfin, en admettant même que la distinction du but et de la volonté soit de l'essence de la tradition, cela ne nuirait pas à notre doctrine sur le caractère relativement récent de cette analyse, mais serait une raison pour placer

(1) Girard, *Manuel*, p. 301, n. 2, et Cuq, *Manuel*, p. 277, n. 3.

(2) Julien, *Dig.* 41.1, frag. 36, oppose consentement des deux parties *in corpus quod traditur* et leur dissentiment *in causis*.

assez loin des origines l'élévation de la tradition à la dignité d'acte juridique.

De toutes ces remarques sur le rôle de la volonté dans l'Ancien Droit, il ressort que l'acte abstrait avait primitivement une physionomie assez différente de celle qu'il revêt chez les juristes classiques de Rome et dans les législations contemporaines qui en reconnaissent l'existence.

De nos jours, certaines considérations d'ordre pratique ont pu faire admettre la validité de quelques actes abstraits (1), mais des législations qui donnent à la volonté des parties une place fondamentale dans la conclusion des contrats ne peuvent envisager le fait de tenir la cause secrète que comme un rétrécissement exceptionnel du domaine soumis ordinairement à l'investigation du juge (2) ; encore ce dernier n'est-il pas obligé de respecter la discrétion du billet

(1) Capitant, *op. cit.*, p. 358.

(2) Les législations qui, comme le droit français actuel, placent l'accord de volonté à la base de tout contrat ne peuvent pas malgré tout prendre en considération toutes les réalités de la vie psychologique : et il a fallu prévoir des bornes au delà desquelles il est interdit au juge de remonter la chaîne des volitions qui ont déterminé l'acte juridique.

La distinction de la cause et du motif serait une borne de ce genre : comme elle n'a pas été plantée d'après les données d'une implacable géométrie juridique, mais plutôt au gré des besoins de la pratique, la jurisprudence ne croit pas commettre un sacrilège en la déplaçant (Cf. pourtant sur la distinction théorique de la cause et du motif, Capitant, *op. cit.*, p. 10, et sur l'application de cette distinction à la cause immorale, *ibid.*, p. 231).

non causé lorsque celui-ci recèle une immoralité (1).

Tout autre était dans l'Ancien Droit romain le caractère abstrait des *cérémonies juridiques* créatrices d'obligations (nous n'osons pas parler de *contrats* à cette époque reculée). Ce caractère abstrait ne procédait pas du simple désir de limiter l'investigation du juge en vue d'assurer au créancier un droit plus sûr et plus facile à prouver, et il ne constituait pas une solution pratique et arbitraire, dont on pourrait aisément concevoir le retrait en présence de considérations morales ou d'ordre public. Mais il découlait logiquement de la quasi-impossibilité dans laquelle se trouvait l'Ancien Droit d'envisager le but poursuivi par la volonté, alors qu'il ne faisait pas de la volonté elle-même un élément essentiel de l'acte juridique.

Il faudrait supposer bien pressant dans l'Ancien Droit le souci de la morale et de l'ordre public, pour qu'en leur faveur une entorse ait pu être faite à cette sorte de caractère abstrait qu'avaient alors les actes juridiques : or il semble bien plutôt que les vieux Romains aient assuré au droit son indépendance à l'égard de la morale.

§ 4. — Le libéralisme ancien.

Dans nos conceptions modernes nous trouvons scandaleux que le droit puisse déclarer valables des

(1) Capitant, *op. cit.*, p. 371.

actes accomplis au mépris de la morale ou de la loi. Mais il faut convenir que cette solution s'harmonisait bien avec le libéralisme excessif de la cité primitive.

Dans nos sociétés modernes, puissantes en face des individus, disposant de juges expérimentés et de lois nombreuses, le pouvoir public peut contrôler les affaires des particuliers et s'enquérir même de l'honnêteté de leurs intentions : dans les obligations contractuelles, l'examen de la cause c'est l'œil du juge scrutant les dessous des contrats dans l'intérêt de la morale et de l'ordre public. Il ne pouvait en être de même dans le vieux droit romain. La cité primitive apparaît comme une confédération de familles : les *patres*, législateurs et juges dans le groupement qu'ils gouvernent, se montrent jaloux de leur autonomie et demeurent puissants en face des pouvoirs publics de la cité. Dans ces conditions, les actes juridiques passés entre *patres* sont de véritables traités (*leges*) entre des chefs de groupements, et la cité n'a pas à en contrôler le contenu (1).

Afin de ne rien abandonner à l'arbitraire du juge, le formalisme le plus étroit présidait à la confection des actes juridiques : « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté » (2). Le libéralisme primitif aboutissait de la sorte à séparer le droit de la morale : la validité des actes juridiques

(1) Ihering, *Esprit*, II, p. 142.

(2) Ihering, *Esprit*, III, p. 164.

ne dépendait pas du caractère moral ou immoral de leur but, mais de la régularité de leur accomplissement.

L'exemple de la *pignoris capio religiosa* ne constitue pas une objection : certes les XII Tables prenaient la cause pieuse en considération lorsqu'elles octroyaient le bénéfice de cette sanction dans les cas de vente et de louage de bétail conclus en vue d'offrir un sacrifice (vente d'un animal destiné au sacrifice, louage des services d'une bête de trait dans le but d'obtenir la somme nécessaire à l'acquisition d'une victime) (1).

Mais si la piété de la cause était susceptible de faire appliquer la faveur d'une *legis actio* à des opérations comme la vente et le louage qui n'étaient pas reconnues encore comme des contrats par le *jus civile*, rien à l'inverse n'autorise à prétendre que l'impiété de la cause ait pu faire invalider des actes régulièrement accomplis *jure civili*.

Au surplus, tous les cas de *pignoris capio* dénotent une tendance ancienne à lever le voile de la cause (ce sont des créances spécialement favorisées en raison du caractère religieux, militaire ou fiscal de leur but) : ils ne portent pas malgré tout atteinte au principe de l'indifférence du *jus civile* à l'égard de l'immoralité de la cause des obligations. Les créances sanctionnées par *pignoris capio* ne résul-

(1) Gaius, IV, 27-28.

tent pas en effet d'actes juridiques du *jus civile*, mais font partie d'un domaine qui touche plutôt au droit public : et peut-être cette *legis actio* n'a-t-elle été offerte aux particuliers qu'à la suite d'une délégation des pouvoirs publics, comme le prétend une doctrine (1).

Il semble bien que le *jus civile*, avec ses formes et ses règles confiées à la garde des pontifes et des juriconsultes, ait longtemps conservé son aspect de champ clos dans lequel il n'appartenait à personne de rien changer, fût-ce dans l'intérêt de la cité ou de la morale. Lorsque le Peuple Romain devint assez homogène et puissant en face des groupements familiaux, la conception exagérément libérale du droit primitif ne fut pas malgré tout abandonnée : les *patres* veillèrent avec un soin jaloux à la conservation d'un *jus civile* dont le mécanisme permettait de soustraire les actes de la vie privée au contrôle des pouvoirs publics. L'attitude du législateur à l'égard du droit privé pendant toute l'époque ancienne en est bien la preuve.

Pendant les cinq premiers siècles de Rome, il ne fut guère voté de lois de droit privé.

Au VI^e siècle elles deviennent assez nombreuses, mais ce sont des plébiscites (2).

Le législateur plébéien tenta de défendre les

(1) Girard, *Manuel*, p. 996, n. 3.

(2) Baviera, *Studi Fadda*, 1906.2, p. 211, *Leges imperfectae, m. q. perfectae, perfectae*.

faibles, clients et débiteurs insolubles, contre les abus de la classe influente. Certains actes furent prohibés : donations exagérées, prêts usuraires.

Au point de vue du droit privé, ces mesures étaient importantes : elles introduisaient dans le droit romain jusqu'alors abstrait, la notion de cause, en invitant le magistrat à rechercher si l'acte juridique ne contenait pas une opération économique prohibée (donation, prêt usuraire).

Mais la réforme était encore bien timide : les plébiscites du vi^e siècle de Rome n'ont pas osé déclarer nul ce que la coutume considérait comme valable, et l'acte juridique régulièrement accompli produisait tous ses effets, *jure civili*, en dépit du caractère illécite du but poursuivi par les parties qui le passaient : le débiteur était valablement obligé, la propriété transférée.

Parfois l'accomplissement de l'opération prohibée constituait un délit et pouvait entraîner l'exercice d'une action pénale : mais dans d'autres cas, la sanction reste problématique. Les lois prohibitives votées au vi^e siècle de Rome sont, pour reprendre les termes d'une classification élaborée plus tard, *imperfectae* ou *minus quam perfectae* : jusqu'au début du vii^e siècle, il n'y a pas de *leges perfectae*, à deux exceptions près : 1^o la disposition de la loi Furia de Sponsu (du milieu du vi^e siècle) libérant les *sponsores* et *fidepromissores* d'Italie au bout d'un délai de deux ans ; et 2^o la loi Voconia de 585/169 éta-

blissant une incapacité de la femme à être instituée héritière dans le testament d'un citoyen de la première classe et interdisant de faire *des* legs supérieurs à la part laissée aux héritiers (1).

On ne saurait ajouter à cette très courte liste des *leges perfectae* antérieure au vii^e siècle de Rome, ni la disposition de la loi *Furia de Sponsu* relative à la division de la dette entre cautions (2), ni la loi *Cicereia* (3).

(1) Telle est l'opinion de M. Senn, *Leges perfectae, m. q. perfectae et imperfectae*, thèse 1902, pp. 104 à 114.

(2) M. Appleton (*Z. S. St.*, 1905, pp. 1 et suiv. et *Mélanges Girardin*, p. 3) considère la loi Furia comme *perfecta* aussi dans cette autre disposition ; mais ce système ne semble pas avoir rallié beaucoup de partisans (réfuté par Girard, *Manuel*, p. 771, n. 1, et repoussé semble-t-il aussi par Cuq, *Manuel*, p. 649, n. 1). Au surplus ce système n'allonge pas la liste des *leges perfectae* au vi^e siècle, puisque M. Appleton attribue la loi Furia de sponsu au tribun P. Furius de 634/100, contrairement à la doctrine courante qui place cette loi vers le milieu du vi^e siècle de Rome (Girard, *op. cit.*, p. 770, n. 4).

(3) M. Senn, *op. cit.*, p. 2, refuse de placer la loi Cicereia parmi les *leges perfectae*, parce qu'elle n'est point une loi prohibitive (voir pourtant Krüeger, *Hist. des Sources*, p. 25, et Cuq, *Manuel*, p. 126, n. 6). Du point qui nous occupe elle constitue en tout cas une mesure législative opposée aux règles du vieux *jus civile*, puisqu'elle libère des cautions valablement engagées *jure civili*. Mais rien ne prouve que la loi Cicereia soit antérieure au vii^e siècle de Rome. M. Girard (*op. cit.*, p. 772, n. 1), arguant du *praejudicium* qui lui sert de sanction (Gaius, III, 123), affirme qu'elle n'a pu être votée qu'à une époque où existe déjà la procédure formulaire (après la loi Aebutia de 605-628, selon M. Girard). Mais Karlowa (*R. R. G.*, II, p. 736) pense que la loi Cicereia a pu être sanctionnée au moyen d'une *Sponsio praejudicialis*, avant l'existence du *praejudicium*.

La *lex perfecta* reste dans l'Ancien Droit une anomalie : et dans les cas tout à fait exceptionnels dans lesquels la nullité sanctionne la prohibition légale, cela provient, comme l'a judicieusement remarqué M. Senn, « ou de l'application de règles déjà en vigueur dans d'autres institutions » (*biennium* de la loi Furia, organisé à l'instar des règles de la *satisfatio secundum mancipium*), « ou de l'impossibilité de concevoir un autre procédé capable d'atteindre le but proposé » (cas de la loi Voconia).

Cette extrême rareté des *leges perfectae*, le singulier mécanisme auquel aboutissent les prohibitions légales sans sanction dans l'Ancien Droit, ont été expliqués de différentes façons : la raison la plus vraisemblable reste encore celle que proposait Ihering (1) : le libéralisme antique avait érigé le *jus civile* en une sorte de « charte des libertés des pères ». Encore au VI^e siècle de Rome, le législateur n'osait pas enlever ouvertement aux particuliers le bénéfice des droits que les XII Tables et la coutume leur reconnaissaient (2).

(1) Ihering, *Esprit*, II, p. 291.

(2) Huschke (*Nexum*, p. 120, et *Multa*, p. 86) prétend même qu'il n'a pu exister sous la République de *leges perfectae*, parce qu'elles auraient constitué une atteinte à la liberté et aux droits des citoyens : c'est aller trop loin, car il existe certainement des *leges perfectae* à l'époque républicaine.

Krüeger (*l. c.*) et Baviera (*op. cit.*, p. 208) objectent de plus que toute législation positive suppose nécessairement des restrictions aux droits individuels : ce qui tendrait à ruiner toute

Baviera explique l'existence des *leges imperfectae* par la forme ancienne des lois romaines qui, en raison de leur caractère de contrat accepté par les différents éléments de la cité, ne pouvaient pas contenir de *sanctio*. Mais ce caractère contractuel des lois anciennes ne fait que confirmer notre explication des *leges imperfectae* par la faiblesse de l'Etat en face des citoyens.

Par ailleurs, nous n'attribuons pas l'existence de cette sorte de lois à l'impossibilité, pour le magistrat, de *denegare actionem* (1).

Le singulier système des lois prohibitives du VI^e siècle de Rome est un témoignage de la longue résistance qu'opposa l'individualisme antique aux

explication des *leges imperfectae* par le libéralisme antique, en insinuant que si le libéralisme avait été si agissant, il aurait rendu impossible toute loi, *imperfecta* comme *perfecta* ; mais cette remarque tourne plutôt à notre avantage puisque précisément il n'y a pas, ou presque pas de lois de droit privé pendant les cinq premiers siècles, et si au VI^e siècle le législateur commence à porter atteinte aux libertés des citoyens, il respecte encore le *jus civile* qui en est le symbole, et qui jouit de la force considérable d'une tradition antique.

Pour Huvelin (*Les Tablettes magiques et le Droit romain. Annales internat. d'hist.*, 1902, 2^e sect., p. 31, n. 1) la *lex imperfecta* aurait une sanction religieuse et serait une survivance, conservée pour les plébiscites, de la forme originaire des lois romaines. M. Senn a déjà reproché à ce système (*op. cit.*, p. 6, n. 1) de ne pas tenir compte de ce que la division des lois en *leges perfectae, imperfectae...* ne s'adresse qu'aux lois prohibitives.

(1) Senn, *op. cit.*, p. 104 : le problème de la *denegatio* sera étudié plus loin.

prétentions croissantes de l'Etat qui se perfectionnait. C'est aussi, au point de vue qui nous occupe, la preuve que pendant toute la période ancienne, les actes accomplis en vue d'un but prohibé par la loi n'en demeuraient pas moins valables, si, par ailleurs, ils remplissaient les conditions requises par le *jus civile*.

En conclusion, les deux particularités que nous avons soulignées dans l'Ancien Droit (rôle effacé qu'y joue la volonté et son libéralisme) concordent à établir le maintien — pendant les six premiers siècles de Rome — du principe de la validité des actes juridiques indépendamment du caractère illécite ou immoral de leur cause.

§ 5. — Application du principe.

Le principe, déduit de considérations qui sont de nature à influencer sur tout l'ancien *jus civile*, peut être appliqué non seulement aux contrats formels, mais aussi au *mutuum*. Dans ce contrat, la volonté n'est qu'un élément accessoire : le but poursuivi par les parties, en empruntant et en prêtant, ne peut pas influencer à l'époque ancienne sur la validité de cet acte, comme il a fini par le faire à l'époque classique (1).

Si l'on admet, dès avant la loi Aebutia, l'existence d'*arbitria bonæ fidei*, il est bien à penser que dans

(1) Cf. *Infrà*, p. 142.

ce domaine, le principe de la validité de l'opération, en dépit du vice de sa cause, n'est pas applicable. Les pouvoirs de l'*arbiter* étaient différents de ceux du *judex* : « Il examine, dit M. Cuq, si chacun des contractants a exécuté sa promesse loyalement d'après le *but commun* qu'ils se proposaient d'atteindre, et suivant l'usage des honnêtes gens. »

L'*arbiter*, avec mission de rechercher l'intention des parties, le *quid actum est*, connaissait dans chaque affaire la *cause*, le *but* ; et dans ces opérations appréciées suivant l'usage des honnêtes gens, l'immoralité de la cause entraînait la nullité.

Il ne faut point perdre de vue que la règle de la validité des contrats sur cause illicite ou immorale doit rester dépendante des particularités du vieux droit dont elle a été déduite : (rôle minime de la volonté, libéralisme ancien).

Que la volonté prenne, dans le contrat, une place prépondérante, notre règle cessera d'être applicable : ce qui doit arriver, lorsque la cause figure dans le contrat comme condition. Insérer une condition, c'est, en effet, substituer au jeu mécanique de l'acte un jeu particulier organisé à la volonté des parties : aussi le vieux droit qui ne s'occupait guère de la volonté, ignorait-il la condition, et les anciens contrats sont restés hostiles à cette combinaison, sauf pourtant la stipulation. Si la volonté exprimée par la condition blessait les conceptions morales ou les dispositions législatives, d'ailleurs très rudimen-

taires, de cette époque, la stipulation probablement n'obligeait point le promettant (1).

D'un autre côté, le libéralisme antique ne s'est pas toujours maintenu dans sa primitive intransigeance et c'est un fait dont il faut tenir compte dans l'application de notre principe. Nous avons noté au VI^e siècle de Rome l'existence de certaines prohibitions légales : ces lois n'édiciaient pas de nullités et respectaient le principe ancien de la validité des actes sur cause vicieuse ; mais la jurisprudence et les magistrats chargés de veiller à l'application de lois qui ne prévoyaient pas de sanction ont dû en imaginer d'indirectes et qui constituent des correctifs au principe ancien.

(1) La nullité de la stipulation sous condition illicite ou immorale est admise sans discussion à l'époque classique : Cf. Papinien, *D.* 45.1.121, § 1 (les autres textes que l'on cite d'ordinaire, entre autres *D.* 45.1.123 et *D.* 2.14.7, § 3, peuvent s'entendre d'une cause illicite ou immorale).

Pour l'Ancien Droit, la validité de la stipulation sous condition illicite ou immorale a été soutenue par Vernay, *Servius et son école*, thèse 1909, p. 79.

CHAPITRE II

CORRECTIFS ANCIENS DU PRINCIPE DE LA VALIDITÉ DES CONTRATS PASSÉS EN VUE D'UNE CAUSE ILLICITE OU IMMORALE.

Les textes de la compilation de Justinien accordent au débiteur qui s'est engagé par stipulation en vue d'une cause illicite ou immorale, l'exception de dol pour repousser l'action du créancier et, sous certaines conditions, la *condictio ob turpem vel injustam causam*, en répétition de la prestation déjà exécutée (1).

Ces moyens plongent-ils de profondes racines dans le passé du droit romain et servaient-ils dans l'Ancien Droit, sous une forme ou sous une autre, de correctifs au principe de la validité des contrats passés en vue d'une cause vicieuse ?

L'exception, conçue comme une clause de la formule d'action (2), n'a point de place sous la domination exclusive des *legis actiones* : mais, à défaut d'exception, ne pourrait-on pas songer à une *dnegatio actionis* sous une forme quelconque ?

(1) *Dig.* 12.5, frag. 8.

(2) *Gaius*, IV, 108.

Une doctrine bien connue (1) considère comme impossible avant l'introduction de la procédure formulaire, tout procédé susceptible d'enlever au demandeur le bénéfice de l'action que lui reconnaissait le *jus civile* (2). D'après cette doctrine, la *denegatio actionis* aurait constitué, avant la loi Aebutia, « une forfaiture de la part du magistrat », « un manquement à ses devoirs professionnels » dont il aurait eu à rendre compte à sa sortie de charge.

Par contre, les partisans de cette doctrine considèrent volontiers comme ancienne sinon la *condictio ob turpem vel injustam causam* du Digeste, du moins l'application d'une *condictio ex injusta causa* très générale, basée sur le principe de l'enrichissement injuste (3).

L'étude des moyens utilisés dans l'Ancien Droit pour tenir compte du caractère illicite ou immoral de la cause des contrats soulève donc les deux questions tant controversées de la *denegatio actionis* au temps des *legis actiones*, et de l'origine des *condictiones ob causam*, dont nous ne pouvons éviter l'examen.

(1) Cf. *infra*, p. 63, n. 3.

(2) M. Pissard, *Les questions préjudicielles*, Thèse Paris, 1907, proposait l'hypothèse d'une *sponsio praejudicialis* pour tenir lieu d'exceptions préjudicielles au temps des *legis actiones*; M. Girard (*Manuel*, p. 1046 n. 4) repousse cette suggestion comme contraire au principe de l'impossibilité de *denegare actionem* — avant la loi Aebutia — sous une forme ou sous une autre.

(3) Cf. *infra*, p. 31.

SECTION I. — La répétition « *ex injusta causa* » dans l'Ancien Droit. — Etude du système classique Pernice-Girard.

§ 1. — Exposé des doctrines sur l'histoire de la « *condictio* ».

Des nombreux systèmes relatifs à l'origine et à l'histoire de la *condictio*, nous n'examinerons que les plus significatifs au point de vue de l'existence d'une action en répétition *ex injusta causa* dans l'Ancien Droit.

Très défavorable à l'ancienneté de ce recours est le système de Savigny dans lequel les *condictiones ob causam* apparaissent comme le dernier développement de la *condictio*.

D'après cet auteur (1) la *condictio*, organisée pour suppléer à la perte de la revendication, aurait d'abord assuré la restitution de la chose transférée à titre de *credere*, pour être confiée. Elle aurait d'abord sanctionné des contrats : *mutuum*, mais aussi stipulation et *expensilatio* (qui pourraient se ramener à des prêts fictifs, et constituer ainsi un *credere*).

Un développement ultérieur du principe du *credere* aurait fait apparaître les *condictiones ob causam* : *condictio indebiti*, *ob causam datorum*, *sine causa*, *ob injustam causam* : « dans tous ces cas l'erreur remplace la confiance qui forme la base de

(1) Savigny, *Traité* 5, appendice 14, p. 507.

prêt » et la *condictio* aurait été étendue, *quasi ex-mutuo*.

Il n'est point besoin de répéter ici les sérieuses objections qui ont fait abandonner cette doctrine (1). Notons seulement que le développement des *condictiones* d'après Savigny est contraire à ce que nous savons du rôle de la volonté dans l'Ancien Droit : nous ne pouvons pas admettre que le fondement le plus ancien de la *condictio* ait été la volonté, exprimée à l'avance, de transférer la chose seulement à titre de *credere*.

Relativement au point qui nous intéresse, Savigny commet une singulière confusion : pour ranger les *condictiones ob turpem vel injustam causam* au nombre des cas dans lesquels « l'erreur remplace la confiance », il est arrivé à donner pour fondement à ces *condictiones* « l'erreur sur la cause », « le motif erroné », alors que dans ces hypothèses les textes ne parlent que de *causa injusta, causa turpis*.

D'après Baron, le caractère abstrait de la *condictio* aurait fait de cette *legis actio* un instrument de progrès : cette procédure, qui n'indiquait pas la cause du *dare oportere*, pouvait être appliquée à toutes les obligations que la loi ne reconnaissait pas et que la conscience juridique trouvait équitable de sanctionner : c'est sous cette forme que bien des opérations

(1) Girard, *Manuel*, p. 625, n. 1 ; Jobbé-Duval, *Etude sur la procédure*, I, p. 94, sq.

auraient reçu leur première consécration avant de devenir des contrats de bonne foi (1). Quant à notre action en répétition en matière de cause illicite ou immorale, elle aurait pu trouver de très bonne heure sa place dans le développement jurisprudentiel de la *legis actio per conductionem*.

Cette hypothèse de Baron, qui a été victorieusement réfutée par M. Girard (2), aboutit entre autres invraisemblances à donner au juge la singulière mission d'apprécier si le rapport de droit, à la suite duquel la *condictio* a été accordée, constitue devant la conscience publique une obligation, et justifie le *dare oportere* de la *legis actio*.

La doctrine de beaucoup la plus répandue est celle de Pernice (3). Elle part de cette idée que les Romains auraient admis de bonne heure l'obligation de restituer l'enrichissement injuste : le principe en aurait déjà été formulé à une époque antérieure à la loi Aebutia par les *veteres* comme l'attesterait un fragment d'Ulprien citant Sabinus (4).

(1) Baron, *Conditionen*. Berlin, 1881, pp. 197 et suiv.

(2) Girard, *N. R. H.*, 1895, pp. 402-413.

(3) Pernice, *Labeo*, 3, 1, 1892, pp. 211 et suiv. Ce système, qui peut invoquer l'autorité de Mommsen, *D. public*, I, p. 270, n. 1, a été admis, du moins dans ses grandes lignes, par MM. Girard, *N. R. H.*, 1895, pp. 408 suiv. ; — Karlowa, *R. R. G.*, 1902, II, p. 761 ; — Koschembhar-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im Klass. röm. Recht.*, 1903.

(4) Ulprien, 18, *ad Sabinum*, *Dig.* 12.5, frag. 6. Cf. *infra*, p. 61.

Les lois Silia et Calpurnia auraient précisément créé la *condictio* pour assurer la restitution des deniers ou des choses « certaines » reçues ou conservées *ex injusta causa*.

La jurisprudence aurait appliqué cette action aux obligations *re*, aux restitutions les plus variées : elle l'aurait utilisé bientôt pour sanctionner le *mutuum*, considérant comme un enrichissement injuste le fait de ne pas restituer les deniers reçus à titre de prêt.

La *condictio* aurait enfin été étendue aux obligations *verbis* et *litteris*, après l'introduction de la procédure formulaire, par une sorte de quiproquo dans la rédaction des formules.

Sur ce dernier point, M. Girard repousse le système de Pernice (1) : Gaius (IV, 20) présente la *condictio* comme une *legis actio* plus pratique que le *sacramentum* et le *judicis postulatio*, et créée pour sanctionner des obligations de *certa res* ou de *certa pecunia* déjà reconnues par le *jus civile* ; la *condictio* devait sanctionner, dès le principe, aussi bien les obligations *verbis* et *litteris*, que celles qui découlaient de l'enrichissement injuste (et, bientôt aussi, du *mutuum*).

Cette correction apportée par M. Girard au système de Pernice ne fait perdre au principe des *veteres*, ni de son étendue, ni de son antiquité. La restitution de l'enrichissement injuste est un principe

(1) Girard, *N. R. H.*, 1895, p. 418.

très ancien dont la *legis actio per condictioem* n'a fait que favoriser le développement ; mais on en pourrait trouver des applications dès avant les lois Silia et Calpurnia (1) : le principe de la *condictio furtiva* est considéré par bien des auteurs comme très antérieur à la *legis actio per condictioem* (2). Enfin, en matière de *repetundae*, l'action civile en répétition que M. Girard (3) discerne dans le *sacramentum* (4) des lois Calpurnia de 605/149 et Junia (605-631/149-123), à une époque où la *legis actio per condictioem* existe déjà (5), prouverait assez que la restitution de l'enrichissement injuste n'est pas liée à l'existence de la *condictio*, et peut l'avoir précédée.

(1) Accarias, *Contrats innommés*, p. 175, disait déjà : « Nous n'apercevons pas qu'il y ait une époque où les Romains n'admissent pas la *condictio sine causa* ; et l'équité qui en est le fondement nous permet de la croire aussi ancienne que le droit romain lui-même ». Ce fondement d'équité n'est-il pas plutôt une raison de douter de son ancienneté ?

(2) Cf. *infra*, p. 36.

(3) Girard, *N. R. H.*, 1895, p. 421, et *Mélanges*, I, p. 102 et suiv.

(4) Loi Acilia *Repetundarum* de 631 ou 632, ligne 23.

(5) Des deux lois qui ont créé la *legis actio per condictioem*, la loi Calpurnia est la plus récente : encore ne la fait-on jamais descendre plus bas que 605, en la confondant avec la loi Calpurnia *Repetundarum* (en ce sens Mommsen, *D pénal*, 3, p. 5, n. 2, et Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 233 ; *contra* Girard, *N. R. H.*, 1895, p. 417).

§ 2. — Application de la doctrine classique à la question de la cause illicite ou immorale.

De cette doctrine, quelle solution pouvons-nous déduire relativement au problème qui nous occupe ? Dans l'hypothèse d'un contrat sur cause illicite ou immorale, nous autorise-t-elle à prévoir une action en répétition, soit sous forme de *condictio* dès après les lois Silia et Calpurnia, soit même sous une autre forme à une époque plus reculée ?

Notons tout d'abord que notre hypothèse d'un contrat sur cause vicieuse ne peut pas entrer directement dans la sphère d'application du principe des *veteres* : les vieux Romains se faisaient une idée très matérielle de l'enrichissement ; c'était pour eux l'entrée d'une chose, d'une *Res* dans le patrimoine : l'obligation de restituer l'enrichissement se forme *Re*. Or dans l'hypothèse d'un contrat, le droit de créance peut constituer, au point de vue économique, un enrichissement, mais ce n'est pas une *Res*, un *aliquid apud aliquem esse* : le principe des *veteres* ne pouvait point servir pour répéter une obligation : la *condictio obligationis* n'a point de place dans la formation primitive des *condictiones*.

Par contre, si le contrat a pour objet une *certa res* ou une *certa pecunia*, l'exécution, spontanée ou forcée de ce contrat, met les choses promises entre les mains du créancier : cela constitue un *aliquid apud aliquem esse* et ouvre la possibilité d'une con-

dictio, si le créancier est jugé détenir ces choses *ex injusta causa* : en somme, les vieux Romains n'abordent pas la question de la cause illicite à propos des contrats eux-mêmes, mais au sujet de la détention ; encore à l'époque classique le domaine des *condictiones ob turpem vel injustam causam* dépasse de beaucoup celui des contrats sur cause vicieuse, et ne les atteint que d'une façon indirecte, en considérant leur exécution comme une *datio ex injusta causa*.

La question ainsi déplacée du terrain des contrats sur celui de la détention, la formule des *veteres* « *ex injusta causa* » peut-elle s'entendre d'une cause contraire à la loi ou à la morale ? L'expression *injusta causa* n'a pas chez les anciens le sens étroit que lui donnent les compilateurs (*condictio ob injustam causam*) : la *condictio* primitive, *ex injusta causa*, avait pour fondement, selon Pernice, toute détention contraire à l'équité, au *jus gentium* ; selon Koschembahr-Lyskowski, toute détention contraire à cette sorte de droit positif qu'est l'usage des honnêtes gens (*bona fides objective*) : dans un système comme dans l'autre, elle avait une portée assez large pour englober toutes les *causae condictendi* qui sont devenues plus tard distinctes. Les règles spéciales qui n'ont pas tardé à être établies au cas de répétition de la chose volée et répétition de l'indû ont permis d'accorder de bonne heure à la *condictio furtiva* et à la *condictio indebiti* un nom et une physionomie

propres, tandis que l'on pouvait continuer à arguer de l'*injusta causa*, très extensible, pour justifier une *condictio* dans une quantité d'hypothèses disparates, parmi lesquelles la détention en vertu d'une cause contraire à la loi ou à la morale a pu de bonne heure trouver sa place.

§ 3. — Témoignages anciens de la restitution fondée sur la cause illicite.

D'ailleurs nous aurions mieux que des probabilités : il existerait déjà dans l'Ancien Droit des exemples d'actions en répétition, fondées sinon sur la cause immorale, du moins sur la cause illicite, à l'effet de faire restituer ce qui a été acquis contrairement à une disposition légale.

1° La *condictio furtiva*, que plusieurs auteurs font remonter à une haute antiquité (1) et qui servit peut-être même de base à toute la formation des *condictiones* (2), n'a pas été à l'origine autre chose que la

(1) Pernice, *Labeo*, I, p. 312 : la répétition de la chose volée a dû s'introduire dans le droit ancien, avant que la protection de la propriété ne fût complètement organisée ; elle avait alors son utilité ; plus tard, le besoin ne s'en serait pas fait sentir. Pour Bekker, *Aktionen*, I, p. 105, la *condictio furtiva*, obligeant le voleur à *dare* ce dont le vol ne l'a pas rendu propriétaire, a dû être organisée à une époque où le *dare* n'avait pas encore son sens technique.

(2) Pernice, *op. cit.*, p. 233, donne comme origine de la *legis a. per condictionem* la procédure internationale suivie pour réprimer les vols commis sur la frontière. Ainsi s'expliquerait le caractère de *jus gentium* attribué à la *condictio*.

répétition de la chose acquise contrairement à la loi, le *furtum* étant prévu par les XII Tables.

2° Dans la matière des *Repetundae*, si voisine d'ailleurs de celle du *furtum*, les lois Calpurnia et Junia fourniraient au début du VII^e siècle de Rome une autre application du système de l'enrichissement injuste. En effet, des auteurs considérables voient dans le *sacramentum* prévu par ces deux lois un recours civil ouvert individuellement au profit des victimes de concussion, en vue de contraindre les magistrats indécents à restituer le produit de leurs extorsions (*pecuniae captae*). L'action pénale des *repetundae*, portée devant des *quaestiones perpetuae*, ne daterait que de la loi Acilia (631-632/123-122) (1).

3° Mais l'application la plus importante de la *condictio des veteres* à la cause illicite serait, d'après une doctrine, son utilisation comme sanction originare de *leges imperfectae*.

A l'époque où l'exception n'existe pas encore, bien énigmatique demeure la sanction de ces lois qui « prohibent et ne rescindent pas » : les auteurs qui considèrent toute *denegatio actionis* comme impossible avant l'introduction de la procédure formulaire, ont cru trouver la solution du problème dans une *condictio ex injusta causa* : l'acte prohibé par la *lex imperfecta* reste valable, et l'exécution peut

(1) Girard, cf. *suprà*, p. 33 et *contrà* : Mommsen, *Dr. pénal*, III, p. 5.

même en être exigée en justice, mais ce qui a été reçu en vertu d'un tel acte constitue une acquisition *ex injusta causa* sujette à répétition (1).

Ce système a été proposé et soutenu surtout pour le cas de la loi Cincia : ce plébiscite de 550/204, qui défend aux avocats de recevoir des présents pour prix de leurs plaidoiries et qui prohibe par ailleurs toute donation au-dessus d'un certain taux entre personnes *non exceptae*, est citée par Ulpien (Reg. pr. 1) comme le type par excellence de *lex imperfecta*. La sanction originaire de cette loi est inconnue, mais de nombreux auteurs proposent une action en restitution dont il resterait des vestiges à l'époque classique, sous forme d'une *condictio*. Ce serait une application du principe de l'enrichissement injuste dans la matière des donations prohibées, très comparable à celle que, d'après M. Girard, en auraient faite les lois Junia et Calpurnia en matière de *repetundae*.

Les deux chefs de la loi Cincia, et peut-être aussi la loi Publicia qui interdisait aux affranchis de donner à leurs patrons autre chose que des flambeaux de cire, forment, avec les plus anciennes lois

(1) Cette solution proposée par Karlowa (*R. R. G.*, II, p. 387 et *R. civil Proz.*, p. 347) a été admise par Girard (*Org. jud.*, I, p. 197; *Mélanges*, I, p. 135, et *Manuel*, p. 953, n. 1) et par Koschimbahr-Lyskowski (*op. cit.*, p. 214) pour la loi Cincia. La meilleure défense d'ensemble de ce système est la thèse de M. Senn (*Leges perfectae...*) que nous avons si souvent citée.

sur les *repetundae*, un ensemble de dispositions prises dans le but de protéger les faibles contre les abus des personnages influents (1) : cette analogie de but justifie une analogie de sanction.

C'est encore le même genre de sanction qu'on pourrait songer à appliquer à la loi Genucia de 412/342 qui prohibait le prêt à intérêt.

Enfin l'application de la loi Plaetoria fournirait vers le milieu du VI^e siècle de Rome un exemple d'action en répétition fondée sur le principe de l'enrichissement contraire à la loi. Cette loi interdisait à ceux qui passaient des actes juridiques avec un mineur de 25 ans d'abuser de leur inexpérience, et prévoyait un *judicium publicum* contre les délinquants. Elle ne prononçait pas la nullité des actes accomplis contrairement à ses dispositions, de telle sorte que le mineur, à une époque où l'exception *legis Plaetoriae* n'avait pas encore été imaginée par le prêteur, pouvait être contraint d'exécuter les contrats qu'il avait conclus sous l'empire d'une *circumscriptio*.

Mais d'après une doctrine (2), le mineur, pour se faire restituer les valeurs ainsi déboursées, aurait disposé d'une action civile *legis Plaetoriae*, qui permettrait de classer cette loi au nombre des *leges*

(1) Senn, *op. cit.*, pp. 24, 45, 52, et Girard, *Manuel*, 953.1.

(2) Karlowa, *R. R. G.*, II, 307, et Girard, *Org. jud.*, I, p. 190, n. 3, considèrent comme vérifiée l'existence de cette action civile *legis Plaetoriae*.

imperfectae (1), et dont l'existence, indépendamment du *judicium publicum* mentionné par Cicéron (2), serait attestée par différents textes (3).

Entre partisans de l'hypothèse d'une action en restitution pour sanctionner originairement les *leges imperfectae*, la seule difficulté reste de savoir si ce recours était accordé par la loi elle-même (système de M. Senn), ou s'il fut imaginé par la jurisprudence (système de Karlowa).

4° Le mécanisme des *leges minus quam perfectae* offrirait aussi un exemple ancien de restitution de la chose acquise en violation de la loi (4) : ces *leges* diffèrent des précédentes en ce qu'elles aboutissent à une *poena* ; mais il s'agirait également ici d'une action en répétition, portée à un multiple de la chose transférée *ex injusta causa* (5). Les deux systèmes

(1) Senn, *op. cit.*, p. 56 sq.

(2) Cicéro, *De nat. deor.*, 3.30.74.

(3) Les lignes 111 et 112 de la *Lex Julia Municipalis* (Girard, *Textes*^s, p. 87) établissent l'existence de deux recours distincts en application de la loi Plaetoria.

Le fragment de *Formula Fabiana* 4, attribué à Paul (Girard-*Textes*, p. 457) et le passage des sentences de Paul (*Dig.*, 4, 4, frag. 24, § 3) signalent le recours de la loi Plaetoria donnée *noxaliter*, ce qui ne peut s'entendre ni d'un *judicium publicum*, ni d'une exception.

(4) M. Girard, *Mélanges*, I, p. 133 et 135, emploie le même terme action en répétition pour désigner la sanction des *leges imperfectae* et celle des *leges m. q. perfectae*.

(5) Pour M. Senn, les *leges m. q. p.* du VI^e siècle ont une sanction *réipersécutoire* : la restitution au multiple ne serait pas au fond une peine, mais proviendrait d'un accident de

de lois anciennes, *imperfectae* et *m. q. perfectae*, sont si voisins qu'il est aisé de passer de l'un à l'autre : la loi Cincia est peut-être *m. q. perfecta* en ce qui concerne sa disposition relative aux honoraires d'avocats (1). Après l'introduction de la procédure formulaire, nos deux sortes de lois furent également sanctionnées par le même procédé prétorien d'une exception. Aussi peut-on songer à donner le même caractère d'action en répétition à leur sanction originaire.

A la faveur de tous ces témoignages, les partisans du système Pernice-Girard sur les *condictiones ob causam* peuvent soutenir — relativement à la formation historique des moyens utilisés en Ancien Droit pour atteindre la cause illicite — une hypothèse qui ne manque pas d'harmonie et qui peut se résumer de la façon suivante :

A une époque où le législateur n'avait pas le pouvoir de prononcer des nullités pour sanctionner les dispositions prohibitives qu'il édictait, les vieux Romains auraient imaginé ce système singulier et cependant efficace : l'obligation contractée conformément aux conditions requises par le vieux *jus civile*, quoiqu'en violation d'une loi, était valable et le créancier pouvait en exiger l'exécution : il n'appartenait pas au magistrat de s'y opposer. Mais le

procédure, dû à une particularité de la *manus injectio*, dont le mécanisme fait croître au double le montant de la demande.

(1) Cf. Senn, *op. cit.*, p. 42 et sq.

paiement ainsi obtenu constituait pour le créancier un enrichissement injuste que, d'après cette doctrine, il était obligé de restituer, en vertu d'un principe ancien du *jus civile*, qui aurait trouvé de la sorte un correctif dans son propre fond.

Ce mécanisme rendait pratiquement sans effet les contrats sur cause illicite : sans doute les créanciers ne devaient-ils point désirer remporter en justice un triomphe qui risquait de leur coûter cher (1).

Enfin les exceptions accordées par le magistrat en cette matière, après l'introduction de la procédure formulaire, ne devraient être considérées que comme un développement du système ancien : le prêteur — considérant qu'il était plus simple et plus sûr pour le débiteur de ne pas exécuter plutôt que d'exécuter pour ensuite répéter — aurait usé de ses nouveaux pouvoirs pour organiser des exceptions correspondant aux hypothèses pour lesquelles les *veteres* avaient prévu des actions en restitution. Cette réforme aurait constitué un réel progrès : tandis que les *veteres* n'auraient atteint la cause dans les contrats que d'une façon indirecte, en l'envisageant dans l'exécution considérée comme *datio ex injusta causa*, le droit prétorien, sans pouvoir toutefois prononcer une nullité de l'acte, se serait occupé de la cause illicite directement dans le contrat, que l'exception rendait inopérant.

(1) Ihering faisait déjà cette remarque : *Esprit*, IV, p. 409.

SECTION II. — Critique de la doctrine classique
Pernice-Girard.

Le système — qui parvient, non sans élégance, à reconstituer la formation des *condictiones* et exceptions en matière de cause illicite par le seul développement du principe des *veteres* : « *Quod ex injusta causa apud aliquem esse posse condici* » — a certainement exercé une sorte de séduction sur l'esprit d'excellents romanistes. Mais le vieux droit se révèle, à l'examen, beaucoup moins harmonieux et nous ne croyons pas sérieusement assise l'hypothèse d'un développement que la jurisprudence ancienne aurait donné à la répétition *ex injusta causa*, dès avant le VI^e siècle de Rome. Contre ce système s'élèvent deux ordres d'objections : 1^o Les différents témoignages anciens de répétition *ex injusta causa* sont des plus hypothétiques ;

2^o Quant au prétendu principe des *veteres*, en application duquel auraient été organisées les répétitions *ex injusta causa*, il n'a vraisemblablement ni la portée, ni l'ancienneté qu'on se plaît d'ordinaire à lui reconnaître.

§ 1. — Examen critique des différents témoignages
anciens de restitutions « *ex causa injusta* ».

1^o *Condictio furtiva* :

Les auteurs qui tiennent à accorder à cette

condictio une haute antiquité n'invoquent que des raisons d'ordre général (1), en réalité il n'existe pas de traces de la *condictio furtiva* antérieures au VII^e siècle de Rome : les témoignages les plus anciens sont ceux de Q. Mucius Scaevola (consul en 659) (2) et de *veteres* (3) sur l'identité desquels il y a discussion, mais ce n'est pas sur le point de savoir si l'on peut les placer à une époque antérieure au VII^e siècle de Rome. M. von Mayr voit en eux des juriconsultes des deux premiers siècles de l'ère chrétienne, et M. Huvelin (4), avec de bonnes raisons, les considère comme des contemporains de Q. Mucius.

Au surplus, la *condictio ex causa furtiva* de Q. Mucius et des *veteres* cités par Tryphoninus, n'est-elle encore qu'une institution à l'état embryonnaire ; si l'on en croit M. Huvelin, elle ne pourrait s'appliquer qu'au *furtum improprium* : pour le *furtum proprium (subreptio)*, on pourrait tout au plus proposer, sans invoquer d'ailleurs le moindre témoignage positif, une *condictio ex injusta causa*, qui, d'après les principes généraux, n'aurait atteint que le voleur encore en possession de la chose volée (5).

(1) Cf. *suprà*, p. 36.

(2) Pomponius, 38, *ad Q. Mucium, Dig.* 13.1, frag. 16.

(3) Tryphoninus, 15, *Disput., Dig., h. t.*, frag. 20.

(4) Huvelin, *Furtum*, I, 363, n. 1.

(5) Huvelin, *op. cit.*, pp. 338 à 348.

2^o *Repetundae*.

La ligne 23 de la loi Acilia fait allusion à un *sacramentum* accordé par les lois Calpurnia et Junia aux pérégrins victimes de concussion : elle s'exprime en des termes qui ne permettent pas d'affirmer que ce *sacramentum* fût une action civile en répétition. Sans compter les difficultés pratiques que soulèverait l'exercice individuel d'un semblable recours, l'hypothèse d'une action privée accordée aux pérégrins dès le début du VII^e siècle de Rome, en matière de *repetundae*, se trouve en désaccord avec le témoignage de Cicéron à l'époque duquel l'action civile de *repetundae* était encore réservée aux seuls citoyens et refusée aux pérégrins (1).

Plus vraisemblable est l'hypothèse récemment proposée par M. Blum (2) et d'après laquelle l'action des lois Calpurnia et Junia serait un *judicium publicum*, aboutissant à une condamnation pécuniaire dont le montant profitait sans doute à l'Etat romain, qui de son côté l'affectait à l'indemnisation des personnes lésées.

L'emploi du *sacramentum* pour l'exercice de cette action ne doit pas nécessairement éveiller l'idée d'un procès civil intenté en vertu d'une créance civile : il existe des exemples de procès publics intentés dans la forme ordinaire des procès privés (3).

(1) Cicero, *Div. in Caec.* 5.18.

(2) Blum, *Revue générale du Droit*, 1922. L'origine des *leges Repetundarum*, p. 126 et s.

(3) Loi latine de Bantia (621-636/133-118), lig. 9 sq.

Cette hypothèse d'un recours collectif organisé par les lois Calpurnia et Junia semble bien être confirmé par la ligne 74 de la loi Acilia (1) : elle est aussi conforme à ce que nous savons des système du *repetundae* avant ces deux lois (2).

Mais il n'est même pas nécessaire d'entrer dans ce débat relatif au caractère privé de l'action des *leges repetundarum*, pour repousser, dans notre problème des origines de la *condictio ex injusta causa*, le témoignage qu'on a essayé de tirer du *sacramentum* de la loi Calpurnia de 605.

En effet, en admettant même avec MM. Pernice-Girard et Senn, que le *sacramentum* prévu par cette loi soit un recours en restitution, il faut noter que cette action n'est pas due à un développement jurisprudentiel du principe des *veteres*, mais à une disposition expresse, et peut-être exceptionnelle, du légis-

(1) D'après la ligne 74 de la loi Acilia, celui contre lequel a été intentée l'action de la loi Calpurnia ou de la loi Junia, ou qui a subi la « *nominis delatio* » de la loi Acilia, ne peut plus être poursuivi, à moins que ce ne soit pour des faits nouveaux. Il semble, en conséquence, que l'accusateur éteignait par son action celle de tous les autres intéressés.

(2) Blum, *op. cit.*, p. 122 et suiv. : Les pérégrins agissaient par voie d'action collective : leurs députés déposaient une plainte au sénat romain, qui désignait un magistrat chargé d'organiser les poursuites. M. Blum cite l'exemple rapporté par Tite-Live, 43, 2 — pour l'année 583/171 — des députés espagnols accusant devant le sénat leur ancien gouverneur de « *gepisse pecunias* », et l'exemple du sénatusconsulte de Thyshé (584/170) (Bruns 7. *Fontes*, p. 166.1.50. VI). Le sénat statue sur les demandes formulées par les députés.

lateur. Celui-ci a non seulement créé le recours, mais encore organisé la procédure, qui n'est pas précisément la *legis actio per conductionem*, mode qui correspondrait le mieux au développement de l'usage des *veteres*, mais la *legis actio sacramenti*.

3° Le mécanisme des *leges imperfectae* et *minus quam perfectae* fournit-il un témoignage plus ferme en faveur de la haute antiquité de la répétition *ex injusta causa* ?

Le débat qui s'élève autour de la sanction originale de ces sortes de lois, et notamment de la loi Cincia, est des plus épineux, mais d'importance capitale pour l'étude de la cause illicite en ancien droit romain.

Pour les *leges minus quam perfectae* la sanction est une *poena* : c'est le terme qu'emploie Ulpien pour définir ces lois dans un passage des *Regulae* (1).

Un terme aussi précis nous interdit de songer à une sanction réipersécutoire comme serait une action en restitution fondée sur l'enrichissement injuste.

D'ailleurs, le caractère pénal de la sanction des *leges minus quam perfectae*, en très ancien droit, n'est pas contestée (2) : la disposition des XII Tables qui prohibait la perception d'intérêts exagérés, édictait contre les usuriers une *poena quadrupli* comparable à la *poena dupli* qu'elle prononçait contre les voleurs : entre ces deux dispositions, Caton ne semble

(1) Ulpien, *Reg.*, pr. 2.

(2) Senn, *op. cit.*, p. 10.

noter qu'une différence de taux, et non de nature (1).

La sanction des *leges minus quam perfectae* du VI^e siècle n'est pas davantage répersécutoire : par exemple, selon l'expression d'Ulpien, la sanction de la loi *Furia testamentaria*, rendue entre 550 et 585/204-169, est une *poena quadrupli*. Il est possible que ce quadruple se réduise, en son point de départ, à un simple multiplié par le mécanisme de la *manus injectio* deux fois utilisée (d'abord par le légataire *per damnationem*, puis par l'héritier), mais rien n'empêche la sanction, ainsi réduite à un simple, d'être encore une *poena* : les actions pénales ne sont pas nécessairement à un multiple : il suffit de rappeler l'action au simple de la loi *Aquilia*, qui était précisément exercée aussi par une *manus injectio*.

Au surplus, cette réduction de la sanction au simple, *ab initio*, résulte d'une doctrine qui considère la *manus injectio — pro judicato —* des *leges minus quam perfectae*, comme accordée seulement contre le créancier qui a obtenu judiciairement exécution (*exigere*) de l'acte contraire à la loi (2) : or cette limitation de la sanction est bien une raison pour lui dénier tout caractère répersécutoire : une action en restitution, en effet, fonctionnerait aussi bien après l'exécution spontanée qu'après l'exécution forcée,

(1) Caton, *De re rust. praef.*

(2) Senn, *op. cit.*, p. 81 et suiv.

puisqu'il y a enrichissement également dans les deux cas. Il s'agit bien ici d'une action pénale réprimant le fait délictueux du créancier qui profite de la rigueur du *jus civile* pour obtenir contre son débiteur une condamnation contraire à la loi : c'est une sorte de *calumnia*, de *captio*, contre laquelle les *leges minus quam perfectae* ont organisé spécialement une *poena* poursuivie par *manus injectio*.

4^o Quelle fut originellement la sanction des *leges imperfectae* pour lesquelles le législateur n'en avait lui-même prévu aucune ? La définition qu'Ulpien donnait de ces *leges*, et dont on aurait pu attendre des indications relatives au caractère de leur sanction, ne nous est point parvenue dans le texte des *Regulae* : faute de notions générales sur ce problème, force nous est d'en chercher la solution pour chaque loi séparément.

Nous n'insisterons pas sur la sanction de la loi *Genucia* qui prohibait complètement le prêt à intérêt : mesure de circonstance prise pour apaiser la plèbe au moment difficile de la guerre contre les Samnites, cette loi ne semble pas avoir été sérieusement appliquée et probablement n'avait-elle véritablement aucune sanction. Enfin son caractère même de *lex imperfecta* est contesté (1).

Sur la sanction de la loi *Plaetoria*, les renseigne-

(1) Senn, *op. cit.*, p. 53 et suiv.

ments sont peu nombreux (1) : les quelques textes qui ont été invoqués par des auteurs considérables, pour établir l'existence d'une action civile en restitution *legis Plaetoriae*, sont loin d'être probants. Ils se rapportent à une action qui peut, le cas échéant, s'intenter *noxaliter* (2) : ce qui ne peut guère s'entendre d'une *condictio*, ni d'aucune autre sorte de recours en restitution, que l'on s'attendrait plutôt à voir exercés *de peculio aut de re in rem verso*. S'il existe en matière de *circumscriptio adolescentium* une action distincte du *judicium publicum*, son caractère moral en fait une action pénale privée, dont la présence ferait classer la loi Plaetoria parmi les *leges minus quam perfectae*.

A la vérité, il n'existait qu'une seule et même action pénale, *legis Plaetoriae*, tantôt publique tantôt privée, selon qu'elle était intentée soit comme action populaire, soit par le mineur lui-même.

Pourrait-on opposer à nos conclusions les textes du Digeste ingénieusement rattachés à l'action *legis Plaetoriae*, par M. Debray (3), qui d'ailleurs n'a voulu en tirer lui-même aucune conclusion sur le caractère de cette action ? Le passage des *libri ad edictum* d'Ulpien (4) dans lequel il serait possible de

(1) Debray, *Mélanges Girard*, I ; *Contribution à l'étude de la loi Plaetoria*, pp. 265 à 314.

(2) Cf. *suprà*, p. 40, n. 3.

(3) Debray, *op. cit.*, p. 305 et suiv.

(4) *D.* 4, 3, frag. 7 pr.

voir l'action de la loi Plaetoria, à la place de l'action *venditi* mentionnée dans le texte de la compilation, ne ferait que confirmer le caractère noxal que peut revêtir l'action *legis Plaetoriae* intentée par le mineur lui-même.

Mais le texte des *Quaestiones* de Paul (1) pourrait fournir contre nous une objection. Paul, à propos du paiement, émet le principe suivant : le paiement est valable même si à la suite d'un recours postérieur (*actio nova*), le créancier est dépouillé des sommes reçues en paiement : il ne pourra pas poursuivre à nouveau son débiteur. Paul donne une première application : paiement effectué par un affranchi ; le créancier est dépouillé, à la mort de l'affranchi, de la somme reçue en paiement, par suite de l'action Fabienne intentée par le patron ; le créancier ne pourra pas réclamer nouveau paiement.

Deuxième application : un mineur de 25 ans, victime de *circumscriptio*, paye sa dette, puis obtient restitution de la somme payée ; le créancier dépouillé ne pourra pas réclamer un deuxième paiement.

« *Huic adplicatur minor vigintiquinque annis, qui a creditore circumscriptus, in rem ex causa debiti solutam restituitur.* »

Selon M. Debray, il s'agirait en l'espèce d'un créancier, qui a profité de l'inexpérience de son jeune débiteur pour obtenir de lui un paiement ou une

(1) *D.* 46.3, frag. 98, § 2, dans lequel M. Debray voit une allusion à l'action de la loi Plaetoria.

datio en paiement d'une valeur supérieure à ce qui était dû : le mineur a attaqué ce paiement et obtenu restitution, par quelle voie ?

En dépit du terme *restituitur*, il ne pourrait être question ici, selon M. Debray, d'une *in integrum restitutio ob aetatem*, qui d'après les principes généraux aurait remis les choses en état, aussi bien pour le restitué que pour l'autre partie et aurait conservé au créancier sa créance et son action, du moins *jure praetorio*, contrairement à la solution de notre texte qui lui dénie tout recours.

Pour M. Debray, il s'agirait de l'action *legis Plaetoriae*, comme l'indiquerait dans le texte l'expression *circumscriptus*, terme technique de la loi Plaetoria, et dont l'emploi serait difficile à justifier dans un texte relatif à une *restitutio in integrum ob aetatem*.

Cette interprétation du texte de Paul, présentant l'action *legis Plaetoriae* comme une action en *restitution* au profit du mineur, est nettement favorable à la doctrine que nous avons combattue. Mais nous ne la croyons pas acceptable : selon nous, le *restituitur* du texte de Paul ne peut s'entendre que d'une *restitutio in integrum* : le verbe *restituere*, comme on peut s'en rendre compte à la lecture du *Vocabularium*, v^o *restituere*, ne signifie pas nécessairement une *restitutio in integrum* (1) : mais dans un texte

(1) Debray, *op. cit.*, p. 312, n. 4.

de Paul, ce mot peut-il servir à désigner une action civile en restitution, une *condictio* ? Le mot a bien pris ce sens dans la langue des constitutions impériales, mais il ne l'a pas chez les auteurs classiques (1). Au surplus, en admettant l'existence de cette action *legis Plaetoriae* en restitution, il est certain que la restitution *in integrum* lui fait perdre de son utilité et si Paul s'en occupe encore, ce ne peut être que d'après un auteur ancien, chez lequel le mot *restituere* ne pouvait certainement pas signifier une action civile en répétition !

M. Debray se refuse à voir dans le *restituitur* du texte de Paul une *restitutio in integrum*, parce que le recours désigné par cette expression ne produit restitution qu'au profit du mineur : mais cette remarque n'est exacte que si l'on imagine, avec M. Debray, un mineur honnêtement obligé et *circumscriptus* seulement lors du paiement : rien dans le texte n'autorise une semblable interprétation ; il nous paraît plus normal d'y voir un mineur obligé sous l'empire d'une *circumscriptio* dont l'influence se fait encore sentir au moment du paiement : or, en pareille hypothèse, la *restitutio in integrum* remet les choses en état comme s'il n'y avait pas eu de contrat, le mineur retrouve la somme donnée en paiement, et le créancier n'a plus de créance ni d'action en exécution de

(1) C IV, 6.5 et IV, 9, 3 : *condictione. . restitutioni parere compellitur* ; IV, 6.1 (Caracalla), et IV, 6.11 : *jure condictiois restituere debes*.

la créance, et c'est précisément ce que dit le texte de Paul.

5° Quant à la loi Cincia, exemple type de *lex imperfecta*, sa sanction originaire, si énigmatique, doit-elle être cherchée du côté d'une action en répétition de la chose détenue *ex injusta causa*? La solution classique est toute différente : l'exception *legis Cinciae* permet au donateur de ne pas exécuter la donation contraire à la loi Cincia, mais il n'a aucun recours pour revenir sur la donation exécutée (*perfecta*) ; pourtant il n'en est point de même lorsque la donation *ultra modum* est réalisée par voie de délégation : chez Celse (1) le donateur délègue son débiteur au donataire, chez Paul (2) le donateur s'engage envers le créancier du donataire ; dans les deux cas la délégation produit novation et l'exception *legis Cinciae* ne peut pas être opposée au délégataire ; mais ces textes accordent une *condictio* au donateur contre le donataire : ce n'est certainement pas la *condictio indebiti*, donnée par ailleurs (3) suivant les principes généraux au donateur qui, par erreur, a exécuté la donation alors qu'il pouvait opposer l'exception *legis Cinciae*, qui est perpétuelle ; en notre hypothèse le donateur n'est victime d'aucune erreur et la *condictio* dont il est question est fondée sur l'enrichissement illicite du

(1) *D.* 39.5, frag. 21, § 1.

(2) *D.* 44.4, frag. 5, § 5.

(3) *Frag. Vat.*, § 266.

donataire. Ce serait, à l'époque classique, un vestige de la sanction originaire de la loi Cincia (1) disparue dans tous les autres cas devant l'exception, mode plus pratique, et conservée dans la donation par délégation, parce qu'en cette hypothèse l'exception n'était d'aucun secours.

Par ailleurs, l'extrême rareté des textes mentionnant cette sanction originaire de la loi Cincia n'est point une objection : la classification doctrinale des *condictiones* réduit leur champ d'application et fait disparaître certaines catégories primitives d'actions en répétition (2).

M. Senn a fortement consolidé cette doctrine en établissant un lien étroit entre les deux dispositions de la loi Cincia et les lois Junia et Calpurnia *de repetundis*.

Selon cet auteur, les deux chefs de la loi Cincia, l'un sur les donations *ultra modum* entre personnes *non exceptae*, l'autre sur les honoraires des avocats — comme par ailleurs les lois Calpurnia et Junia *de repetundis* — poursuivaient un but identique : protéger les faibles contre les puissants qui abusaient

(1) Cette sanction originaire serait, d'après Karlowa (*Röm. Rechtg.*, II, 2, p. 587 et *Röm. Civil. pr.*, p. 347 et suiv.), une *condictio* due à un développement jurisprudentiel. Beaucoup plus vraisemblable est l'hypothèse proposée par M. Senn, d'une action en répétition organisée par la loi Cincia elle-même, probablement sous forme de *Sacramentum* (Senn, *op. cit.*, p. 32).

(2) Girard, *Manuel*, p. 956, n. 1.

de leur situation de protecteurs nécessaires, pour extorquer des donations de leurs protégés ou de leurs administrés. Pour toutes ces lois, la sanction aurait été la même : une action en répétition des sommes extorquées (*pecuniae captae*) ; système, dont l'application en matière de *repetundae* par la loi Calpurnia de 605/149 est attestée par le texte de la loi Acilia (1) (ligne 23), mais qui aurait été inauguré, dès 550/204, par la loi Cincia. La loi Publicia, de date inconnue, relative aux donations faites par les affranchis à leur patron, entrerait dans le même système.

Bien des objections ont été opposées à cette doctrine (2). Elle suppose un véritable bouleversement du caractère de la loi Cincia, au moment de l'introduction de la procédure formulaire : à l'origine toutes donations *ultra modum* auraient été rescindables, tandis qu'en droit classique la loi Cincia n'autorise plus le donateur qu'à revenir sur sa promesse, et l'exécution volontaire rend inattaquable la donation qu'elle confirme. Il est bien invraisemblable aussi que la *condictio* de la loi Cincia n'ait été conservée que dans le seul cas de la donation par délégation : la classification doctrinale des *condictiones* ne suffirait point à justifier la suppression de toute une catégorie de *condictiones* dont l'utilité pratique aurait dû assurer le maintien.

Enfin la *condictio* mentionnée par Celse et par

(1) Girard, *Textes*, p. 37.

(2) Cuq, *Institutions*, II, p. 688, n. 1.

Paul constitue-t-elle un argument en faveur de l'hypothèse d'une sanction originaire de la loi Cincia par *condictio* ?

L'argument est fragile, car les deux textes portent des traces d'interpolation : nul ne conteste le caractère byzantin de la réduction de la *condictio* au montant des sommes qui excèdent le taux légal : *in hoc quod modum legis excedit*. Pour Mitteis, cette *condictio* accordée en cas de donation par délégation serait intégralement l'œuvre des compilateurs (1).

Mais même en admettant, avec M. Duquesne (2), l'authenticité de cette *condictio* à l'époque classique, rien ne nous oblige à la considérer comme une survivance d'un système antérieur plus général.

M. Gide croit que la *condictio* citée par Paul et Celse aurait été imaginée par la jurisprudence classique dans le cas particulier de donations réalisées par voie de délégation, hypothèse dans laquelle l'exception *legis Cinciae* n'était d'aucun secours (3).

L'attribution de cette *condictio* à la jurisprudence classique est confirmée par l'analogie, relevée par M. Duquesne (4), qu'elle présente avec la *condictio* certainement de date récente, accordée, selon Ulpien (5), à l'affranchi qui a fait par délégation une

(1) Mitteis, *Röm. Privat.*, I, pp. 165-166.

(2) Duquesne, *donatio, delegatio, condictio. Mélanges Girard*, pp. 388 et suiv.

(3) Gide, *Novation*, pp. 412, n. 3, et 419, n. 2.

(4) *Op. cit.*, p. 404.

(5) Ulpien, *D.* 44.5, fig. 1, § 10 et 11.

promesse *onerandae libertatis causa*. La symétrie entre la donation par délégation et la promesse de l'affranchi est frappante : en cas de donation par délégation, l'exception *legis Cinciae* est inopérante : de même l'exception *onerandae libertatis*, en cas de promesse de l'affranchi par délégation. Dans les deux cas, pour remédier à l'absence de l'exception, le même procédé a été utilisé, la *condictio*, que l'on doit attribuer dans les deux cas au même mouvement de jurisprudence, qui ne peut être antérieur à la prèture de P. Rutilius Rufus (premier tiers du VII^e siècle) qui le premier posa dans l'édit les règles relatives à la promesse *onerandae libertatis causa*.

Enfin l'hypothèse même dans laquelle Paul accorde une *condictio* prouve assez, selon nous, que la *condictio* en cas de donation par délégation n'est pas ancienne.

La *condictio ex injusta causa* des *veteres* était prévue pour répéter *id quod apud aliquem sit* (*Dig.* 12.5, frag. 6) : or dans l'hypothèse du texte de Paul, il ne s'agit pas d'une chose détenue et reçue par le donataire, ce n'est pas un *id apud aliquem esse*, mais c'est une dette du donataire qui a été payée par le donateur. Le donataire est indubitablement enrichi, puisqu'il se trouve libéré d'une dette, mais il n'a pas la détention matérielle des deniers donnés. L'extension de la *condictio ex injusta causa* à l'enrichissement indirect n'est pas ancienne, comme nous le verrons plus tard, et l'antique *condictio* était

dirigée uniquement contre celui « chez lequel se trouvait la chose » dont on poursuivait la restitution.

Reste l'argument tiré d'une prétendue ressemblance entre le caractère de la loi Calpurnia *repetundarum* et celui de la loi Cincia.

Ce rapprochement n'est pas justifié : la loi Calpurnia, pour des raisons d'ordre public, tient à ce que les concussionnaires ne retiennent pas les bénéfices illégalement perçus. La loi Cincia, du moins dans sa disposition relative aux donations entre simples particuliers, est comparable jusqu'à un certain point aux mesures prétoriennes contre la violence dans les contrats : elle permet aux faibles de ne pas exécuter les promesses de donation que les puissants leur ont extorquées. A l'époque classique, les donateurs ne pouvaient pas invoquer la loi Cincia pour revenir sur des donations bénévolement exécutées : rien ne permet de supposer qu'il en était autrement à l'origine. La comparaison entre la loi Cincia et la loi Calpurnia n'est admissible que pour le chef de la loi Cincia relatif aux honoraires d'avocats (1).

Enfin ce rapprochement ne constitue un argument en faveur d'une action en restitution *ex injusta causa* pour sanctionner la loi Cincia, qu'autant que la loi Calpurnia ouvrait un recours de ce genre : or nous savons déjà que cette façon d'interpréter le *sacramentum* de la loi Calpurnia est contestable.

(1) Mommsen, *Droit pénal*, III, p. 2.

§ 2. — De l'antiquité du principe de l'enrichissement injuste.

L'enquête que nous venons de poursuivre ne nous a pas fourni un seul témoignage certain d'une restitution fondée sur la *causa injusta* pendant les six premiers siècles de Rome.

Au surplus, les vieux Romains ont-ils seulement connu le principe de l'enrichissement injuste auquel on a voulu trouver d'antiques applications ?

Il ne faut point tirer argument de l'existence de la *legis actio per condictioem* au VI^e siècle de Rome : ce n'est point pour sanctionner l'obligation de restituer l'enrichissement injuste, ni aucune autre cause spéciale d'obligation, que les lois *Silia* et *Calpurnia* ont créé la *condictio*. Les renseignements précieux que nous fournissent *Gaius* et *Cicéron* (1) sur le caractère de cette action nous la présentent comme une « action abstraite, générale, un *modus agendi*, apte à sanctionner toutes les demandes qui tendent à un *dari oportere* d'une *certa pecunia* ou d'une *certa res*, quelles qu'en soient les causes ». C'est une action dont l'application était déterminée par le caractère certain de l'objet de l'obligation, et non point par le genre de source dont elle découlait.

Ainsi conçue, la *condictio* n'est pas, comme *Baron* et *Pernice* l'ont cru, un instrument de progrès, dont la jurisprudence aurait fait usage pour sanc-

(1) *Gaius*, IV, 4 et 64 — *Cic.*, *Pro Roscio Com.*, §§ 13 et 14.

tionner toutes prétentions équitables selon le *jus gentium*, ou toutes prétentions fondées sur l'enrichissement injuste. La *condictio* primitive n'est autre chose qu'une simplification de procédure pour les créances de corps certain ou de sommes d'argent, dont le *jus civile* reconnaissait déjà la validité, comme celles résultant de la stipulation, du *contrat litteris* ou du *mutuam* (1).

Parmi les obligations ayant pour objet un *certum*, et reconnues par le *jus civile*, peut-on faire figurer déjà au VI^e siècle de Rome celle qui découle de l'enrichissement injuste ? On a pu le soutenir en invoquant le fameux principe des *veteres*, rapporté par *Sabinus* chez *Ulpien* (2) :

« *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* »

(1) *M. Girard*, Cf. *suprà*, p. 32, s'écarte à ce sujet du système de *Pernice* et considère, avec de bonnes raisons, la *condictio* primitive comme apte à sanctionner aussi bien les contrats *verbis et litteris*, que le principe de l'enrichissement injuste.

Le caractère de la *condictio, modus agendi*, aperçu par *M. Michon* (*N. R. H.*, 1908, p. 369-408 : *L'histoire de la condictio incerti*, d'après *M. S. V. Koschembahr-Lyskowski*), a été mis en pleine lumière par *M. de Visscher* (*La condictio et le système de la procédure formulaire*, Gand, 1923), qui trouve ainsi la raison pour laquelle ce procédé ne s'est pas étendu indéfiniment, phénomène qui reste inexplicable dans le système de *Baron* et dans celui de *Pernice*.

(2) *Ulpien*, 18 *ad Sabinum*, *Dig.* 12.5, frag. 6.

Qui sont ces *veteres*? Gaius (IV, 30) désigne par cette expression les jurisconsultes antérieurs à l'introduction de la procédure formulaire. Mais sous la plume de Sabinus, dont Ulpien reproduit l'opinion, l'expression *veteres*, comme l'a prouvé M. Huvelin (1), désigne les jurisconsultes immédiatement antérieurs à l'école de Servius Sulpicius : ce sont des contemporains de Q. Mucius Scaevola (le consul de 659/195). Cette observation met le fragment d'Ulpien hors de cause pour l'étude de l'Ancien Droit.

Encore parmi les jurisconsultes du VII^e siècle désignés comme *veteres*, le principe de la *condictio ex injusta causa* n'était pas admis d'une façon générale : notre texte peut fort bien se lire : « Sabinus a approuvé l'opinion de ceux des *veteres* qui estimaient... ». Le génitif *veterum* se conçoit beaucoup mieux comme partitif, car s'il n'y avait pas eu de débats entre les *veteres*, Sabinus et Celsus n'auraient pas eu à prendre parti et à « approuver ».

Enfin, le doute émis par M. Jobbé-Duval (2) sur la portée générale du prétendu principe des *veteres* est partagé par beaucoup d'auteurs (3), le rapprochement de notre fragment d'Ulpien avec un autre fragment du livre 18 *ad Sabinum* du même auteur (*Dig.* 7-9, frag. 12) fait apparaître le texte sous son

(1) Huvelin, *Furtum*, I, p. 343 et 360.

(2) Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure*, 1896, I, p. 105.

(3) Perrozi, *Inst.* II, 289, et de Francisci, *Συναλλαγμα*; II, p. 382.

vrai jour : c'est un argument invoqué pour justifier une *condictio* dans un cas spécial.

SECTION III. — La « *denegatio actionis* » dans l'Ancien Droit.

§ 1. — Exemples anciens.

A la vérité, la question de la *condictio ex injusta causa* dans l'Ancien Droit est dominée par le problème de la *denegatio actionis* avant l'introduction de la procédure formulaire.

M. Girard propose une action en répétition pour sanctionner les *leges imperfectae*, parce qu'il voit dans ce « mécanisme pénible et defectueux » un témoignage décisif contre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire quelconque du magistrat dans l'ancienne Rome (1).

A l'inverse, M. Senn est amené à proposer une action en répétition comme sanction originaire de la loi Cincia, parce qu'après avoir accepté les conclusions de M. Girard sur la *denegatio actionis*, il ne lui reste plus guère d'autre solution vraisemblable, qu'une application, à la loi Cincia, du prétendu principe des *veteres* sur l'enrichissement injuste (2).

Mais en dépit du nombre et de l'importance de ses partisans (3), la doctrine qui refuse au magistrat tout

(1) Girard, *Org. jud.*, I, p. 197.

(2) Senn, *op. cit.*, p. 31.

(3) Cette doctrine admise par Ihering, Mommsen, Pernice,

pouvoir de *denegare actionem* avant l'introduction de la procédure formulaire n'est pas au-dessus de toute discussion (1).

M. Girard lui-même relate chez Tite-Live un certain nombre d'exemples de *denegatio actionis*, au temps des *legis actiones* : il les présente comme des cas spéciaux dans lesquels le prêteur aurait exécuté des injonctions légalement abusives du Sénat (2) : ce n'en sont pas moins des exemples de *denegatio actionis*. Certes, ce n'est pas au profit du prêteur, un pouvoir de *denegatio* aussi général et arbitraire que celui dont il disposerait, selon M. Girard, après la loi Aebutia. Mais ces exemples établissent, dès avant le VII^e siècle de Rome, la possibilité d'une *denegatio* et cela précisément dans l'hypothèse, qui nous occupe, d'actes accomplis contrairement à la loi ou en fraude de la loi : en 561/193, il s'agit d'une mesure prise contre les capitalistes romains qui tournaient les dispositions contre les usuriers, en prêtant par

a été soutenue avec beaucoup d'insistance par M. Girard qui en fait une des clefs de son système sur la portée et la date de la loi Aebutia : *Z. S. St.*, 14.1893, p. 45, n. 1 ; *N. R. H.*, 1897, p. 256, *Organisation jud.*, I, pp. 195-198 ; *Mélanges*, I, pp. 76 et 902 ; I, pp. 137, 146. Depuis les travaux de M. Girard, cette doctrine est devenue presque classique (Cf. Girard, *Mélanges*, I, p. 131, n. 3, la liste des auteurs qui s'y sont ralliés).

(1) Keller, *Des actions*, p. 154, admet la *denegatio* au temps des *legis actiones*. Les arguments présentés à différentes reprises par M. Girard n'ont pas convaincu Wlassack, *Z. S. St.*, 1904, pp. 81 et sq. ; 1907, p. 1 à 115 ; 1912, p. 140.

(2) Girard, *Org. jud.*, I, p. 195.

l'intermédiaire de latins ou d'alliés non soumis aux lois romaines sur l'usure et qui servaient de prête-noms. En 577/177, le Sénat assure l'exécution de la loi Claudia de la même année, en prescrivant aux magistrats de n'accorder leur concours à la *legis actio* gracieuse que si le *manumissor jure* ne pas affranchir *civitatis mutandae causa* (1).

Les vieux Romains modifiaient d'ordinaire leur droit privé, au moyen de solutions nouvelles apportées sur le terrain pénal : le respect des lois de droit privé était le plus souvent assuré par des peines. Mais à défaut de ce genre de sanction, la *denegatio* était le procédé que l'on employait, subsidiairement : dans l'exemple des capitalistes qui prêtaient à des taux usuraires par l'entremise d'étrangers, la *denegatio* est utilisée dans l'insuffisance du système pénal. Une solution analogue est très vraisemblable dans des cas, comme celui des *leges imperfectae*, où la sanction pénale fait complètement défaut, *ab initio*.

§ 2. — Application possible à la loi Cincia.

C'est de ce côté qu'il convient de chercher la solution du problème de la sanction originaire de la loi Cincia.

Si l'on essaie de reconstituer la physionomie originaire des dispositions de la loi Cincia, ce plébiscite semble bien avoir été proposé en 550/204 par le tribun de la plèbe L. Cincius Alimentus en vue de

(1) Liv. 35, 7 et 41, 9.

soulager la plèbe : *quia vectigalis jam et stipendiaria esse senatui caeperat* (Liv. 34.4.9).

Les plébéiens avaient en effet besoin de l'assistance des patriciens, les clients recouraient à leurs patrons, pour défendre leurs intérêts en justice. La classe influente se faisait payer chèrement ses services et la loi Cincia tenta de porter remède à ces abus en prohibant au-dessus d'un certain taux les donations que n'expliquaient pas des motifs d'affection, et interdisait complètement aux avocats de recevoir des honoraires : *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat* (Tacite, ann. 11.5).

Cette loi, on le sait, n'avait pas édicté de nullité à l'encontre des actes qu'elle prohibait. Mais lorsque patrons ou patriciens poursuivaient en justice l'exécution d'une donation prohibée, il est bien naturel de songer à une intervention des tribuns pour assurer le respect du plébiscite : les tribuns opposaient leur *veto* à l'exercice de l'action du donataire.

Dans ce système, la loi Cincia aurait été sanctionnée par une *denegatio actionis* résultant d'une intercession tribunicienne. « La loi Cincia a entendu protéger les citoyens pauvres hors d'état de tenir une promesse de donation qu'on leur a extorquée » (1) : mais elle n'a pas ouvert un recours en restitution au profit de ceux qui ont bénévolement exécuté.

Ce système conduit à tracer de la sanction de la loi

(1) Cug, *Manuel*, p. 525.

Cincia une évolution beaucoup plus naturelle que celle, imaginée par MM. Girard et Senn, du passage d'une action en répétition à une exception. Le remplacement de la *denegatio* primitive, par une *exceptio legis Cinciae*, ne constitue pas en effet un bouleversement du caractère de cette loi, mais une simple réforme de procédure : avec l'une comme avec l'autre de ces deux sanctions, c'est toujours la faculté accordée au donateur d'échapper à l'exécution de promesses inconsidérées. Sans doute le magistrat a-t-il introduit l'exception pour alléger sa tâche et se décharger sur le juge, du soin d'examiner l'illégalité de la donation : mesure que justifiait assez l'affluence des procès et l'encombrement du prétoire vers la fin de la République.

M. Girard a objecté que l'intercession était inhérente à la nature du tribunat et qu'avant comme après la loi Cincia, les tribuns auraient pu s'opposer à l'exécution d'une promesse de donation extorquée à un plébéien (1). A cela M. Cug répond : « Avant la loi Cincia, comment le tribun aurait-il justifié son intervention alors que le patricien donataire demandait l'exécution d'un engagement régulièrement contracté : l'intercession a sa raison d'être pour empêcher un abus du pouvoir, mais non lorsqu'un magistrat veille à l'application de la loi (2). »

D'ailleurs pour repousser le système de l'inter-

(1) Girard, *Manuel*, p. 953, n. 1.

(2) Cug, *Manuel*, 525, n. 2.

cession tribunicienne dans le cas de la loi Cincia, M. Girard invoque surtout l'impossibilité générale pour le magistrat de *denegare actionem* avant la loi Aebutia. M. Lefèvre (1) a recours au même expédient, qu'il utilise également pour écarter les nombreux témoignages fournis par Valère-Maxime et Tite-Live, d'intercession tribunicienne en matière de procédure civile dans l'Ancien Droit.

L'issue de ce débat, comme de beaucoup d'autres, dépend de la position que l'on prend dans le problème de la loi Aebutia. C'est pourquoi un jeune romaniste italien, Enrico Cocchia di Enrico, qui a repris avec beaucoup de soin et de science la question de l'intercession tribunicienne en matière de procédure civile, n'a pas cru inutile de consacrer tout un livre de son ouvrage pour réfuter la doctrine de M. Girard sur la loi Aebutia et l'évolution de la procédure civile (2).

(1) Lefèvre, *Du rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile*, thèse 1910, p. 50.

(2) Enrico Cocchia di Enrico, *il Tribunato della Plebe et la sua autorità Giudiziaria*. Napoli, 1917. Ce gros travail, dont les conclusions dépassent de beaucoup le terrain de l'intercession tribunicienne, n'a pas encore reçu en France l'accueil qu'il mérite; il a eu les honneurs d'un compte rendu en Italie (*Annali del Seminario Giuridico della università di Palermo*, vol. IV, 1920, p. 371, compte rendu de A. Guarneri Citati). Nous remercions vivement M. le professeur Collinet à la science et à la bienveillance duquel nous devons de connaître cet ouvrage. M. Enrico Cocchia pense que la procédure formulaire n'est pas due à une brusque réforme législative, mais qu'elle s'est introduite lentement: les paroles *do, dico, addico*

L'impossibilité de *denegare*, avant la loi Aebutia, est un principe qu'une doctrine a établi en interprétant certains témoignages avec une idée préconçue: par exemple, l'action en répétition sanctionnant la loi Cincia est invoquée comme la preuve de l'impossibilité de *denegare actionem* en 550/204, mais cette action en répétition n'a été elle-même établie qu'en posant, en principe, l'impossibilité d'une *denegatio* à cette époque.

Si l'on s'abstient de toute idée préconçue, le cas de la loi Cincia est bien un exemple de l'intervention des tribuns dans une question de droit privé, avant la date présumée de la loi Aebutia: c'est aussi un témoignage de *denegatio actionis* corrigeant le principe de la validité des obligations sur cause illicite, dans l'Ancien Droit.

§ 3. — Réfutation de quelques objections.

Ne font point obstacle à cette hypothèse d'une *denegatio*: 1° Le principe de la validité des contrats sur cause illicite ou immorale; ce principe a été établi, plus haut, d'une façon assez souple pour laisser place à la fin de notre période du droit ancien, au temps de la loi Cincia, à des correctifs qui peuvent aller jusqu'à la *denegatio* (1);

permettaient au magistrat de l'organiser (p. 283): il existe des actions prétoriennes *in factum* dès le VI^e siècle de Rome; déjà au temps de Plaute apparaissent les signes d'un droit privé nouveau dû au préteur (p. 298).

(1) Cf. ci-dessus p. 26. — En revanche, les dénégations pro-

2° Le principe selon lequel dans les *legis actiones* le demandeur n'avait point à indiquer, en matière personnelle, la cause de son droit.

Le caractère abstrait de la *legis a. per condictio-nem* est hors de doute (1), pour la *judicis arbitrive postulatio* les renseignements font défaut et pour le *sacramentum in personam*, la question est controversée (2). Quoi qu'il en soit, le magistrat, même dans les actions abstraites, devait pouvoir s'informer de la cause en vertu de laquelle le demandeur agissait : pour refuser son concours à l'exercice d'une action déjà intentée une première fois, il lui fallait bien vérifier l'identité de la cause en vertu de laquelle le demandeur intentait l'action : pourquoi n'aurait-il pas pu vérifier également la légalité de la cause ?

Contre l'hypothèse de la *denegatio actionis* dans l'Ancien Droit, on pourrait objecter que dans les premiers temps de la procédure formulaire le pré-

noncées aux III^e et IV^e siècles de Rome, à la suite de remises de dettes, et mentionnées par Tite-Live (2, 24, 6, sur l'an 259/495, — 6, 31, 4 sur l'an 376/378) et Denys (6.22 sur l'an 258/496), ne semblent guère vraisemblables à cette époque reculée, et peut-être n'y a-t-il en l'espèce, comme le pense M. Girard, qu'une transposition dans la période légendaire de Rome des querelles entre débiteurs et créanciers du VII^e siècle (Cf. *Organisation jud.*, I, p. 195, n. 1).

(1) Depuis Baron, *de conductionem*, 1881, c'est un point bien établi.

(2) Baron, *op. cit.*, p. 190, croit que le *sacramentum in personam* avait un caractère concret ; mais *contra* : Pernice, *Labeo III*, 1, p. 276, n. 2, et Bekker, *Z. S. St.*, 1904, p. 57 et suiv.

teur s'est servi de *praescriptiones*, puis d'exceptions et n'a recouru largement à la *denegatio* qu'à une époque beaucoup plus tardive (1) : si le prêteur avait connu la *denegatio* dans l'Ancien Droit, pourquoi se serait-il montré si timide dans l'emploi de ce procédé après une réforme de la procédure que l'on considère généralement comme ayant augmenté ses pouvoirs sur la procédure ? Il y a là une contradiction (2).

Mais cette objection doit être très atténuée en ce qui concerne la *denegatio* dans le cas d'actes contraires à la loi : dans le domaine si voisin des actes contraires à des dispositions nouvelles du prêteur, la *denegatio* a, semble-t-il, fonctionné de bonne heure, dès les débuts de la procédure formulaire (3).

Enfin l'objection suppose deux postulats égale-

(1) Pissard, *op. cit.*, p. 36, soutient, sur une suggestion de M. Girard, qu'en matière de *praejudicium*, les cas d'exception précèdent les cas de décret, s'appuyant sur Schott (*das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Civilprozess.*, 1903) d'après lequel à l'époque classique la distinction du *jus* et du *judicium* cesserait d'être aussi intangible que dans l'Ancien Droit ; et le magistrat, dans bien des cas, aurait pu trancher par *denegatio* des questions de fond qui relevaient, antérieurement, du *judicium*.

(2) Wenger, *Z. S. St.*, 1909, p. 488, fait ce reproche à M. Pissard qui admet la *denegatio* dans l'Ancien Droit.

(3) Lenel, *Edit*, §§ 54, 64, 74, 278 : dans les hypothèses du serment, des sommes perdues au jeu, des *operae* trop lourdes imposées aux affranchis, la *denegatio* a précédé l'exception, comme cela ressort de la place occupée par ces matières dans l'édit, et des termes *actionem, judicium non dabo*.

ment contestables : antériorité des cas de *praescriptiones* et d'exceptions par rapport aux cas de *denegatio actionis*, dans la procédure formulaire, et augmentation des pouvoirs des magistrats par la réforme opérée par la loi Aebutia (1).

CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE.

Les quelques résultats acquis au cours des précédentes discussions sont surtout négatifs : il s'en dégage cette conclusion que dans l'Ancien Droit, les exceptions et les *condictiones* utilisées à l'époque classique au cas de cause immorale ou illicite n'étaient pas encore connues.

La morale n'exerçait-elle aucune influence sur le droit primitif de Rome ? A l'origine, le pouvoir public était bien faible et n'était guère en mesure d'inspecter ce que les actes juridiques accomplis par les *patres* pouvaient cacher d'immoral.

Mais lorsque la cité fut assez puissante pour ne plus respecter aveuglément le droit des quirites, la morale commença à faire sentir son influence sur le droit. Ce ne fut point l'œuvre des magistrats judi-

(1) Sur le premier point, Cf. Lenel, *Z. S. St.*, 1909, p. 329 et suiv. Sur le second, M. Henri Lévy-Brühl (*La denegatio sous la procédure formulaire. Travaux de l'Université de Lille*, 1924) considère la *denegatio* comme n'ayant jamais pu fonctionner dans le système de l'*ordo* ; il en admet malgré tout la possibilité comme « fausses dénégations » pour assurer le respect de la loi, de la coutume, de l'édit, ou de la morale (p. 24 et suiv.).

ciaires : ils ne jouaient pas encore leur rôle classique de défenseurs de l'équité contre les rigueurs du *jus civile* : il n'était pas en leur pouvoir d'introduire dans le droit des considérations morales, fût-ce en invoquant le prétendu principe de l'enrichissement injuste ; le *jus civile* ignorait complètement l'obligation fondée sur un devoir moral et le prêteur n'avait pas mission de créer une obligation nouvelle de ce genre : au reste nous savons ce qu'il faut penser du principe dit des *veteres*, avant le VII^e siècle de Rome.

On peut citer des exemples de *denegatio actionis* prononcée par le magistrat dans l'intérêt de la morale : mais il ne semble pas que le magistrat ait usé de ce pouvoir de sa propre initiative, mais plutôt sur une intervention du Sénat, des tribuns ou du législateur (1).

Les quelques modifications que les anciens ont apportées au droit privé dans l'ordre des matières traitées ici ne sont pas dues à un développement prétorien ou jurisprudentiel, mais à des mesures législatives : les lois Genucia (412/342) et Marcia contre l'usure, les lois contre le luxe (Oppia 539/215, Orelia 572/182, Voconia 585/169, Fannia 593/161), les lois sur le cautionnement, la loi Cincia sur les donations (550/204), la loi Plaetoria sur le *circumscripção adulescentium* (563/191), la lex Talariá répri-

(1) Nous avons cité (p. 64) des exemples de *denegatio* pour cause illicite : le *denegatio* pour cause immorale n'apparaît d'une façon certaine que plus tard (cf. p. 81).

mant les jeux de hasard (antérieure au Miles Glor. de Plaute : II, 2, v. 9), la loi Calpurnia sur la concussion (605/149), sont autant d'atteintes portées aux règles primitives du droit des obligations, des successions ou de la procédure.

Les lois en prohibant certaines opérations économiques (donations, usure, jeu, etc.) mettaient les magistrats dans la nécessité de scruter les dessous des actes juridiques abstraits : la notion de cause faisait son entrée dans le droit Romain, avec la création, par le législateur, de certaines catégories de causes illicites. C'était déjà un grand pas de fait. Mais la cause ne constituait pas un élément essentiel du contrat : son caractère illicite n'avait pas d'influence sur la validité de l'acte juridique. Le législateur ne pouvait pas empêcher les contrats régulièrement formés d'être valables, mais il menaçait de peines ceux qui les concluaient dans un but illicite.

La considération de la cause des obligations s'est introduite dans le droit Romain pour servir de base à des mesures généralement pénales : mais à l'époque ancienne, elle n'eut pas pour cela de place dans la structure des contrats eux-mêmes.

Les peines édictées par ces lois anciennes sont des peines pécuniaires ; elles frappent le créancier qui a poursuivi en justice l'exécution du contrat sur cause illicite (*exigere* : comme par exemple dans le cas de la lex Talaria ou de la loi Marcia de usuris) — ou

qui a simplement obtenu exécution (*capere* : loi Calpurnia, loi Furia testamentaria).

Ces peines peuvent être réclamées par le débiteur lui-même, ou dans certains cas, par tout citoyen qui veut agir contre le délinquant (actions populaires).

Quelques lois (*leges imperfectae*) ne prévoyaient pas de peines et se contentaient d'attirer l'attention des magistrats sur certains agissements : c'était aux magistrats d'imaginer une sanction : *multa* (1) ou *denegatio actionis* (2).

Nombreuses étaient les opérations contraires à la morale, qui n'avaient point fait l'objet d'une disposition spéciale de la loi. En face de toutes ces immoralités, la cité romaine n'est pourtant pas restée désarmée : il ne faut pas oublier dans l'ancienne Rome le rôle du censeur : la *turpitude* trouvait dans le *nota censoria* une sanction très efficace. Le censeur, dans sa juridiction, n'obéissait pas aux règles étroites du *jus civile* : il pouvait tenir compte de l'équité, scruter l'intention des individus, chercher le but poursuivi dans un acte juridique (3) : il n'est rien d'impossible à ce que le fait de conclure un contrat en vue d'une turpitude ait pu entraîner une *nota censoria* pour celle des parties qui se trouvait

(1) *Multa* des édiles Curules pour faire respecter les lois somptuaires, les lois contre l'usure. Cf. Mommsen, *Droit public*, IV, p. 199.

(2) Dans le cas de la loi Cincia, par exemple.

(3) Aulu-Gelle (Nuits Attiques 14.2), dans une anecdote qui se place à l'époque où le philosophe Favorinus enseignait à Rome, oppose *judicium praetorium* à *judicium censorium*.

commettre une immoralité en le concluant : mais le contrat restait valable.

L'accomplissement répété de certains actes immoraux pourrait entraîner une déchéance : *nota censoria*, infamie, qualité de *persona turpis* établissent dans la cité des catégories de personnes qui ne jouissent pas de la plénitude des droits. Mais une immoralité qui sert de cause à un acte juridique n'influe point sur sa validité.

Cette remarque pourrait être faite au sujet du *stuprum* dans l'ancienne Rome.

La prostitution était réprouvée par la morale : ceux qui s'y livraient jouissaient, en droit, d'un état particulier : les *tres viri capitales*, dès une époque reculée, dressaient une liste des *lenones* et des *meretrices* (1). Les procès relatifs à ces personnes n'allaient pas devant les magistrats ordinaires : le droit des quirites n'était pas fait pour elles ; les délits, dont leurs biens (2) ou leur personne pouvaient être victimes, n'étaient pas réprimés de la même façon que s'ils avaient été commis sur les biens ou la personne de citoyens honorables : l'affaire était jugée par des magistrats de police, édiles ou triumvirs (3).

(1) Tacite, *Ann.* II, p. 85 ; Origène, *Philocal.* IV, p. 63 ; Plaute, *Asin.*, I, p. 2, v. 5.

« Ibo ego ad tresviro, vostraque ibi nomina.
« Faxo erunt... »

(2) Il semble qu'au temps de Plaute, les Romains de la meilleure société n'éprouvaient aucun scrupule à faire main basse sur les objets qu'ils pouvaient dérober dans les maisons de débauche. Cf. *Truc.*, vers 80 à 90.

(3) Mommsen, *Droit public*, IV, p. 208.

L'inviolabilité de la maison romaine était enlevée aux établissements de débauche : ils étaient soumis, comme tout établissement privé ouvert au public, au contrôle des édiles.

Par contre, les courtisanes échappaient à la répression de certains délits : la *lex de stupro matronae* punit le *stuprum* commis par une *matrona*, et ne s'applique pas aux *meretrices*.

Celles-ci peuvent être considérées comme exerçant une profession (1) qui entraîne certaines déchéances : mais, dans le vieux droit Romain, du moins, les actes juridiques accomplis dans l'exercice de cette profession semblent être pleinement valables : la courtisane fait avec ses clients une sorte de marché que Plaute définit *opera pro pecunia* (2). On exige simplement qu'elle ne reçoive pas un salaire de plusieurs à la fois (3).

(1) Plaute, *Asin.* I, 3, v. 21 : « Quid me adcuras si facio officium meum ? »

Ulpien, D. 12.5, frag. 4, § 2, considère aussi la *Meretrix* comme exerçant un métier.

(2) Plaute, *Asin.* I, 3, v. 20. Dans la même comédie, I, 3, v. 79 et suiv., on assiste à un marché relatif à la petite Philénie : il est même question de rédiger le contrat par écrit (I, 3, v. 85). Il faut faire, chez Plaute, la part de la plaisanterie.

(3) Plaute, *Trucul.*, IV, 2, v. 47.

« Quæ advorsum legem accepisti a plurimis pecuniam. »

La loi à laquelle Dinarque fait ici allusion est la loi Lenonia (*lex Titia*) : cette loi prévoyait une peine du quadruple avec *manus injectio*. L'affaire était sans doute jugée par les triumvirs capitaux. Cf. Dictionnaire Daremberg et Saglio, V° *Lex Lenonia*, p. 1120 et 1169.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT CLASSIQUE

CHAPITRE PREMIER

PÉRIODE DE FORMATION DU DROIT CLASSIQUE.

La fin de la République est pour le droit Romain une période de formation : à cette époque les expédients (exceptions et *condictiones*) imaginés, pour tenir compte du caractère illicite ou immoral de la cause dans les actes abstraits, commencent à apparaître : ils se développent au début du principat.

§ 1. — Exception de dol ; « *Denegatio actionis* ».

Au VII^e siècle de Rome, la procédure formulaire est en pleine période de progrès et sans doute le préteur n'a-t-il point tardé à introduire dans son édit l'exception *si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur* (1), dont l'application à la

(1) Gaius, IV, 121.

loi Cincia et à la loi Plaetoria a été spécialement commentée par les prudents à l'époque classique (1).

Pour les actes, qui sans être prohibés par une disposition positive de la loi, blessaient la morale ou l'ordre public, l'exception de dol trouvait-elle déjà, comme à l'époque classique (2), son application ? Il ne le semble pas.

Le dol — lorsque furent organisées l'*actio doli* par Aquilius Gallus (688/66) et l'*exceptio doli* peu après — consistait dans l'emploi de manœuvres frauduleuses, destinées à tromper quelqu'un pour le déterminer à accomplir un acte juridique.

Servius Sulpicius définissait le dol : *machinationem quandam alterius decipiendi causa* et Labéon, qui critique par ailleurs la définition de Servius, en reproduit encore l'élément principal : *omnem... machinationem ad circumveniendum, fallendum decipiendum alterum adhibitam* (3).

Le fait de stipuler une prestation en rétribution d'une immoralité déjà accomplie ou à accomplir ne constitue pas en soi une manœuvre destinée à induire quelqu'un en erreur, et l'exception de dol n'a pu être utilisée en pareille hypothèse qu'à l'époque où les jurisconsultes classiques en ont singulièrement élargi le champ d'application (4).

(1) Lenel, *Edit.* II, § 279.

(2) Paul, 3, *quaest. Dig.* 12.5, frag. 8.

(3) Ulpien, 11 *ad Edictum, Dig.* 4.3, frag. 1, § 2.

(4) Ulpien 76, *ad Edictum Dig.* 44.4, frag. 2, § 5. Utilisa-

Avant cette extension de l'exception de dol, le préteur n'avait-il point inséré dans l'édit des exceptions spéciales à certaines immoralités ? Ou bien, à défaut d'édit, ne délivrait-il point, *cognita causa*, des exceptions *in factum* à ceux qui se disaient débiteurs *ex turpi causa* ? Rien ne permet de l'affirmer. L'exception *in factum* dont Paul signale l'existence à côté de l'exception de dol : *Si ob turpem causam promiseris Titio... exceptione doli mali vel in factum summovere eum (potes)* (1), se rapporte à un tout autre ordre d'idées : il s'agit d'un plaideur qui ne peut opposer l'exception de dol, infamante, à son adversaire, parce qu'il est tenu envers ce dernier au devoir de *reverentia* : à la place de l'exception de dol, le préteur lui donne une exception *in factum* (2).

La *denegatio actionis*, dont il existe des exemples en matière de cause illicite dès l'époque ancienne, a été appliquée à la cause immorale.

Le préteur, en présence d'une obligation sur cause immorale, pouvait refuser son concours à l'exercice de l'action : M. Lévy-Bruhl, qui déclare impossible

tion de l'exception de dol en cas d'obligation sans cause, avec ou sans manœuvre frauduleuse : Gaius, IV, 116.

(1) *Dig.* 12.5, frag. 8.

(2) Cette explication, fondée sur Ulpien, 76, *ad Edict., Dig.* 44.4, frag. 4, § 16, « adversus parentes patronosque, neque « doli exceptio, neque alia quidem, etc. » était déjà proposée par Cujas : *Com. ad Pauli jurisc.*, in lib. III, *quaest. Pauli*, éd. Naples, 1722, V, col. 936 sq.

toute *denegatio actionis* dans le système de l'*ordo judiciorum*, convient lui-même qu'il en existe des exemples non douteux dans le cas d'obligations immorales (1) : parmi ces dénégations, pour ne retenir que celles qui intéressent la *cause* immorale, on peut citer celles que Papinien et Celsus mentionnent dans le cas de promesses de sommes d'argent faites *si nupseris* ou *si non nupseris* (2).

Il convient surtout de citer le *responsum* rapporté par Q. Cervidius Scaevola relativement à une affaire assez équivoque à laquelle ce jurisconsulte s'était sans doute trouvé mêlé (3) et remontant au dernier tiers du II^e siècle de notre ère :

Seia prie L. Titius de se débarrasser de ses biens et de se retirer près d'elle ; elle s'engage, sa vie durant, à lui verser un *salarium annuum* s'il demeure envers elle dans les mêmes sentiments que par le passé. Titius accourt. On se demande s'il pourra réclamer ses annuités en justice. Le *respon-*

(1) Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 63.

(2) Papin, 17 *quaest.*, *Dig.* 35.1, frag. 71, § 1 ; Celsus, 26 *Digest.*, *Dig.* 45.1, frag. 97, § 2.

(3) Scaevola, 28 *Digest.* D. 44.7, frag. 61, § 1 : Seia, cum *salarium* constituere vellet, ita *epistolam* emisit : « Lucio Titio salutem Si in eodem animo et eadem affectione circa me es qui semper fuisti : ex continenti acceptis litteris meis, distracta re tua, veni : hoc tibi quamdiu vivam praestabo annuos decem. Scio enim quia valde me bene ames. » Quæro cum et rem suam distraxerit Lucius et ad eam profectus sit, et ex eo cum ea sit, an ei ex his *epistolis* *salarium annuum* debeatur. Respondit : ex personis causisque, eum *cujus notio* sit, aestimaturum an actio danda sit.

sum fournit alors de précieux renseignements sur le rôle du magistrat judiciaire : le préteur (?) (*is cujus notio est*) ne doit donner son concours à l'action de Titius qu'après examen des raisons qui ont poussé Seia à promettre ces annuités : s'il résulte des circonstances et de la qualité des personnes que l'engagement de Seia a une cause immorale, l'action sera refusée à L. Titius.

Ces exemples de *denegatio* sont de l'époque classique, mais il y a de bonnes raisons pour que le préteur ait usé des mêmes prérogatives lorsqu'il n'avait pas encore la ressource d'appliquer l'exception du *dol* dans le cas d'obligation sur cause immorale. Enfin, comme l'a judicieusement noté M. Lévy-Bruhl à la suite de Pernice (1), il appartenait autant à la préture qu'à la censure de veiller au respect de la morale : « c'est un trait tout à fait particulier de cette magistrature et qui trouve une autre manifestation dans l'institution de l'infamie prétorienne. » Cette attribution spéciale des préteurs nous permet de donner une assez grande ancienneté à la *denegatio* dans le cas d'obligations immorales.

§ 2. — Nullité des contrats en raison du caractère illicite ou immoral de la cause.

Vers la fin de la République, il importe de noter quelques cas dans lesquels le caractère immoral ou illicite de la cause entraîne la nullité du contrat.

(1) Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 63.

C'est vers cette époque que la coutume prohiba les donations entre époux et les frappa de nullité : « *moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent* » (1).

Cette règle est postérieure à la loi Cincia qui, loin de prohiber les donations entre époux, range ces derniers parmi les *personae exceptae* (2), postérieure également à la loi de César sur la concussion, la loi Julia Repetundarum, qui prévoyait comme ne constituant pas une concussion le fait, pour un magistrat, de recevoir une donation de son épouse (3).

Par contre, au II^e siècle de notre ère la prohibition des donations entre époux est déjà devenue une règle dont on cherche à restreindre la portée (4) : peut-être même un siècle plus tôt Labéon la considérait-il déjà avec défaveur (5).

Etudiée en détail dans les *libri juris civilis* de Sabinus (6), cette règle était connue d'Alfenus

(1) Ulpien, *Dig.* 24.1, frag. 1.

(2) F. Vat., 302.

(3) Marcien, *Dig.* 48.11, frag. 1, § 1.

(4) Julien (chez Ulpien), *Dig.* 24.1, frag. 11, § 1 et § 11) avait posé les bases de la doctrine classique d'après laquelle la donation entre époux est valable lorsqu'elle est inspirée par un juste motif (donation *mortis causa*, *divortii causa*).

(5) Labéon, *Dig.*, *ht.*, frag. 67.

(6) Sur les 67 fragments du titre « *de donationibus inter virum et uxorem* » au *Dig.* 24.1, les plus importants proviennent des *libri ad Sabinum* : 16 frag. tirés de ceux d'Ulpien (frag. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 22, 23, 32, 33 et 34), 5 frag. tirés de ceux de Paul (frag. 2, 12, 24, 26, 28) et 2 de ceux de Pomponius (frag. 29 et 31).

Varus (1), ce qui permet d'en fixer l'apparition vers le début du VII^e siècle de Rome (entre la loi Julia Repetundarum et les *Digesta* du consul suffect de 715).

La coutume, en même temps qu'elle introduisait cette prohibition des donations entre époux, organisait une sanction énergique et très simple : toutes les opérations juridiques (tradition, stipulation, acceptilation) accomplies dans le but de faire une donation entre époux étaient nulles de plein droit.

Dans l'hypothèse de donations par voie de promesse, cette solution constitue vers la fin de la République un exemple très sûr d'une nullité des contrats en raison du caractère *illicite* de leur cause (2).

Cette solution si contraire aux principes de l'ancien Droit est bien différente de celle que nous avons rencontrée pour les donations prohibées par la loi Cincia (3).

(1) *Dig. ht.*, frag. 38 : donation d'un esclave commun.

(2) Ulpien, *Dig. ht.*, frag. 3, § 10 : « .. et si stipulanti promissum est vel accepto latum, nihil valet : ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur nullius momenti sunt. »

(3) En cas de donation par délégation (le donateur délègue son débiteur au donataire), la solution est fort différente suivant qu'il s'agit d'une donation prohibée par la loi Cincia, ou d'une donation entre époux. Dans la première hypothèse (Celsus, *Dig.* 39.5, frag. 21, § 1) le paiement effectué entre les mains du donataire est valable et libère le débiteur, mais le donateur peut exercer contre le donataire une *condictio ex injusta causa* sur l'origine de laquelle nous nous sommes déjà expliqué. — Dans l'hypothèse d'une donation entre époux, le débiteur n'a pas pu faire un paiement valable entre les mains du donataire :

En matière de donations entre époux, il n'est pas question de *denegatio actionis*, ni d'exceptions : l'époux donateur n'est pas engagé par sa promesse, il n'y a pas d'action contre lui (1).

S'il a déjà exécuté, il est resté propriétaire de la chose donnée et peut la revendiquer : à moins qu'elle ait été consommée ou détruite, auquel cas le donataire est tenu, par *condictio*, d'en restituer la valeur dans la mesure de son enrichissement (2).

Cette *condictio (ex injusta causa ?)* que connaissent les classiques (3) n'est sans doute pas la *condictio ex injusta causa des veteres (Dig. 12.5.6)* qui, comme

il n'est pas libéré ; le créancier (époux donateur) peut encore le poursuivre : mais ce débiteur peut intenter, contre le donataire qui a reçu indûment les deniers, une *condictio (indebiti ?)* et il pourra opposer une exception à l'action de son créancier, après lui avoir offert la cession de cette *condictio* (Julien, *Dig. 46.3, frag. 38, § 4*).

— Celsus (*Dig. 24.1, frag. 3, § 12*, chez Ulpien) — imaginant d'analyser la délégation, comme si le débiteur avait payé entre les mains du donateur, son créancier, et que ce dernier ait ensuite versé les deniers au donataire — considère qu'il y a eu valable paiement, libérant le débiteur, mais qu'entre époux il n'y a rien de fait : le donateur peut revendiquer les deniers entre les mains du donataire, ou intenter contre lui une *condictio*, s'ils sont consommés.

(1) Ulpien, *Dig. 24.1, frag. 19, § 1*, citant Marcellus, mentionne une exception accordée au mari contre l'action de la femme : mais il ne s'agit pas d'une femme réclamant exécution d'une promesse de donation : la femme demande restitution de sa dot et le mari fait valoir son droit aux rétentions *propter res donatas*.

(2) Ulpien, *Dig. ht., frag. 5, § 18*, et Gaius, *ht., frag. 6*.

(3) C'est cette *condictio* que nous retrouvons chez Celsus, *ht. 3, § 12*, et Julien, *ht. 19, § 1*.

nous le verrons plus loin, avait pour objet la chose elle-même détenue injustement, et non pas la valeur de la chose détruite.

L'immoralité de la cause entraîna la nullité d'un contrat *litteris* dans une affaire qui fut jugée vers la fin de la République, et que rapporte Valère Maxime (1). C'est un texte connu des romanistes pour la place qu'il occupe dans l'étude du contrat *litteris* : il prouverait que l'*expensilatio* pouvait non seulement opérer novation, mais aussi faire naître directement une obligation (2). Il fournit par ailleurs un appoint précieux à l'étude de la cause immorale.

Valère Maxime, VIII, 2.2 : « Notum suis temporibus (3) iudicium commemoravi, sed ne quod relaturus quidem sum, oblitteratum silentio.

C. Visellius Varro gravi morbo correptus trecenta milla nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasisit deinde Visellius ex illa tempestate adversus vota Otaciliae : quae offensa, quod spem praediae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito

(1) Val. Max., VIII, 2. 2.

(2) Mitteis, *Z. S. St.*, 1898, pp. 259, 260.

(3) Il s'agit du temps de P. Caton (père de Caton d'Utique) dont il est question au paragraphe précédent (Val. M., VIII, 2.4).

destrictam feneratricem agere cœpit nummos petendo ; quos est fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat.

De qua re C. Aquilius, vir magnae auctoritatis et scientia juris civilis excellens iudex addictus, adhibitis in consilium principibus civitatis, prudentia et religione sua mulierem reppulit : quod si eadem formula et Varro damnari et ab adversaria absolvi potuisset, ejus quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit : nunc privatae actionis calumniam ipse compescuit : adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit. »

L'anecdote se place vers le milieu, ou le second tiers du VII^e siècle de Rome : Valère Maxime la rapporte au temps de Caton : il s'agit d'un personnage né au plus tôt vers 620 de l'ère romaine, et mort au temps des proscriptions de Sulla (1).

Dans cette affaire C. Aquilius fut nommé juge : il s'agit de C. Aquilius Gallus, l'inventeur de l'exception de dol : les qualificatifs *vir magnae auctoritatis et scientia juris civilis excellens* ne permettent pas de dire si l'anecdote se place avant ou après la préture d'Aquilius en 688 de Rome.

Un certain C. Visellius Varro (2), se croyant sur le point de mourir, voulut laisser une somme de

(1) Girard, *Manuel*, 548.4, d'après Drumann, *Geschichte Roms* (Porcii, n° 21) 5. 1844, p. 152.

(2) Ce personnage, qui n'a rien de commun avec M. Terentius Varro, est un contemporain de ce célèbre polygraphe.

300.000 sesterces à Otacilia, comme prix des complaisances qu'elle avait eues pour lui. Au lieu de l'inscrire comme légataire dans son testament, il préféra dissimuler sa libéralité sous couleur d'un prêt qu'il aurait reçu d'elle et consentit à figurer comme débiteur au Codex de son amie (1).

C'était, somme toute, une donation *mortis causa* sous forme de *contrat litteris* : l'intention de Varro était de donner à Otacilia, pour après son décès à lui, une créance qu'elle pourrait faire valoir contre ses héritiers plus facilement et plus sûrement qu'une disposition testamentaire (2).

(1) Les exemples de contrats conclus en vue d'un *stuprum* sont rares : ces sortes de marchés se font d'ordinaire au comptant. Il semble pourtant que les femmes galantes aient volontiers usé, à Rome, du *contrat litteris* ; si l'on en croit Plaute, elles assiégeaient les tables des banquiers et avaient des comptes ouverts chez eux ; on peut voir une allusion au *contrat litteris* dans ce passage du Truculentus, I, 1, v. 51 à 54 : « Quos quidem (c'est-à-dire scorta et lenones) quam

[ad rem dicam in argentariis

« Referre habere, nisi pro tabulis, nesci

« Ubi aera praescribantur usuraria

« *Accepta*, dico, *expensa* nequi censeat. »

L'inscription au Codex dissimulait, derrière un prêt fictif, la cause véritable de l'obligation, et n'était pas plus indiscrète que n'est aujourd'hui la remise d'un chèque.

(2) Les dispositions testamentaires en faveur de *personae turpes* pouvaient être attaquées par la famille du *de cuius* : Paconius (auteur du 1^{er} siècle de l'empire), chez Paul (*Dig.* 37.12, frag. 3) écarte de la succession les *personae turpes* (*meretrices*) instituées héritières, et ouvre, au profit de la famille du testateur, la *bonorum possessio contra tabulas*.

A l'époque classique, toutes dispositions testamentaires au

Mais Varro ne mourut pas et Otacilia, qui ne pouvait se résoudre à laisser échapper un gain qu'elle croyait déjà tenir, retourna contre le rescapé lui-même le titre de créancière dont celui-ci l'avait imprudemment armée.

Elle le poursuivit en justice comme débiteur d'une somme de 300.000 sesterces, en vertu d'un *contrat litteris*. Les plaideurs se servirent de la procédure formulaire (*quod si eadem formula...*): la formule dont on se servit fut sans doute celle de la *condictio certae pecunae* (il s'agissait d'une créance de somme d'argent résultant d'un contrat *litteris*).

Le fameux Aquilius Gallus fut choisi comme juge. Il débouta Otacilia de sa demande. Mais ce ne fut pas, semble-t-il, sans hésitation : sa science du droit, quoi qu'en dise Valère Maxime (*prudentia et religione sua...*), ne devait pas être d'accord avec sa conscience : en conscience, il pouvait trouver inique de laisser la femme recueillir un gain honteux, mais sa connaissance des principes juridiques devait lui rappeler qu'une dette résultant d'un contrat *litteris* régulier était valable et justifiait le *dare oportere* auquel tendaient les conclusions de la demanderesse.

De son côté, le magistrat *in jure* n'avait pas pris en considération la cause de l'obligation : il n'avait pas usé de la *denegatio* (puisque une formule avait été

profit d'une personne avec laquelle le testateur avait entretenu des relations que la morale réprouve (*adulterium, stuprum*), profitaient au fisc (Papinien, *Dig.* 34.9, frag. 13 et 14).

rédigée et un juge nommé) : il n'avait pas inséré dans la formule une *exception* invitant le juge à examiner la moralité de la cause (sans quoi, Aquilius n'aurait pas éprouvé le besoin de prendre l'avis des principaux personnages de la Cité (*adhibitibus in consilium principibus civitatis*) pour débouter la demanderesse).

En cette affaire c'est le juge qui, de sa propre initiative, fit prévaloir les intérêts de la morale : Aquilius jugea que l'obligation consentie par Varro en vue de récompenser un *stuprum* ne justifiait pas un *dare oportere* au profit de la demanderesse : il considérait comme nulle l'obligation dont la cause était immorale.

Par ailleurs, il eut conscience de la grande difficulté que présente toujours le problème des contrats sur cause immorale : si on délie le débiteur de son obligation, on accorde une faveur à un individu qui est lui-même coupable, pour une part, de l'immoralité de l'opération. Aquilius aurait volontiers châtié Varro en prononçant contre lui une sentence de condamnation, si cette décision n'avait pas dû profiter à Otacilia :

Au dire de Valère Maxime, Aquilius regrettait que la formule d'action ne lui permit pas et de condamner Varro et de l'absoudre vis-à-vis d'Otacilia (1).

(1) La lecture *absolvi ab adversaria* n'est pas dans tous les manuscrits : elle est admise par Kempf. La lecture « et *adversaria absolvi* » ne change point nos conclusions.

Il exprimait par là son désir de débouter la femme de sa demande, tout en privant Varro des avantages ordinairement attachés à l'absolution : sans doute aurait-il voulu mettre à sa charge les frais du procès et lui enlever le bénéfice de la *restipulatio tertiae partis* (auquel sa qualité de défendeur absous, dans une *condictio certae pecuniae*, lui donnait normalement droit).

Le texte de Valère Maxime ne nous fait point savoir si Aquilius rendit une sentence qui parvint à ce résultat : il est dit seulement qu'Aquilius empêcha Varro d'exercer contre Otacilia le recours pour *calumnia*, qui était ouvert, en matière privée, aux défendeurs absous pour réclamer une indemnité de demandeurs imprudents.

Ce jugement, si contraire aux principes de l'Ancien Droit, était audacieux, à tel point qu'on pourrait être tenté de mettre en doute l'authenticité de l'anecdote rapportée par Valère Maxime ; mais le passage relatif au jugement rendu par Aquilius est écrit avec assez de précision juridique pour qu'on puisse en accepter le témoignage de confiance, comme provenant d'un jurisconsulte dont Valère Maxime se serait directement ou indirectement inspiré (1).

(1) Valère Maxime a beaucoup emprunté à C. Antipater ; mais ce jurisconsulte qui vécut dans la première moitié du VII^e siècle de Rome est antérieur à l'époque vers laquelle Aquilius a pu rendre un jugement dans l'affaire de Varro contre Otacilia. Peut-être Valère Maxime a-t-il emprunté

Le jugement rendu par Aquilius est une hardiesse qui ne doit point étonner à une époque où les hommes cultivés, tels que les dépeint Cicéron dans ses ouvrages, se montraient disposés à placer la philosophie au-dessus du droit, l'équité au-dessus des règles positives et rigides du vieux *jus civile*.

Ce témoignage tiré de Valère Maxime, et par ailleurs la jurisprudence que nous avons notée en matière de donations entre époux, marquent vers la fin de la République une tendance à donner au problème de la cause illicite ou immorale une solution très simple et très nette : la nullité du contrat.

Cette solution, qui est celle du Code civil français, fut imaginée un siècle avant notre ère.

Mais vers la même époque, certains jurisconsultes proposaient de donner satisfaction à l'équité d'une façon moins audacieuse : ils conservaient le principe ancien de la validité des contrats en dépit du vice de leur cause, mais apportaient le correctif de la *condictio ex injusta causa*.

Cette solution, connue des contemporains de Q. M. Scaevola, développée par Sabinus, est celle qui devait l'emporter à l'époque classique.

§ 3. — La « *condictio ex injusta causa* ».

1° Nous avons déjà essayé d'établir que c'est au cette anecdote à V. Flaccus (début de l'Empire) ? Cf. Krieger, *Quibus fontibus Valerium ut usus sit*. Diss. Berlin, 1888 ; et Thormeyer, *De Val. Max. et Cicerone quaest. criticae*. Güttingen, 1902.

cours du VII^e siècle de Rome que certains juriscultes (les *veteres* du frag. *Dig.* 12.5-6) proposèrent d'utiliser la *condictio* pour répéter les choses détenues *ex injusta causa*.

Il convient de reprendre ici l'histoire et le développement de la *condictio* qui figure dans la compilation sous le nom de *condictio ob turpem vel injustam causam*, et que nous désignerons à l'époque classique sous le nom de *condictio ex injusta causa* (1).

Le point de départ que nous donnons à cette *condictio* en fait une institution postérieure à l'exception ou du moins à la *denegatio* en matière de cause illicite ou immorale.

Ces conclusions sont nettement opposées à celles de MM. Girard et Senn qui font découler l'exception de l'action en restitution (2) : selon ces auteurs, le magistrat aurait profité des nouveaux pouvoirs que lui donnait la loi *Aebutia*, pour simplifier les recours accordés au débiteur lorsque son engagement avait une cause vicieuse : au lieu d'obliger le débiteur à exécuter en vertu du *jus civile* (quitte à lui permettre

(1) Les classiques ne donnaient aucun nom spécial à la *condictio* qu'ils proposaient, mais se contentaient de dire : *condictionem locum habere, condici* ou *repeti potest*. Dans le cas de cause illicite ou immorale ils disent que la chose est détenue ou donnée *ex injusta causa*, et dans la nécessité où nous nous trouvons de désigner d'une façon particulière la *condictio* qui existe en cette hypothèse, nous ne croyons pas incorrect d'employer l'expression *condictio ex injusta causa*.

(2) Girard, *Manuel*, 953, n. 2.

de répéter ensuite sa prestation en vertu du principe des *veteres*), le préteur aurait trouvé plus simple d'autoriser le débiteur à ne pas payer, en opposant une exception à la demande du créancier.

Comme le disent les textes classiques : le droit de répéter entraîne celui de ne pas exécuter (1) et l'exception de dol serait reliée à la *condictio* par des liens très étroits (2).

Il n'y a pas à faire état de ces arguments. La ressemblance entre la *condictio* et l'exception de dol se borne au principe d'équité, à la bonne foi que ces moyens tentent, l'un et l'autre, de faire triompher : il n'y a pas là de quoi établir une filiation entre eux.

Si des exceptions ont été introduites comme corollaires d'actions antérieures, ce n'est pas à une époque ancienne. Les classiques ont désiré établir entre les différentes voies de droit une certaine harmonie, mais il ne faut pas prendre cette œuvre tardive de synthèse pour les efforts d'un droit en gestation.

Enfin le mécanisme de la *condictio ob turpem*

(1) Paul, 6, *ad Plaut. Dig.* 44.4, frag. 8 : « dolo facit qui petit quod redditurus est » et Ulpien, 70 *ad Edict.*, *Dig.* 50.17, frag. 156, § 1 : « Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis qui dixerit. »

(2) Les rapports entre l'exception de dol et la *condictio* ont été étudiés par Pernice : Labeo, 3.1, p. 2 9 sq. et Koschembahr-Lyskowski, *op. cit.*, I, p. 30, 32, 34. Les deux moyens se trouvent liés l'un à l'autre chez Ulpien, *Dig.* 12.6, frag. 26, § 3 ; Julien, 12.4, frag. 7, § 1 et Marcellus et Julien chez Ulpien, 24.1, frag. 19, § 1.

causam fournit un argument très fort, contre l'hypothèse selon laquelle l'exception de dol aurait été accordée dans les cas où existait déjà la *condictio*, suivant le principe qu'il vaut mieux ne pas payer que payer pour ensuite répéter : il est bien difficile, dans ce système, d'expliquer pourquoi celui qui a promis *ob turpem causam* peut invoquer l'exception de dol, quoique par ailleurs la *condictio* lui soit refusée (*Dig.* 12.5 frag. 8).

A la vérité, c'est faire fausse route que de vouloir établir une filiation entre la *condictio* et l'exception : ces deux moyens se sont développés sur des terrains bien distincts : les *condictiones ob causam* sont nées de l'élargissement par les prudents de la vieille *condictio*, institution du *jus civile* : l'exception est une création autonome du préteur. Arrivées à leur maturité, ces institutions ont pu réagir l'une sur l'autre : l'exception a pu compléter la *condictio*, mais à l'inverse la *condictio* s'est parfois greffée sur l'exception (par ex. : la *condictio indebiti* accordée à celui qui par erreur n'a pas opposé une exception perpétuelle dont il disposait).

2° L'hypothèse d'une prétendue antériorité de la *condictio* par rapport à l'exception et à la *denegatio actionis* étant écartée, à quel moment convient-il de placer l'apparition d'une action en répétition des prestations effectuées pour une cause illicite ou immorale ?

Le plus ancien témoignage relatif à une action de

ce genre est le fragment des *libri ad Sabinum* d'Ulpien, rapportant une opinion de certains *veteres*, et sur la signification duquel nous nous sommes déjà expliqué (*Dig.* 12.5, frag.6) : pour quelques cas particuliers d'enrichissement injuste, certains *veteres*, contemporains de Q. Mucius Scaevola (et peut-être ce jurisconsulte lui-même), proposaient une *condictio* qui ne fut pas admise par tous les prudents de cette époque.

De quelle façon les *veteres* avaient-ils établi cette *condictio* ?

Il ne faut point perdre de vue le véritable caractère de la *condictio* primitive (1) : ce n'était point une action spécialement créée pour sanctionner certaines causes d'obligations, ce n'était point un instrument de progrès imaginé pour faire triompher l'équité et le *jus gentium* sur la rigidité du *jus civile*, mais c'était un *modus agendi*, dont l'utilisation était possible pour toutes sortes d'obligations d'objet certain, reconnues par le droit.

C'est bien une obligation de corps certain que sanctionne la règle des *veteres* « *id quod ex injusta causa apud aliquem esse posse condici* ».

L'adage ancien, dont Sabinus (chez Ulpien, *Dig.* 12.5, frag. 6) a reproduit les termes, ne visait pas n'importe quel enrichissement, mais seulement celui qui résultait de la détention matérielle d'un corps certain : « *apud aliquem esse* ».

(1) Cf. *suprà*, p. 61.

Cette notion de « *apud aliquem esse* » délimite étroitement la *condictio* des *veteres* : 1° cette action supposait une détention, elle n'avait pas été spécialement organisée contre les contrats conclus pour une cause vicieuse, elle pouvait être utilisée dans beaucoup d'autres cas ;

2° Par contre, elle n'atteignait les contrats que dans leur exécution ; la formule des *veteres* supposait une prestation accomplie et n'autorisait pas le débiteur à prendre les devants et à *condicere ipsam obligationem* ;

3° La *condictio* des *veteres* était intentée contre le détenteur *ex injusta causa*, elle ne pouvait pas réussir contre celui entre les mains duquel la chose ne se trouvait pas. C'était en conséquence une action strictement limitée à l'enrichissement du défendeur et qui ne se perpétuait pas après la disparition de la chose ;

4° Mais il n'était pas indispensable que le défendeur fût propriétaire : l'expression « *apud aliquem esse* » peut désigner une détention purement matérielle. Ne font obstacle à cette interprétation, ni le fait que le défendeur apparaisse dans la *condictio* comme obligé à un *dare*, ni le fait que, dans les textes les plus anciens, sa détention provienne d'une *datio* effectuée à son profit (1) : les expressions *dare*,

(1) Cf. Q. M. Scaevola chez Pomponius, *Dig.* 12.4, frag. 52 ; Servius Sulpicius chez Neratius, *Dig.* 12.4, frag. 8 : « ... quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse », et Cicéron,

datio, ne doivent pas éveiller nécessairement l'idée d'un transfert de propriété, ce sens ne leur avait pas encore été donné d'une façon stable à la fin de la période républicaine (1).

Il est assez naturel que la *condictio* ait pu sanctionner l'obligation résultant de l'enrichissement injuste : c'était une obligation de corps certain. Mais le point délicat reste de savoir comment l'enrichissement injuste a pu engendrer une obligation civile.

Il n'en existe aucune trace dans l'Ancien Droit : tandis que de nombreux passages des *libri ad Quintum Mucium* de Pomponius nous montrent que le consul de 659/95, dont Pomponius reproduit l'opinion, connaissait non seulement la *condictio furtiva* (2) et sans les nommer la *condictio indebiti* (3) et la *condictio ob rem dati* (4), mais s'était

pro Rosc. co., § 14 : « haec pecunia necesse est aut data, aut, expensa lata, aut stipulata sit. »

Pflüger, *Ciceros rede* ... a soutenu la nécessité d'une *datio* pour l'octroi de la *condictio*. Cf. *contra* Duquesne, *N. R. H.*, 1908, p. 221 sq.

(1) Sur le sens de *dare*, Cf. Michon, *N. R. H.*, 1908, p. 372, et Mitteis, *Röm. Privat.*, p. 58, n. 50. Sur l'interprétation des mots *pecunia data* du *Pro Roscio Co.*, Cf. M. Jobbé-Duval (*Hist. de la procédure*, p. 103) qui se refuse à y voir autre chose qu'un transfert de propriété.

(2) Pomponius, *Dig.* 13.1, frag. 16 : *condictio furtiva* appliquée au *furtum usus* (*furtum improprium*, pour lequel la *condictio furtiva* aurait d'abord été organisée, selon M. Huvelin, *op. cit.*, p. 346).

(3) Pomponius, *Dig.* 12.4, frag. 50.

(4) *ht.*, frag. 52.

encore occupé de bâtir un système général, d'établir une classification des répétitions autour de l'idée de *datio* : *damus aut ob causam, aut ob rem*.

Il est difficile de savoir de quelle façon, entre la fin du VI^e siècle et les *libri juris civilis* de Q. Mucius, s'est introduite dans le droit Romain l'obligation de restituer l'enrichissement injuste ou sans cause. On peut songer ici à un développement coutumier du même genre que celui qui aboutissait, vers la même époque, à prohiber les donations entre époux.

Il est très vraisemblable que la coutume ait introduit l'obligation de restituer dans des cas isolés : au-dessus de cette formation touffue, les jurisconsultes républicains ont essayé d'établir un principe général qui leur permit de classer les répétitions et aussi d'en justifier l'extension à des cas nouveaux.

Q. Mucius Scaevola se servit de l'idée de *datio* : il trouva le point de départ d'un système qui devait avoir un grand succès à l'époque classique.

Il ne semble pas que ce soit Q. Mucius qui ait introduit la notion de l'*injuncta causa* dans la théorie des *condictiones* : ce fut l'œuvre de jurisconsultes, sans doute un peu postérieurs, qui désiraient justifier une *condictio* dans le cas de choses, non pas *acquises*, mais *retenues* injustement. Il est assez possible que le principe des *veteres*, dans la forme que nous lui connaissons chez Sabinus, soit du style de Servius Sulpicius : le caractère général de cette règle abstraite

est assez de la façon de Servius (1) qui s'est occupé de la *condictio* (2) et a dû, plus que tout autre, se montrer favorable à l'extension de ce moyen, pour faire triompher l'équité (3).

3^o En quoi consistait la « détention *ex injusta causa* » ? Cette notion provient-elle d'un simple renversement de la *justa causa possessionis* que l'on connaît en matière d'usucapion et d'interdits : une détention *ex injusta causa* serait-elle celle à l'origine de laquelle ne se trouve pas une *justa causa possessionis*, et l'expression *ex injusta causa* serait-elle synonyme de « *non ex justa causa* » ? On pourrait le croire en voyant de quelle façon Marcien, dans un fragment relatif à la *condictio* des *res amotae*, reproduit l'adage des *veteres* : « ... nam jure gentium condici puto posse res ad his qui *non ex justa causa* possident » (4).

Mais cette tentation d'expliquer l'*injuncta causa* par son contraire reste assez inféconde : car la *justa causa* elle-même est une notion très variable selon qu'il s'agit de tradition, d'usucapion ou d'interdits.

De plus le possesseur auquel les interdits et l'usu-

(1) Cf. Vernay, 1909, *Servius et son école*, pp. 79 et suiv. : Le réalisme conceptualiste d'Aristote eut une certaine influence sur les conceptions juridiques de Servius.

(2) Gaius doit peut-être à Servius sa définition étymologique de la *condictio*. Cf. Vernay, *op. cit.*, p. 74.

(3) Cic. *Phil.* IX, faisant l'éloge de Servius : « *nec enim ille magis juris consultus quam justitiae fuit.* »

(4) Marcien, 3 *Regul.*, *Dig.* 25.2, frag. 25.

capion étaient refusés, ne tombait pas nécessairement sous le coup d'une action en répétition *ex injusta causa* : ce qui prouve bien que l'*injuncta causa* ne consistait pas dans l'absence d'une juste cause de possession.

Il ne faudrait pas non plus comprendre l'expression *injuncta causa* dans le sens d'acte contraire au droit objectif (*in-jus*) : délit, ou acte accompli en violation d'une loi. Certes la *condictio* des *veteres* pouvait être dirigée contre des détentions contraires aux dispositions de la loi, et remplir l'office que les compilateurs ont réservé à une *condictio* spéciale, *ex lege*. Pourtant, elle n'avait pas été faite pour répéter la chose volée, bien que celle-ci fût entre les mains du voleur contrairement au droit : la *condictio furtiva* a été admise assez rapidement et les *veteres*, pas plus que Q. Mucius, n'ont senti le besoin de la justifier en la faisant entrer dans les cadres de leurs classifications des *condictiones*. Par ailleurs, la *condictio ex injusta causa* des *veteres* avait un domaine plus large que celui des actes que le droit punit ou prohibe : certains agissements contraires à la bonne foi (1) et réprouvés par la conscience publique peuvent constituer une *causa injusta* : la terminologie du droit Romain n'est pas tellement rigide sur ce point, qu'elle ne permette l'emploi du

(1) Koschembahr-Lyskowski, *op. cit.*, donne comme *criterium* : « la bonne foi objective ». Le sens de *injustus* demeure très imprécis.

même mot pour désigner l'illicite et l'immoral : dans la langue classique les mots *delictum*, *maleficium*, *flagitium* signifient parfois autre chose qu'un délit puni par la loi (1). Par contre, de véritables délits comme la provocation au crime, l'adultère, le rapt sont souvent qualifiés d'actes *contra bonos mores*, *turpitudine* (2).

Sans doute les *condictiones ob injustam vel turpem causam* se trouvent en embryon dans la *condictio* des *veteres*.

M. Huvelin croit au contraire que la *condictio ob turpem causam* a trouvé tout ailleurs son origine : la *condictio furtiva* se serait primitivement appliquée à des cas dans lesquels s'est appliquée plus tard la *condictio ob turpem causam* : « celle-ci n'est qu'un démembrement de celle-là, dont elle s'est détachée quand la notion de *furtum* s'est précisée et restreinte » (3).

(1) Lotmar, *der Unmoralische Vertrag*, Leipzig, 1896, p. 12, et n. 20, p. 117.

(2) Pour Gaius, III, 157, le mandat de commettre un vol ou un délit d'injure est *contra bonos mores* ; pour Paul, *Dig.* 17.1, frag. 22, § 6, le mandat de dépouiller un temple, de blesser ou assassiner un homme est *turpis*. Ulpien et Pomponius (*Dig.* 45.1, frag. 26 et 27 combinés) donnent la même qualification à la stipulation ayant pour objet un sacrilège ou un homicide. L'expression *turpitudine* est appliquée par Paul, *Dig.* 12.5, frag. 3 au cas du juge qui reçoit de l'argent *ut male judicetur*, et par Ulpien, *Dig.* 48.5, frag. 24, au cas d'*adulterium*. Ulpien, *Dig.* 50.16, frag. 42, distingue les actes qui sont des *turpia* par nature (comme le *furtum*) et ceux qui le sont *civiliter* et *quasi more civitatis*.

(3) Huvelin, *op. cit.*, p. 501.

Ce système, dont les conséquences pourraient influencer gravement sur le caractère de la *condictio ob turpem causam*, ne nous paraît pas exact : il s'appuie sur une application, peut-être imprudente, de la règle : *furtum fit qui sciens indebitum accepit*.

Le titre du Digeste de *condictio ob turpem vel injustam causam* se termine par ce fragment des *libri ad Plautium* de Paul (1) : « Je vous ai gratuitement prêté un vêtement pour que vous vous en serviez ; puis, pour me le faire restituer, j'ai dû vous payer un prix : il est répondu que je pourrai réclamer cette somme au moyen d'une *condictio*. »

Ce *responsum* est-il de Plautius (qui vécut sous les Flaviens) ou d'un auteur antérieur (Sabinus? Cassius?) (2). M. Huvelin le croit du temps de Sabinus. Quelle *condictio* accordait-on? Ce serait, d'après M. Huvelin, la *condictio furtiva* : le commodataire a sciemment reçu des deniers indus et doit être traité comme un voleur, en vertu du principe énoncé par Cervidius Scaevola, *furtum fit cum quis indebitos nummos sciens acceperit* (3).

On peut objecter que le *responsum* de Plautius est très antérieur à Scaevola qui vécut vers la fin du II^e siècle de notre ère : mais même en admettant que le principe formulé par Scaevola fût déjà connu

(1) Paul, § *ad Plautium*, Dig. 12.5, frag. 9.

(2) Lenel, *Paling.*, II, 13.

(3) Scaevola, 4 *quaest. Dig.* 13.1, frag. 18.

d'Alfenus Varus (1), il est à penser qu'il n'avait pas une portée générale et ne fut appliqué que comme un expédient dans des cas exceptionnels : sans quoi la *condictio indebiti*, la *condictio sine causa*, la *condictio ob injustam causam*, auraient toutes été absorbées par la *condictio furtiva*, pour peu que l'on considère comme *indebitum* ce qu'une exception péremptoire autorise à ne pas payer. Il est probable que le *responsum* de Plautius appliquait la *condictio* des *veteres* au commodataire indélicat.

Au surplus, il serait contraire à l'esprit des vieux juriconsultes de vouloir préciser davantage leur notion de l'*injusta causa* et d'en faire un instrument de progrès soit du côté du *jus gentium*, soit de celui de la *bonne foi*.

4^e La *condictio ex injusta causa*, assise sur une base aussi extensible, aurait pu devenir envahissante : elle ne le fut pas, elle laissa subsister les catégories déjà existantes de *condictiones* (la *condictio furtiva* notamment) et la place qu'elle occupe dans la littérature juridique de la fin de la République est bien modeste.

Pour différentes raisons, les progrès de la *condictio* des *veteres* ne pouvaient être que timides, vers la fin de la République : le principe de l'institution était lui-même discuté entre les juriconsultes de cette

(1) En se basant sur Paul, § *epit. Alfeni Digt.*, Dig. 12.6, 36, Cf. Huvelin, *op. cit.*, p. 495.

époque (*Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, etc.*).

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que vers la même époque, les progrès du droit prétorien et la création des contrats de bonne foi donnaient satisfaction à l'équité, par d'autres voies : les actions *in factum* au simple, prévues par le préteur dans la défaillance de certaines actions pénales, et les *restitutiones in integrum* ont dû rendre en bien des cas inutile l'extension de la *condictio ex injusta causa*.

Il n'est pas exagéré de dire que jusqu'à la fin de la République, la *condictio* imaginée par les *veteres* n'a fait que végéter.

Sans doute en proposait-on l'application dans des cas de détention en vertu d'une cause contraire à la loi. En dehors de ce domaine, elle semble avoir été encore utilisée dans des hypothèses voisines de celles des vices du consentement dans les contrats.

Les classiques accordent une *condictio* basée sur l'idée d'un *turpiter acceptum* toutes les fois que des sommes ont été données en vue d'obtenir ce qui aurait dû être accompli gratuitement (*dedi ne hominem occidas, ut rem mihi reddas depositam apud te, ne mihi injuriam facias*) (1). Dans toutes ces hypothèses, celui qui a donné les deniers a été manifestement victime soit d'une violence qualifiée, soit de cette sorte de violence morale qu'on désigne de

(1) Ulpian, *Dig.* 12.5, frag. 2, *pr.* et § 1 ; *h. t.* frag. 4, § 2.

nos jours sous le nom de chantage, soit encore d'une erreur : il faut nécessairement supposer un vice du consentement chez celui qui paye ce qu'il aurait dû obtenir gratuitement.

La *condictio* qui existait en pareil cas jouait, comme une mesure de protection des individus, contre toutes sortes d'extorsions : envisagée sous cet aspect, elle entre tout à fait dans les préoccupations juridiques de la fin de la République, et peut vraisemblablement dater d'une époque que troublèrent tant de violences privées.

Sabinus ne faisait peut-être que relater un usage déjà ancien, lorsqu'il étudiait l'utilisation de la *condictio* dans le cas de stipulation passée sous l'empire de la violence (1).

Parmi les différents moyens que les Romains ont employés contre la *Vis*, peut-être n'a-t-on pas assez remarqué le rôle de la *condictio*.

Son fonctionnement, à côté de l'exception et de l'action de violence, soulève de grosses difficultés : il faut supposer que le promettant a exécuté sans pouvoir opposer l'exception de violence (par exemple, la violence s'est prolongée jusqu'au moment de l'exécution, ou encore le paiement s'est fait par délégation) (2).

La *condictio*, accordée au cas de *Vis*, est-elle la

(1) Pomponius, 22 *ad Sabinum, Dig.* 12.5, frag. 7.

(2) Cf. *infra*. Les glossateurs ont tendance à confondre cette *condictio* avec action de violence.

condictio ex injusta causa? Julien complète l'action *vi bonorum raptorum* par une *condictio furtiva* (1).

5° L'emploi de la *condictio ex injusta causa* ne se généralisa vraiment que sous le principat. L'ère des hardiesses prétoriennes était alors presque terminée et pour donner satisfaction aux besoins de la vie juridique, on commençait à recourir moins à des innovations édictales qu'à des trouvailles de juriconsultes. Il est assez naturel qu'à cette époque, ceux-ci aient songé à tirer parti d'un principe que quelques-uns de leurs devanciers avaient proposé un siècle plus tôt sans grand succès. L'extension du principe des *veteres* sur l'enrichissement injuste était par ailleurs singulièrement favorisée par un changement intervenu dans le caractère de la *condictio*, après l'introduction de la procédure formulaire.

La *condictio* avait d'abord été un *modus agendi* apte à sanctionner toutes créances ayant pour objet un *certum*. La *condictio*, ainsi comprise, faisait tache dans le système formulaire : sa formule, qui provenait de la simple transposition des termes de la

(1) Julien chez Ulpien, 38 *ad edictum*, Dig. 13.1, frag. 10, § 1 « *Ei quoque qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse Julianus, lib. 22, Digestorum significat.* » Au livre 22 de ses *Digesta*, Julien traitait du *furtum*.

La constitution d'Alexandre Sévère, C. 2.19 (20), — 2 (dans laquelle l'empereur refuse l'action en restitution à celui qui a exécuté bénévolement une promesse consentie sous l'empire de la violence) fait-elle allusion à une restitution par le moyen d'une *condictio* comparable à celle du texte de Pomponius cité plus haut, ou à une *restitutio in integrum*?

legis actio per conductionem, était, parmi les formules d'actions, la seule qui ne fût pas spécialement établie en vue d'une cause déterminée (1). Aussi, après l'introduction de la procédure formulaire, y eût-il une tendance à rattacher l'emploi de la *condictio* à un certain nombre de causes d'obligation : d'après une théorie très vraisemblable, ce serait là le point de départ des *condictiones ob causam* (2).

On conçoit dès lors tout le parti que les prudents pouvaient tirer du principe des *veteres* : ils y trouvaient le concept très large d'enrichissement injuste, sous lequel il était possible de ranger les différentes causes en vertu desquelles s'ouvrait la *condictio*.

Sabinus n'est certainement pas étranger à ce développement doctrinal du principe des *veteres*. Il avait consacré de longs développements à la *condictio* (3) : les titres du Digeste relatifs aux *condictiones* sont composés de fragments tirés pour la plupart des *libri ad Sabinum* des grands classiques (cf. surtout le titre de la *condictio indebiti*, Dig. 12.6. Au titre de la *condictio ob turpem vel injustam causam*, 4 fragments tirés de *libri ad Sabinum*, sur 9 qui composent le titre).

Nous savons par ailleurs qu'il se servit du principe des *veteres* (Dig. 12.5 frag. 6).

(1) De Visscher, *op. cit.*, p. 24.

(2) *Id.*, p. 79.

(3) Sur le rôle joué par M. Sabinus dans la théorie de la *condictio*, cf. Ferrini, *Digesta*, 15-16 ; Pacchioni, I. 313, n. 452.

Il proposa en bien des cas l'application de la *condictio ex injusta causa* : les fragments des *libri ad Sabinum*, qui ne font peut-être que reproduire l'opinion de Sabinus, mentionnent l'emploi de cette *condictio* dans le cas de stipulation entachée de violence (1), et pour répéter les fruits de la chose confiée en gage (2). Nous savons que Sabinus accordait la *condictio ex injusta causa* dans le cas de dépossession violente d'un immeuble, hypothèse dans laquelle la *condictio furtiva* n'était d'aucun secours, puisqu'il n'existe pas de vol en matière immobilière (3).

On peut affirmer également que Sabinus avait étudié le fonctionnement de la *condictio ex injusta causa*. Connaissait-il la règle : « *ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti* » (4) ? En tout cas, il refusait l'action en répétition de sommes données pour prix de la prostitution, ou versées, par un individu surpris en flagrant délit

(1) Pomponius 22, *ad. Sab., Dig. 12, 5, frag. 7.*

(2) Ulpian 34 *ad. Sab., Dig. 12, 1, frag. 4, § 1.*

« *Res pignori data, pecunia soluta condici potest : et fructus ex injusta causa percepti condicendi sunt.* »

(3) Ulpian 18 *ad. Sab., Dig. 13.3, frag. 2*, citant l'opinion de Sabinus et de Celsus. — On peut aussi considérer comme *ex injusta causa* la *condictio* accordée par Sabinus, chez Julien (*Dig. 19.1, frag. 24*) dans l'hypothèse suivante : j'ai acheté, de bonne foi, votre esclave à un individu qui l'avait volé : avec son pécule cet esclave acquiert des « *Vicarii* ». Vous pouvez me les réclamer au moyen d'une *condictio* (Cf. Huvelin, *op. cit.*, p. 643).

(4) Paul 10, *ad Sabinum, Dig. 12.5, frag. 3.*

d'*adulterium*, pour acheter le silence et éviter les poursuites prévues par la loi (1).

Cette façon de réglementer l'octroi de la *condictio ex injusta causa* n'était pas spéciale à l'école Sabinienne : le fondateur de l'école Proculienne, Labéon lui-même, s'était également occupé du refus de la *condictio au dans turpis* : il ne permettait pas de répéter les sommes données à une courtisane (2).

Au cours du premier siècle et au début du second siècle de notre ère, les applications de la *condictio ex injusta causa* se multiplient : elle est devenue un moyen d'équité, apte à combler toutes sortes de lacunes. Marcien et Ariston la proposent dans des cas où l'*actio rerum amotarum* faisait défaut (3) ;

(1) Ulpian 26, *ad Edictum, Dig. ht., frag. 4 pr.*, citant l'opinion de Sabinus.

(2) Ulpian, *ht.*, § 1 ; Ovide, *Rem. Amor.*, vers 663 à 671, fournit vers la même époque un témoignage singulier d'action en justice intentée par un jeune homme contre son ancienne amie, pour lui réclamer restitution des cadeaux qu'il lui avait faits.

Le texte est trop imprécis pour qu'on puisse affirmer qu'il s'agit d'une action en restitution fondée sur la *turpis causa* des dons, et accordée contrairement au principe « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* » :

« *Tutius est, aptumque magis discedere pace*

« *Quam petere a thalamis litigiosa fora :*

« *Munera quae dederis, habeat sine lite jubeto...* »

(3) *Dig.*, 25.2, frag. 6, § 5, et frag. 25 : ces textes reprennent les termes mêmes du principe des *veteres* : « *Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex injusta causa apud eam essent* » — « *nam jure gentium condici puto posse res ab his qui non ex justa causa possident.* »

Julien et Celsus dans le cas de donations entre époux (1).

Par ailleurs l'assiette de la *condictio* s'élargit : elle permet de répéter non seulement les corps certains détenus injustement, mais toutes sortes d'enrichissements injustes : la *condictio*, devenue la sanction adaptée à certaines causes d'obligation, n'est plus restreinte aux seules obligations à objet certain. Si l'expression *condictio incerti* peut être considérée comme byzantine et introduite au Digeste par voie d'interpolations, l'institution elle-même qu'elle désigne est classique (2). Au début du II^e siècle de notre ère la *condictio ex injusta causa* ne sert plus seulement à poursuivre la restitution de la chose qui a été donnée *ex injusta causa*, mais peut également servir à réclamer de l'*accipiens* le montant de son enrichissement (3).

Dès cette époque, la *condictio ex injusta causa* n'a pas nécessairement pour objet un *dare* (restitution de la propriété) : elle peut poursuivre une libération de dette, une restitution de possession.

Celsus, au cas de donation supérieure au taux de la loi Cincia, accordait au donateur contre son débi-

(1) Cf. *suprà*, p. 85, n. 3.

(2) Girard, *Manuel*, p. 627, n. 1 et n. 2.

(3) L'époux donataire qui a consommé la chose donnée est tenu de restituer le montant de son enrichissement, à l'époux donateur : cette *condictio*, accordée à défaut de revendication, est déjà connue de Celsus et de Julien, *Dig.* 24.1, frag. 3, § 12 ; frag. 19, § 1.

teur délégué, une action *rescissoria*, dont l'effet était de libérer le débiteur vis-à-vis du donataire, avant toute poursuite de celui-ci (1).

Celsus, bien que Proculien, semble avoir beaucoup emprunté à Sabinus en matière de *condictio ex injusta causa* : à la suite de Sabinus, il acceptait le principe des *veteres* (*Dig.* 12.5, frag. 6). A la suite de Sabinus également, il accordait la *condictio* au cas de dépossession par violence d'un fonds (*Dig.* 13.3, frag. 2) pour obtenir la restitution de la possession ; mais, tandis que Sabinus, ne connaissant que la *condictio ipsius rei*, n'accordait l'action en répétition qu'au *dejectus dominus*, Celsus étendait la *condictio* au *dejectus* simple *possessor*, en la lui donnant sous forme de *condictio possessionis*.

La distance qui existe entre le principe des *veteres* et la *condictio ob turpem vel injustam causam* du Digeste, a été presque entièrement parcourue par la jurisprudence au cours du premier siècle de notre ère : sous Trajan et sous Hadrien, les jurisconsultes

(1) Celsus, *Dig.* 39.5, frag. 21, § 1.

D'une façon générale Benigni (*condictio incerti. Archivio giu.* 75 (1905) s. 320) considère la *condictio liberationis* comme due à des interpolations (exemple : *Dig.* 44.4, frag. 5, § 5), ou comme poursuivant la somme due, et non point la libération (en ce sens Koschembahr-Lyskowski, *op. cit.*, II, p. 283, sur *Dig.* 23, 3, frag. 78, § 5 de Typhoninus).

Mais la *condictio liberationis* dans le cas d'obligation sans cause semble véritablement connue de Julien (*Dig.* 12.7, frag. 13).

ont déjà arrêté dans leurs grandes lignes les recours que l'on doit accorder au cas de cause immorale ou illicite : ils appliquent la règle « *ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti* » ; et pour eux la *condictio* n'est plus restreinte à la seule répétition de « *id quod apud aliquem est* ».



CHAPITRE II

EXPOSÉ DU SYSTÈME CLASSIQUE.

Dans le droit classique on distingue d'ordinaire, au point de vue de la cause, deux sortes de contrats : contrats formels et contrats non formels (1). Les premiers, ce sont les vieux contrats abstraits dont la validité demeure indépendante des vices de la cause : pour tenir compte du caractère immoral ou illicite de la cause dans ces sortes d'actes, les classiques ont dû recourir aux expédients (exception et *condictio*) dont nous avons déjà étudié la formation historique.

Les contrats non formels, au contraire, sont des actes concrets dans lesquels la cause est envisagée comme un élément nécessaire : ils ne sont pas valables si leur cause est vicieuse.

Cette distinction, parmi les contrats, de deux catégories bien séparées, dans chacune desquelles fonctionnerait, au cas de cause vicieuse, une sanction propre, permet de rendre compte de la plupart des solutions classiques ; mais elle n'a jamais été formulée par les Romains et les classiques ont bien souvent fait chevaucher, d'une catégorie de contrats à l'autre, les deux systèmes qu'ils connaissaient en matière de

(1) Girard, *Manuel*, p. 465.

cause illicite ou immorale : les correctifs et la nullité de l'acte.

SECTION I. — *Condictio et exceptio*.

§ 1. — Unité de la « *condictio ob turpem vel injustam causam* ».

Les compilateurs ont consacré un titre du Digeste à la *condictio ob turpem vel injustam causam* (*Dig.* 12.5) alors qu'ils faisaient figurer séparément au Code une *condictio ob turpem causam* (C. 4.7) et une *condictio ex lege et sine causa vel injusta causa* (C. 4.9).

L'insertion au Code de ces deux titres distincts ne décèlerait-elle pas l'existence de deux *condictiones* différentes, qui se seraient trouvées réunies dans un même titre du Digeste : *condictio ob injustam causam* et *condictio ob turpem causam*, relatives, l'une à l'enrichissement résultant d'un délit ou d'un acte immoral prohibé par la loi, l'autre à l'enrichissement provenant d'une prestation effectuée en vue d'une cause honteuse ? (1).

La question est importante : s'il existe deux *condictiones*, l'une pour la cause illicite, l'autre pour la cause immorale, les conditions d'exercice et les effets peuvent ne pas être les mêmes pour l'une et l'autre de ces actions : certains auteurs restreignent l'appli-

(1) Girard, *Manuel*, p. 633.

cation de la règle « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* » à la seule *condictio ob turpem causam* (1). On pourrait par ailleurs concevoir que deux *condictiones* distinctes aient obéi à des règles différentes pour calculer le montant des restitutions auxquelles elles donnent droit (2).

Il existe de bonnes raisons pour admettre l'unité de la *condictio* qui figure au Digeste sous la rubrique de *condictione ob turpem vel (3) injustam causam*.

Il ne faut pas tirer argument, pour le droit classique, des désignations données aux *condictiones* par les rubriques du Code et du Digeste : cette terminologie et la classification maladroite qu'elle représente sont dues aux compilateurs (4), ou plus vraisemblablement aux travaux des écoles byzantines qui ont influé sur l'œuvre de codification de Justinien (5).

Il serait assez singulier que les classiques aient senti le besoin de sanctionner par deux recours différents la cause immorale et la cause illicite, alors

(1) Brissaud, *op. cit.*, n. 2 et 4, et Capitant, *op. cit.*, p. 235, n. 4.

(2) Cette question sera étudiée plus loin.

(3) La rubrique D. 12.5 porte *vel* et non pas *et* : ce qui semble indiquer, dans l'esprit même des compilateurs, une, et non point deux actions (comparer *exceptio rei judicatae vel in iudicium deductae*).

(4) Pernice, *Labeo* 3, 1, p. 236.

(5) M. Collinet, dans des conférences données à Oxford, a mis en lumière l'influence de l'École de Béryste sur la codification de Justinien : *The general problems raised by the codification of Justinian* (*Revue d'histoire du droit*, 1922).

que d'ordinaire ils confondent ces deux notions au point de les désigner par les mêmes mots (1). Au temps de Sabinus, l'enrichissement contraire à la loi ou contraire à la morale était un enrichissement *ex injusta causa* et donnait lieu à une *condictio* qui dans la suite s'est précisée, mais ne s'est pas fractionnée. Les textes classiques contiennent en eux-mêmes la preuve de l'unité de la *condictio ob turpem vel injustam causam* : Paul (*lib. 10 ad Sab. Dig.*, 12.5, frag. 3) applique la règle *ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur non posse repeti* dans l'hypothèse *si pecunia detur ut male judicetur*, qui constitue un exemple de cause illicite : la corruption d'un juge était, en effet, un acte prohibé et même puni par la loi.

Le titre du Digeste *de condictione ob turpem vel injustam causam* ne renferme qu'une seule et même action. Quant à la *condictio injusta causa* du Code, elle correspond à la *condictio sine causa* du Digeste : sous cette rubrique les compilateurs ont rangé des *condictiones*, qui ne pouvaient entrer dans aucune des classifications qu'ils avaient imaginées, et qui se rattachent beaucoup plus à une notion très large d'enrichissement injuste qu'à l'idée précise de l'enrichissement contraire à la loi.

(1) Cf. *suprà*, p. 103.

§ 2. — La « *condictio* » et la classification des « *dationes* ».

La répétition de la chose donnée en vue d'une cause illicite ou immorale a eu, sous le principat, son développement propre, et il est historiquement inexact de réduire la *condictio ob turpem vel injustam causam* à un simple cas particulier de la *condictio ob rem dati*, comme le font certains auteurs (1). Mais il est bien certain que les grands classiques ont essayé de faire tenir ces deux sortes de *condictiones* dans le cadre unique d'une classification des *dationes*, empruntée peut-être à Q. Mucius Scaevola (cf. *Dig.* 12.6, frag. 52 : *damus aut ob causam aut ob rem*). Pour s'en convaincre, il suffit de lire le fragment des *libri ad Sabinum* de Paul, qui sert d'introduction au titre de la *condictio ob turpem vel injustam causam* (2).

Toute *datio* est effectuée soit *ob rem*, pour obtenir une contre-prestation (chose, ou service), soit *ob causam* pour servir de contre-prestation à une prestation déjà reçue (chose ou service) (3).

(1) Koschembahr-Lyskowski, *op. cit.*, 2, p. 207.

(2) *Dig.* 12.5, frag. 1.

(3) Dans la classification des *dationes*, les mots *res* et *causa* ont un sens précis (Cf. Pomponius, *Dig.* 12.6, frag. 52 et Ulpian, *Dig.* 2.14, frag. 7, § 2) : la *res* est un élément futur, la *causa* un élément passé.

Le président Favre (Antonius Faber, *Rationalia in tertiam partem Pand.*, Gênes 1626) sur cette loi de Paul, fait au jurisconsulte romain un reproche de distinguer *res* et *causa*. « Tout

La *datio ob rem* coïncide exactement avec le *do ut des, do ut facias* des contrats innommés. Paul, parmi ces *dationes*, établit une distinction : *ob rem, aut turpem aut honestam*. Si la *datio* a été faite *ob rem honestam*, il y a répétition en cas d'inexécution : *si res propter quam datum est secuta non est*. C'est la *condictio causa data causa non secuta* (il serait plus correct de dire *re non secuta*).

Si au contraire la *datio* a été faite *ob rem inhonestam*, il importe peu de savoir si l'*accipiens* a, ou non, effectué la contre-prestation, mais seulement de savoir si la turpitude existe de son côté, auquel cas il est tenu de restituer ce qu'il a reçu, à moins que la turpitude n'existe également du côté du *dans* (1).

Cette classification, en présentant la *condictio ob turpem vel injustam causam* comme le pendant de la *condictio ob rem dati*, devrait logiquement la restreindre au seul cas de la dation, effectuée *ob rem* (en vue d'obtenir une turpitude) et l'exclure dans le cas de la dation *ob causam*, effectuée pour rétribuer une turpitude passée.

ce qui est donné *ob rem* est donné *ob causam*, puisque cette *res* est la raison pour laquelle on a donné (*cum res illa dan di causa sit*) ». Fabre concevait déjà la cause comme le but de l'opération et arrivait à cette idée très juste qu'une contre-prestation future peut servir de cause à la *datio*, en déterminant la volonté de donner.

(1) Paul, *ht.*, loi 3, qui complète le frag. *ht.* 1, § 2, et réduit la portée de la règle « *quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest* ».

En réalité la *condictio ob turpem vel injustam causam* s'ouvrirait dans un cas aussi bien que dans l'autre. Il en était ainsi pour la *condictio ex injusta causa* de Sabinus et de Celsus. Au surplus la solution contraire aboutirait pratiquement à cette injustifiable bizarrerie : un individu qui délient des deniers comme prix d'une turpitude qu'il a accomplie, aurait à craindre la *condictio* s'il a d'abord reçu puis exécuté (hypothèse envisagée par Paul de la *datio ob rem*, ouvrant la *condictio* « *etiamsi res secuta sit* » [Dig. 12.5, frag. 1, § 2]), alors qu'il se trouverait à l'abri de toute répétition au cas où il aurait d'abord exécuté puis reçu (hypothèse de la *datio ob causam praeteritam*).

Le système de Paul (*Dig. ht.*, frag. 1) qui rattache la *condictio ob turpem vel injustam causam* aux *dationes ob rem*, peut, d'autre part, encourir le reproche de laisser de côté la plupart des turpitudes auxquelles cette *condictio* s'appliquait : le concept de *datio ob rem inhonestam* ne peut en effet contenir que des cas de dations faites en vue de contre-prestations ou de services qui sont PAR EUX-MÊMES honteux (comme par exemple les dations faites *ut male judicetur* ou *ob stuprum*). En ces hypothèses le *dans* est lui-même *turpis*, puisqu'il a lui-même désiré l'accomplissement de l'acte honteux, au point de se dépouiller pour l'obtenir, et la *condictio* lui est refusée.

Dans les cas où la *condictio* est ouverte, il n'y a

pas à proprement parler une *datio ob rem inhonestam* ; la chose, ou le service en vue desquels la *datio* a été opérée n'a rien en soi d'immoral ou d'illicite : la *datio* a été opérée pour obtenir, de l'*accipiens*, qu'il ne commette pas un délit (*ne sacrilegium, ne furtum facias, ne hominem occidas. Dig. ht., frag. 2, pr.*) ou qu'il fasse ce qu'il était de son devoir de faire (qu'il restitue l'*instrumentum* après avoir reçu paiement, qu'il rende le dépôt ou la chose reçue en commodat, *Dig. ht., frag. 2, § 1 et frag. 9*). Dans toutes ces hypothèses la turpitude réside, non point dans l'acte lui-même en vue duquel a été opérée la *datio*, mais dans le fait, pour l'*accipiens*, de se faire payer ce qu'il devait accomplir gratuitement.

Il faut convenir que les classiques, dans la synthèse des *condictiones*, qu'ils tentèrent d'opérer autour de l'idée de *datio*, ne réussirent à donner à la *condictio ob turpem vel injustam causam* qu'un cadre artificiel dans lequel elle ne pouvait tenir ; elle conserva la physionomie particulière que les jurisconsultes des deux premiers siècles de notre ère avaient donnée à la *condictio ex injusta causa*, avec la règle *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio*.

§ 3. — L'adage « *In pari delicto* ».

Le refus de la répétition au *dans turpis* est bien la particularité la plus intéressante de la *condictio ob turpem vel injustam causam*, puisque c'est là l'ori-

gine d'une règle qui s'est conservée jusque dans le droit français actuel. Cette règle, il est vrai, s'est transformée au cours des siècles.

Elle a changé de forme : elle est connue de nos jours dans les termes *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que les Romains n'ont jamais employés. Les textes classiques font allusion clairement à un adage que l'on peut essayer de reconstituer : la forme *in pari delicto*, ou même *in pari causa* est la moins répandue (1). La version la plus ancienne et la plus correcte est celle-ci : « *Ubi dantis et accipientis turpitude versatur...* » (2).

La fin de l'adage varie suivant les textes : *potior rem esse possessorem* (3), *possessoris conditio melior habeatur* (4), *melior causa erit possidentis* (5).

Ainsi conçu, l'adage exprimerait la raison pour laquelle la répétition était refusée au *dans turpis* : on laissait les choses en état par respect pour la possession. Les grands classiques devaient volontiers se servir de cette forme qui donnait davantage satisfaction à l'esprit, mais au temps de Sabinus et de Labéon, l'adage devait avoir un aspect plus pratique et plus sec : *repeti non posse* (6).

(1) Papinien, D. 12.7, frag. 5, pr. et Co. 4.7, frag. 2.

(2) Paul, D. 12. 5, frag. 3 ; Ulpien, D. ht., frag. 4 (*utriusque*) ; Paul, D. ht., frag. 8 (*turpis causa sit*) ; Ulpien, D. 3.6, *de calom.*, frag. 5, § 1.

(3) Papinien, D. 12.7, frag. 5, et Paul 12.5, frag. 8.

(4) Cod. 4.7, frag. 2.

(5) *Dig.*, 3.6, frag. 5, § 1.

(6) Ulpien, *ad. Sab.*, D. 12.5, frag. 3 ; Sabinus et Pegasus

L'adage romain ne diffère pas simplement de l'adage du droit français par la forme : les deux législations, pour refuser l'action au demandeur *turpis*, invoquent des raisons différentes. En droit français, le sens de l'adage *nemo auditur...* est discuté : les tribunaux ne doivent pas écouter celui qui invoque sa propre turpitude, selon certains auteurs parce qu'il serait contraire à la dignité du magistrat de prêter l'oreille à l'exposé de tels faits ; selon d'autres, parce qu'il paraît bien superflu de mettre l'appareil des lois, des tribunaux et de la force publique au service d'un individu qui n'est vraiment pas digne d'intérêt.

De toute façon l'adage *nemo auditur* se justifie par des raisons d'ordre général — pour ne pas dire d'ordre public (1) — et pourrait être invoqué en droit français dans bien d'autres domaines que celui de la cause immorale ou illicite des obligations contractuelles.

En droit romain, l'adage est exprimé en des termes (DANTIS ET ACCIPIENTIS *turpitude*, REPETI *non posse*) qui indiquent clairement qu'il s'agit d'une règle spécialement imaginée pour la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Par ailleurs, les Romains justifiaient

Celsus, chez Ulpien, *ht.*, frag. 4, pr. et § 2 « *cessat repetitio* », « *repeti posse* ». Paul, *ht.*, frag. 8, semble combiner les deux formes, « *possessore potiore esse et ideo repetitionem cessare* ». Mais sur l'interpolation du texte, Cf. *infra*.

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, IV, 442 bis, n. 8 à 16.

le refus de *condictio* au *dans turpis*, par une raison qui n'apparaît plus dans l'adage *nemo auditur* : pour les Romains, la possession est, par elle-même, respectable, et une situation de fait doit être conservée, tant qu'il n'y a pas de raisons sérieuses pour la modifier : en cas d'égalité de turpitude du *dans* et de l'*accipiens*, il n'y a pas lieu d'avantager l'un plus que l'autre, et les choses devront rester en état : *potiorem esse conditionem possessoris*. L'adage *ubi autem et dantis et accipientis...* est une application, en matière de *condictiones*, d'une idée dont on pourrait citer l'influence sur bien d'autres parties du droit Romain.

Pour les interdits possessoires, *possessor eo ipso quod possedet plus juris habet* : et c'est pourquoi *justa aut injusta adversus ceteros possessio sit, nihil refert* (1).

En matière d'action Publicienne, si la chose a été achetée *a non domino* par deux acquéreurs successifs de bonne foi, la préférence est donnée au possesseur (2). Et c'est sans doute à ce propos que Paul formulait le principe : *in pari causa possessor potior haberi debet* (3), qui ressemble beaucoup à l'adage appliqué en matière de *condictio ob turpem causam*.

(1) Paul, *Dig.*, 43.17, frag. 2.

(2) Julien, chez Ulpien, *Dig.* 6.2, frag. 9, § 4 : « si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis ».

(3) Paul, *Dig.* 50.17, frag. 128. Ce fragment est tiré du 1^{er} 19 *ad Edictum* de Paul, dans lequel était étudiée l'action Publicienne.

Il convient aussi de rapprocher de cet adage la maxime formulée par Ulpien au cas de dol mutuel (1) : *cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa*, qui est conforme aux solutions proposées dans la même matière par Marcellus (2) : *adversus doli exceptionem non dari replicationem doli*, et Marcien (3) : *si duo, dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*.

Le refus de la *condictio ob turpem causam* au dans *turpis* s'explique par le désir, très marqué en droit romain, de n'inquiéter le possesseur que si l'équité l'exige.

Il n'est pas impossible de trouver en droit romain une conception voisine de celle-ci, quoiqu'un peu différente : il ne faut pas récompenser un individu peu digne d'intérêt. Cette idée-là devait conduire les Romains à constituer un certain nombre de catégories de personnes qui, de par la turpitude habituelle de leur vie ou de leurs fonctions, se trouvaient privées du secours du droit, et vivaient, pour ainsi dire, hors la loi ; il en était ainsi des *lenones* et des *meretrices* comme nous l'avons vu plus haut.

A l'époque classique, l'édit prétorien refusait tout recours aux tenanciers de maisons de jeux pour les dommages, mauvais traitements et dols, dont ils pou-

(1) Ulpien, *Dig.* 50.17 ; frag. 154 ; Lenel, *Palin*, 1544.

(2) Chez Ulpien, *D.* 44.4, frag. 4, § 13.

(3) Marcien, *D.* 4. 3, frag. 36.

vaient être victimes pendant la durée des jeux (1).

Par ailleurs un individu, sans faire profession habituelle de turpitude, peut se rendre *turpis* dans une affaire déterminée : dans les limites de cette affaire, il n'est plus digne du secours du droit : c'est ainsi qu'Ulpien refuse l'action *furti* au voleur volé parce que *nemo de improbitate sua consequitur actionem* (2). Labéon envisageait de la même façon le cas de dol mutuel : *ait enim iniquum esse communem malitiam petitori praemio esse* (3), lorsqu'il refusait la réplique de dol au demandeur, auteur, lui-même, d'un dol.

Les jurisconsultes auraient pu invoquer ces considérations pour justifier le refus de la *condictio ob turpem causam*, lorsque le demandeur est lui-même *turpis* : mais ils ne semblent pas l'avoir fait. Ils n'ont pas davantage appliqué en cette matière le *nemo auditur* de la jurisprudence française, c'est-à-dire l'idée qu'il n'est pas de la dignité et de la fonction du juge d'écouter les plaideurs exposer leurs turpitudes : des considérations de ce genre ne sont pourtant pas étrangères au droit Romain, et ont pu inspirer parfois la législation impériale.

On peut citer dans cet ordre d'idée une constitution de Dioclétien et Maximien (4) :

(1) Ulpien, *D.* 11.5, frag. 1, pr.

(2) Ulpien, *D.* 47.2, frag. 12, § 1.

(3) Labéon chez Ulpien, *D.* 44.4, frag. 4, § 13.

(4) *C.* 8.56, frag. 4.

« Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et cc. Proculae.
« Cum profitearis in fraudem te alterius donasse,
professionem inhonestam continere intelligis. Itaque
si donationem perfecisti, eam revocare non potes ex
memorata allegatione, sub obtentu poenitentiae. »

« PP. Kal. April. Heracliae, AA. cons. »

Un individu, voulant revenir sur une donation qu'il avait faite, alléguait qu'il avait donné en fraude (de ses créanciers?) : la constitution, sans faire allusion à l'adage : *In pari delicto potiore esse conditionem possessoris* (qui d'ailleurs pourrait ne pas trouver à s'appliquer ici), refuse au donateur la répétition de la chose donnée, parce que sa requête se fonde sur l'aveu de sa propre turpitude (1).

Mais le texte d'Ulpien (2) dans lequel les glossateurs ont voulu voir une application de la règle *nemo auditur* ne contient rien de semblable. Le texte est relatif à l'impossibilité pour un *procurator* de déférer utilement le serment : la partie adverse qui prête le serment déféré par le *procurator* n'est pas à l'abri des poursuites du *dominus* : et, ajoute Ulpien, il ne lui servirait de rien d'exiger du *procurator* la *cautio de rato* ; cette *cautio* ne lui est utile que si elle

(1) L'action que le donateur voulait intenter pour reprendre la chose donnée ne peut pas être l'action Paulienne (qui est réservée aux créanciers fraudés) : c'était sans doute la *condictio propter poenitentiam*, bien que la fin du texte « *sub obtentu poenitentiae* » ait l'aspect d'une interpolation : c'est peut-être une glose explicative, ajoutée au texte de la Constitution.

(2) *Dig. 12. 2, frag. 18.*

succombe dans l'action intentée par le *dominus* : or, en se prévalant de cet échec, elle fait l'aveu du parjure qu'elle a commis en prêtant le serment.

Les glossateurs (1) concluent que le plaideur qui a prêté serment ne peut pas agir *de rato*, parce qu'il lui faudrait invoquer sa propre turpitude. Mais cela n'est pas dans le texte : Ulpien dit simplement que le plaideur n'aurait pas intérêt à agir *de rato*, parce que l'aveu de son parjure entraînerait sans doute pour lui de fâcheuses conséquences au point de vue pénal.

La législation romaine, en matière de cause illicite ou immorale, n'interdisait pas aux plaideurs d'alléguer leur propre turpitude, et même d'en tirer avantage : l'exception de dol accordée au *promittens turpis* en cas de stipulation *ob turpem causam* (*Dig. 12. 5, frag. 8*) le prouve assez : Ce débiteur, bien que *turpis*, n'était pas privé de l'avantage prétorien qu'est l'exception : et pour la faire valoir *in judicio*, il était amené à prouver lui-même l'existence d'une turpitude à laquelle il avait participé.

§ 4. — Application de la « *condictio* » aux contrats sur cause illicite ou immorale.

1° La *condictio ob turpem vel injustam causam* avait été imaginée pour revenir sur certaines donations. Elle fut étendue aux contrats : l'exécution (*solutio*) d'une obligation contractée en vue d'une

(1) Grande glose : sous cette loi, verb. « *docere* ».

cause immorale ou illicite fut assimilée à une *datio ob turpem vel injustam causam*.

Le texte capital en cette matière est un fragment des *Quaestiones* de Paul.

[D. 12.5, de *conditione ob turpem...* frag. 8].

Paulus libro tertio quaestionum.

Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris non posse te repetere, quoniam smlata proxima causa stipulationis quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitude, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potioorem esse, et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est ».

Le texte présente de sérieuses difficultés. Tout d'abord il n'est pas aisé de savoir à quel *casus* se rapporte la première phrase: l'expression vague *si ob turpem causam promiseris Titio* vise-t-elle une stipulation dont la cause est honteuse pour vous et pour Titius (exemple: vous avez promis de l'argent à Titius pour qu'il commette un délit), ou pour Titius seulement (exemple: vous avez promis de l'argent à Titius pour qu'il ne commette pas un délit)? Le *porro autem* qui sépare les deux phrases dont se compose le texte les oppose: et comme dans la deuxième phrase il est question de turpitude réciproque, la première doit viser, semble-t-il, l'hypothèse inverse d'une turpitude du seul côté du stipulant.

Cette interprétation était acceptée des glossateurs, qui rattachaient le début de la loi 8 à la loi 7 dans laquelle il est également fait allusion à l'hypothèse d'une turpitude du côté du seul stipulant (*stipulatio quae per vim extorta est*).

Mais cette façon de comprendre le texte conduit à de singulières complications dans l'extension de la *condictio ob turpem causam* en matière de contrats sur cause vicieuse.

En recherchant la raison pour laquelle la *condictio* était refusée au *solvens non turpis*, les glossateurs ont été conduits à faire un rapprochement entre la *condictio ob turpem causam* et la *condictio indebiti*. Celui qui, se sachant protégé par une exception perpétuelle, paie malgré tout l'indû, ne peut pas exercer ensuite la *condictio indebiti* (1).

Il en serait de même de la *condictio ob turpem causam*: celui qui a promis *ob turpem causam* peut refuser d'exécuter en opposant une exception perpétuelle de dol: s'il néglige *sciemment* d'opposer l'exception et paie, il n'a pas, d'après les glossateurs, la *condictio ob turpem causam* pour obtenir restitution de la somme donnée en paiement.

Dans cette doctrine, les vices du consentement ont une place parmi les conditions d'exercice de la *condictio ob turpem causam*: le *solvens*, pour invoquer ce recours, devrait non seulement n'avoir aucune turpitude à se reprocher, mais être de plus

(1) D. 12.6, *cond. ind.* 40.

victime d'une erreur, d'un entraînement de jeunesse (1), ou d'une violence (2), en contractant et en exécutant.

Cette interprétation est, à la vérité, inadmissible. Elle conduit à ajouter beaucoup au texte, pour justifier le refus de la *condictio* à un promettant qu'elle suppose *non turpis*. Par ailleurs, les raisons qu'elle donne de ce refus sont peu en harmonie avec l'incidente : *quamvis si petat exceptione doli mali summovere eum possis* : s'il s'agissait en effet d'un *solvens*, *non turpis*, auquel la *condictio* est refusée PARCEQU'il a négligé d'invoquer une exception perpétuelle en temps voulu, il ne serait guère raisonnable de faire remarquer, comme le fait le texte, que le *solvens* est privé de la *condictio* BIENQU'il ait l'exception.

La proposition qui commence par les mots *quoniam sublata proxima causa stipulationis*.. est introduite comme une justification et ne peut pas justifier autre chose que le refus de la *condictio* au *solvens* : or, la raison qu'elle donne, c'est la turpitude de ce dernier (*turpitude superesset*). L'explication de ce passage est délicate : le mot *causa* est employé successivement avec deux sens différents : cause formelle et cause dans le sens de but pratiquement poursuivi par les parties.

(1) C. 5.5, frag. 4, relativement aux libéralités faites en vue d'un mariage prohibé ; ce texte est rapproché par les glossateurs de notre loi 8.

(2) D. 12.5, frag. 7.

La *proxima causa stipulationis*, c'est la forme juridique de la stipulation, ou même la stipulation, cause immédiate de la *datio*, qui a été effectuée par le *solvens* : cette *causa* est tenue pour inexistante, à cause de l'exception de dol qui rend la stipulation sans valeur. Mais le but honteux, qui sert de cause à la stipulation, sert indirectement aussi de cause à la *solutio* qui peut être considérée comme une *datio ob turpem causam*.

Ce point une fois établi, le texte peut appliquer au *solvens* les mêmes règles qu'au *dans* : *si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potioorem esse*...

Le texte est dominé par cette idée, que la *solutio* en vertu d'un contrat sur cause honteuse est un cas particulier de *datio ob turpem causam*. La chose n'allait sans doute pas de soi.

Le parallélisme qui existe d'ordinaire entre l'exception et la répétition pouvait faire naître ici une difficulté : devait-on refuser la *condictio* au *solvens turpis*, qui pouvait par ailleurs invoquer l'exception de dol (1) ?

Le texte insiste sur ce point pour ne laisser aucun

(1) Au Code, 4.7, frag. 5, une constitution de Dioclétien et Maximien pose la même question, mais en sens inverse : un mari livre sa femme à la prostitution : bien qu'il n'ait pas à craindre la répétition pour les sommes ainsi reçues (le *dans* est *turpis*), il ne pourra pas malgré tout réclamer en justice les sommes qui lui ont été promises pour cette cause honteuse (le texte parle d'une *deneqatio actionis*).

doute : la *condictio* est refusée « quoique vous ayez l'exception de dol ». A égalité de turpitude le possesseur est préféré et il n'y a pas de *condictio* « même s'il s'agit d'un paiement effectué en vertu d'une stipulation ».

En conclusion, la loi 8 ne vise pas d'autre hypothèse que celle d'une stipulation emportant turpitude réciproque des deux parties : elle accorde au promettant l'exception de dol qui lui permet de ne pas exécuter. Mais après exécution, il n'a pas la *condictio* pour répéter les sommes données en paiement parce qu'il est traité comme un *dans turpis* ordinaire.

Cette interprétation était déjà celle de Cujas (1) : elle a pour elle la leçon des Basiliques (2).

On pourrait lui reprocher de ne pas tenir compte de l'opposition que semblent établir entre les deux parties du texte les mots *porro autem*. Cujas pensait qu'ils étaient ici l'équivalent d'un *ideo*, et introduisaient une conclusion : il est plus correct de traduire ces mots par la conjonction française « or » : ils unissent les deux prémisses du syllogisme suivant, qui transparait dans le texte : 1° L'existence de l'exception de dol n'empêche pas le *promittens turpis* d'être, lorsqu'il paie, un *dans turpis* (*Sublata proxima... superesset*) ; 2° or le *dans turpis* n'a pas

(1) Comment. Jacob Cujacii, *ad Pauli, Jurisc.*, in lib. 3, quaest. Naples, 1722, t. 5, col. 936.

(2) *Basiliques*, 24.2, h. l. : « ἐὰν ἐκατέρωθεν τὸς ἀχιῶς αὐτίας ὤσης... »

la *condictio* (*porro autem... potioem esse*) ; 3° donc le *promittens turpis* qui paie n'a pas la *condictio* (*et ideo... solutum est*).

Le raisonnement ne se poursuit pas dans le texte avec cette netteté : mais l'aspect un peu contourné de ce fragment est dû à des interpolations dont il contient des traces non douteuses.

Le texte des *quaestiones* de Paul, que les compilateurs avaient sous les yeux et dont ils ont tiré les fragments qu'ils ont insérés au Digeste, contenait un grand nombre de gloses, comme l'a démontré M. de Francisci (1), qui considère précisément comme une glose dans notre fragment de Paul, tout le passage *tamen si... solutum est*.

Les conjonctions *quamvis... tamen* font double emploi : cette redondance est byzantine : et par suite tout le passage *tamen... repetere est* interpolé.

Pour expliquer et justifier ce *tamen si solveris non posse te repetere*, les professeurs byzantins ont ajouté deux gloses : 1° *quoniam... superesset* ; 2° *porro autem... solutum est*, dans laquelle ils avaient jugé utile de rappeler la règle *si et dantis et accipientis* (2).

Le texte de Paul se réduit à ceci : *Si ob turpem*

(1) De Francisci, *Συλλάγμα*, I, p. 138.

(2) Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*. Tübingen, 1920, IV, p. 202. Pour cet auteur, *Porro* est un critère d'interpolation, et il faudrait considérer comme interpolés, dans le texte de Paul qui nous occupe, les passages [*quoniam... porro autem*] et [*tametsi... est*].

causam promiseris Titio, [si petat] exceptione doli mali [vel in factum] summovere eum (potes).

Encore doit-on considérer comme des gloses le *si petat* (la superposition des deux « si » : *si. promiseris, si petat* n'est pas naturelle) et les mots *vel in factum* par lesquels le bénéfice de l'exception se trouve étendu à ceux qui ne peuvent pas demander l'exception de dol (affranchis poursuivis pas leur patron).

Le texte de Paul ne prévoyait en somme, dans le cas de stipulation conclue *ob turpem causam*, que l'application de l'exception de dol (1). Si l'on veut trouver un témoignage classique de l'application de la *condictio* en cette matière, c'est à un fragment des *libri ad Sabinum* de Pomponius qu'il faut le demander.

Pomponius, lib. 22, *ad Sabinum* : « Ex ea stipulatione quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. »

Ce texte, très sobre dans ses explications, paraît pur.

Il éclaire la question de savoir ce que la jurisprudence classique entendait par cause illicite ou immorale d'une obligation : ce n'était pas nécessairement une contre-prestation honteuse, ni un but ou même

(1) Le passage de Paul faisait peut-être allusion à la *condictio*, mais dans des termes différents de ceux qui nous sont conservés par le Digeste : l'interpolation de la forme n'emporte pas nécessairement l'interpolation du fond : cette idée nous a été suggérée par notre maître M. le Professeur Collinet.

un motif inavouables : dans l'hypothèse visée par Pomponius, la turpitude réside dans les moyens employés par le créancier pour arriver à la conclusion du contrat. Pour éviter un danger dont le créancier le menaçait, le débiteur a fait une promesse qu'il n'aurait point faite dans des circonstances normales : en ce sens le créancier a obtenu son titre PARCE qu'il a usé de violence, et cette violence peut être considérée comme la cause de l'obligation.

Dans cette hypothèse, la cause illicite est en même temps vice du consentement : nous avons déjà noté que la *condictio ob turpem vel injustam causam*, du fait qu'elle ne profite qu'au *dans non turpis*, suppose, en général, chez celui-ci une volonté viciée par un dol, une violence qualifiée, ou une sorte de chantage. En présence de cette constatation, il est permis de se demander si l'existence d'un vice du consentement n'est pas une condition nécessaire à l'exercice de la *condictio ob turpem vel injustam causam* : notamment dans le cas de stipulations qui ont une cause honteuse pour le créancier, faut-il, pour accorder au débiteur la répétition de sommes versées en paiement, exiger de sa part un dol, une erreur, ou une violence au moment de la conclusion du contrat et au moment de son exécution ? Dans le cas de la loi 7, cette solution serait, d'après la grande glose, confirmée par une constitution d'Alexandre Sévère (1) qui refuse toute espèce de répétition à celui

(1) C. 2, 19 (20), frag. 2.

qui, librement, paie une dette contractée sous l'empire de la violence. Mais ce texte à la vérité n'intéresse que la *Restitutio in integrum ob metum*, et ne saurait être invoqué dans le débat sur les conditions d'exercice de la *condictio ob turpem vel injustam causam*.

Les textes relatifs à cette *condictio*, à la différence des textes sur la *condictio indebiti*, ne font nulle part allusion à l'exigence d'un vice du consentement comme condition nécessaire à son exercice : ils mentionnent simplement la nécessité d'une turpitude unilatérale du côté de l'*accipiens*.

Cette turpitude doit persister au moment de la *datio*, pour qu'il y ait *datio ob turpem causam* du côté de l'*accipiens*. Dans ce système, au cas de stipulation sur cause vicieuse, le débiteur peut réclamer restitution des sommes versées en paiement, à condition que le créancier ait été encore *turpis* au moment de ce paiement : peu importe par ailleurs que le débiteur ait sciemment omis d'opposer l'exception de dol au créancier *turpis*.

Mais dans le cas de la loi 7, si le créancier a cessé la violence après la conclusion du contrat, et si le débiteur a payé *sponte* le créancier n'est plus un *accipiens turpis* et la *condictio* ne devra pas être accordée au *solvens*.

2°) A quelle restitution la *condictio ob turpem vel injustam causam* donnait-elle droit ?

D'après une doctrine, l'*accipiens turpis* serait tenu

comme le voleur, en vertu des principes de la demeure « non seulement de son enrichissement, mais encore de tout le préjudice causé, sans être même libéré par la perte de la chose par cas fortuit » (1). On invoque en ce sens une constitution de Dioclétien et Maximien, dans laquelle la *condictio* est accordée contre celui qui a détourné des bestiaux, même lorsque ceux-ci ont péri par cas fortuit (2).

« Eum qui ad restituenda, quae abegerat, pecora, pecuniam accepit : tam hanc, quam ea quae per hoc commissum tenuit, restituere debere convenit : licet mortua, vel alio fortuito casu periisse dicentur : cum hoc casu in rem mora fiat ». Dat. 5 kal. Decemb. Nicomediae. AA. Conss. 294.

Cette solution si contraire au principe des *veteres*, qui réduisaient la répétition dans les limites du *id quod apud aliquem est*, supposerait un profond changement dans le caractère de la *condictio ex injusta causa* au cours de la période classique. Par ailleurs la théorie de la demeure imaginée pour justifier après coup le mécanisme de la *condictio furtiva*, est d'une époque relativement tardive (3) : elle a été formulée à une époque où la jurisprudence avait déjà arrêté les traits principaux de la *condictio ob turpem vel injustam causam*.

Enfin la constitution relative à l'*abigeus* ne tend

(1) Girard, *Manuel*, p. 633, n. 6.

(2) C. 4.7, frag. 7.

(3) Huvelin, *op. cit.*, p. 345.

pas à donner la *condictio ob turpem vel injustam causam* pour réclamer des choses qui ont péri: il s'agit, en l'espèce, de répéter une somme d'argent que l'*abigeus* a reçue pour relâcher les bestiaux: que ceux-ci périssent par cas fortuit, la somme reçue par l'*abigeus* ne constitue pas moins dans son patrimoine un *turpiter acceptum* qu'il est tenu de restituer.

La *condictio ex injusta causa* accordée en matière de donations entre époux est limitée à l'enrichissement du donataire (1): rien ne prouve que cette solution soit exceptionnelle.

Enfin le caractère primitif de la *condictio* (action de droit strict dont les effets sont étroitement délimités par la *datio* qui en justifie l'exercice) s'est perpétué jusqu'au Bas-Empire: et c'est pourquoi Dioclétien ne permet pas de réclamer, au moyen de la *condictio ob turpem causam*, des intérêts en plus de la somme elle-même qui a été donnée *ob turpem causam* (2).

Pour l'emploi de la *condictio ob turpem vel injustam causam* sous la forme de *condictio liberationis*, il faut se contenter, à défaut de textes, de simples conjectures. Cette forme de *condictio* que l'on s'accorde d'ordinaire à considérer comme une extension de la *condictio certae rei*, doit obéir, comme elle, à la règle *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, cessare conductionem*; le promettant *turpis*

(1) *Dig.*, 24.1, frag. 5, § 18.

(2) *C.* 4.7, frag. 4.

devrait attendre l'action du créancier pour opposer l'exception de dol, tandis que le promettant *non turpis* pourrait prendre les devants et réclamer sa libération.

3° Dans quelles sortes de contrats le caractère illicite ou immoral de la cause entraîne-t-il au profit du débiteur la protection de l'exception de dol et le recours à la *condictio*, s'il a exécuté ?

Ces mesures, imaginées pour les contrats formels, sont appliquées à l'époque classique surtout à la stipulation (*Dig.* 12.5, frag. 7 et 8; *C.* 4.7, frag. 5).

Sans doute la *condictio ob turpem vel injustam causam* pouvait-elle trouver aussi son application dans le domaine des contrats innommés: les différents exemples de dations *ob rem inhonestam* qui figurent au Digeste au titre de cette *condictio* peuvent entrer dans la classification *do ut des, do ut facias* des contrats innommés.

Le pari, qui est un contrat innommé sanctionné par l'action *praescriptis verbis* (1), a une cause illicite, lorsqu'il devient un jeu d'argent (*alea*): le gagnant ne peut pas réclamer en justice l'exécution du pari, mais les joueurs ont la *condictio* (2) pour se faire restituer leurs mises: solution singulière, puisque le joueur est certainement un *dans turpis* (3).

(1) *Dig.* 19.5, frag. 17, § 5.

(2) *h. l.*, *in fine*.

(3) La fin du texte d'Ulpien, *h. l.*, est sans doute interpolée: Ulpien devait parler en cet endroit d'une action *in factum* (Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, 1887, p. 137).

Il existait par ailleurs, en matière de jeux prohibés, une exception *negotii in alea gesti* qui s'appliquait à toutes sortes d'opérations dont le jeu avait été le mobile ; au cas de vente consentie par un joueur pour alimenter une partie, l'acheteur se verra opposer l'exception de jeu, si, par la suite, étant évincé, il agit en garantie (1) : « Si in alea rem vendam est ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor ».

Il faut enfin noter qu'en présence d'une stipulation consentie en vue d'une immoralité manifeste, le magistrat pouvait, au lieu de recourir à une exception, prononcer une *denegatio actionis* pour arrêter immédiatement l'affaire (2).

SECTION II. — La nullité du contrat.

§ 1. — Contrats non formels.

Dans les contrats non formels, la cause est un élément essentiel et son caractère illicite ou immoral entraîne la nullité de l'acte.

Le *mutuum* qui, de tous les contrats non formels, est demeuré le plus archaïque, puisqu'il a conservé son caractère de droit strict, n'échappe pas à cette règle.

Si l'on entend par cause dans le *mutuum*, la cause juridique de l'obligation qui existe à la charge de

(1) Paul, *Dig.* 44.5, frag. 2, § 1.

(2) C. 4.7, frag. 5.

l'emprunteur, il est bien clair que cette cause est prise en considération puisqu'en définitive ce n'est pas autre chose que la *res*, élément constitutif du contrat : en ce sens le *mutuum* est un contrat concret. Mais cette cause, qui consiste dans la réception des deniers, ne saurait être, en soi, ni illicite ni immorale. Il faut entendre par cause du prêt, la raison pour laquelle les deniers ont été prêtés et empruntés, leur destination économique : ainsi comprise, la cause peut avoir un caractère illicite ou immoral.

La jurisprudence actuelle interprète en ce sens la cause du prêt (1) : les jurisconsultes romains de l'époque classique ont, eux aussi, pris en considération le but économique du prêt : lorsqu'un prêt a été consenti à un individu que l'on sait devoir gaspiller les deniers, tout doit être remis en état comme si rien n'avait été fait (2). Cette doctrine a servi de modèle pour des hypothèses voisines (versement d'un prix de vente entre les mains d'un mineur (3), ou encore, cautionnement par un *adulescens luxoriosus*, au profit d'une courtisane (4).

La notion de ce qui est contraire à la bonne foi et la notion de ce qui est contraire aux bonnes mœurs sont choses très voisines en droit romain : aussi

(1) Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 230 : le but économique du prêt n'est pas le motif.

(2) Paul, *Dig.* 4.4, *di minoribus*, 24, § 4.

(3) *h. leg.*

(4) Ulpien, *Dig.* 17.1, frag. 12, § 11.

peut-on dire, d'une façon générale, que tout contrat de bonne foi, contraire aux bonnes mœurs, est nul (1). La seule difficulté est de distinguer cause immorale et objet immoral.

Le mandat donné en vue de faire commettre un délit, ou un acte honteux, ne fait naître aucune obligation (2). Il en est de même du mandat donné par un *adulescens luxoriosus* de cautionner une courtisane (3).

Très nombreux sont les textes qui affirment la nullité de la société formée pour poursuivre un but immoral ou illicite (4).

Pour le louage et la vente, l'application du principe de la nullité présente quelques particularités :

La *locatio operarum* peut entraîner des déchéances pour celui qui loue ses services (pour combattre sur l'arène) et constituer malgré tout un contrat valable (5).

On peut se demander s'il ne faut pas appliquer à la vente d'objets contraires aux bonnes mœurs, la solution imaginée par Rufinus en matière de vente de choses hors du commerce, et admettre la validité de la vente de façon à donner à l'acheteur l'*a. empti*, plus pratique qu'une *condictio*, pour obtenir restitu-

(1) *Dig.* 22.1, frag. 126.

(2) *G.* III, 157. *Dig.* 17.1, frag. 6, § 3 et frag. 22, § 6.

(3) *D. hl.*, 13, § 11.

(4) *Dig.* 18.1, frag. 35, § 2 ; 17.2, frag. 57 ; 27.3, frag. 1, § 14.

(5) *Dig.* 3.1, frag. 1, § 6.

tion du prix ? (1) Rufinus suppose la bonne foi des parties, ce qui n'est guère possible au cas de vente de chose contraire à la morale. La vente de poisons, indépendamment des mesures pénales qu'elle entraîne, est frappée de nullité (2).

La nullité présentait des avantages que n'offrait pas le système des exceptions et *condictiones* en matière de cause illicite ou immorale. L'exception ne détruit pas *jure civili* le droit du créancier : et le débiteur ne profite de cette protection que s'il la réclame en temps voulu. La nullité au contraire peut être invoquée en tout état de cause.

Par ailleurs, la *condictio* est un expédient, utilisé par les prudents *ex bono et aequo* : le débiteur ne peut revenir sur le paiement que s'il n'est pas *turpis*. Cette solution est trop avantageuse pour le créancier qui a pris soin de faire exécuter l'affaire au comptant. Dans le système de la nullité au contraire, si le débiteur paie, il paie sans cause et peut intenter la *condictio sine causa* ou la *condictio indebiti*, qui échappent l'une et l'autre à l'application de la règle *in pari delicto cessat repetitio*.

§ 2. — Contrats formels.

En ces conditions, il n'est pas étonnant que les

(1) *Dig.* 18.1, frag. 34, § 1 : « liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat ».

(2) *Dig.* 18.1, frag. 35, § 2.

classiques aient voulu étendre le système de la nullité pour cause illicite ou immorale, aux stipulations.

On peut apercevoir l'influence de Papinien dans cette tentative. Le grand jurisconsulte sentait sans doute que le mécanisme de la *condictio ob turpem causam* ne donnait pas complètement satisfaction à l'équité : dans le cas de constitution de dot en vue d'un mariage incestueux, il préférerait voir une *datio sine causa* plutôt qu'une *datio ob turpem causam* (1), de façon à pouvoir écarter la règle *in pari delicto*...

C'est sans doute pour la même raison qu'il édicta le principe de la nullité des stipulations conclues pour une cause illicite (2).

Papinianus, lib. 1 definitio : « Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet. »

Le fragment ne semble pas porter de traces d'interpolations. La solution qu'il contient est en désaccord manifeste avec celle du texte de Paul (*Dig.* 12.5, frag. 8). Les efforts tentés pour mettre les deux textes en harmonie sont restés infructueux : M. Brissaud essayait de circonscrire la solution de Papinien dans les limites du *flagitium*, interprété dans le sens de *crime*, et opposé à la *turpis causa* du texte de Paul. M. Artur a prétendu que les mots *ab initio non valet* peuvent s'entendre d'une exception perpétuelle de dol, comme celle qui figure dans

(1) *Dig.* 12.7, frag. 9.

(2) *Dig.* 45.1, frag. 123.

le texte de Paul. Enfin M. Timbal accepte de voir dans le texte de Papinien une nullité, mais prétend que ce n'est pas une nullité pour cause illicite, mais pour objet ou pour condition illicite : des stipulations de ce genre sont toujours considérées comme nulles (1).

Toutes ces explications sont sans valeur. La terminologie classique n'établit pas une distinction bien nette entre *flagitium*, *delictum*, *turpitude*. L'expression *ab initio non valet* est trop énergique pour désigner une simple exception de dol. Enfin si les mots *stipulatio flagitii faciendi causa... concepta* peuvent s'interpréter dans le sens d'une stipulation dans laquelle le promettant s'est engagé à faire un acte illicite, les deux mots *VEL FACTI* nous forcent à abandonner cette conjecture : ils désignent une turpitude antérieure à la stipulation et qui ne peut par conséquent servir ni d'objet, ni de condition, mais seulement de cause à l'engagement du promettant : il s'agit d'une promesse (de sommes d'argent sans doute) pour rémunérer une turpitude accomplie ou à accomplir.

Papinien, en proposant d'étendre la nullité aux stipulations sur cause vicieuse, ne faisait que donner la main à une jurisprudence dont nous avons cru trouver des traces au début de l'empire ou fin de la République.

(1) *Dig.* 45.1, frag. 26, est relatif à la stipulation dans laquelle le promettant s'engage à accomplir une turpitude.

A l'époque classique, son opinion n'est pas isolée : Ulpien connaît également la nullité de la stipulation dont la cause est honteuse pour le créancier seul (1).

« Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionone. »

SECTION III. — Confiscation.

Dans une turpitude égale des deux parties, le système de la *condictio* était trop avantageux pour l'*accipiens*, mais le système de la nullité faisait trop de faveur au *dans*.

Les classiques, et à leur suite les byzantins, proposèrent dans quelques cas une solution qui donnait davantage satisfaction à l'équité, en punissant d'une façon égale les deux parties.

La chose donnée *ob turpem causam* était parfois confisquée, ou remise à un tiers.

Les classiques connaissaient la confiscation des libéralités faites à des personnes indignes (2), Ulpien l'appliquait aux donations entre personnes qui ont contracté un mariage contraire aux lois (mariage entre un sénateur et une affranchie, entre un tuteur et sa pupille) (3).

« Sed si senator libertinam desponderit, vel tutor

(1) Ulpien, *Dig.* 2.14, frag. 7, § 3.

(2) Marcien, Confiscation de la succession laissée à un indigne. *Dig.* 39.5, frag. 30.

(3) Ulpien, *Dig.* 24 1, frag. 32, § 28.

pupillam, vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat ? Et putem etiam sponsalia improbanda, et quasi ab indignis ea quae donata sunt, ablata, fisco vindicari ».

Paul connaît la confiscation de la dot constituée en vue d'un mariage réputé incestueux d'après le droit des gens (1).

Ulpien indique en matière de *calumnia* un système très particulier (2) : ce n'est pas la confiscation, mais la faculté, accordée à la victime de la *calumnia*, de se faire attribuer les sommes données par un individu pour qu'on lui fasse chicane.

Ulpien 10, *ad Edictum* :

« Illud erit notandum quod qui dedit pecuniam ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem : turpiter enim fecit, sed ei dabitur petitio, propter quem datum est, ut calumnia ei fiat. »

Ulpien ajoute cette remarque : si un individu a reçu de vous pour qu'il me fasse chicane, et de moi, pour qu'il ne me fasse pas chicane, il est tenu envers moi de restituer ces sommes, par deux actions : la *petitio* accordée à la victime de la chicane, et la *condictio ob turpem causam* pour la somme que j'ai donnée pour qu'il s'abstienne d'un délit.

La constitution de Justinien interdisant le jeu des

(1) Paul, *Sent.* II, 19, § 5, et 26, § 19.

(2) Ulpien, *Dig.* 3.6, frag. 3, § 3.

« petits chevaux » (*equi lignei*) (1) prévoit, pour décourager les joueurs, des mesures qui n'obéissent pas aux règles ordinaires du droit : Justinien tient à ce que les joueurs ne conservent pas le gain provenant d'un jeu prohibé : en dépit du principe *in pari delicto*, les perdants pourront réclamer restitution. S'ils ne le font pas, le *procurator* de l'empereur agira en leur place au profit du fisc : *procurator noster hoc inquirat et in opus publicum convertet*.

(1) C. 3,43, frag. 2, de l'année 529.

CONCLUSION

L'enquête que nous avons poursuivie à travers les différentes étapes du droit Romain n'a fait apparaître à aucun moment ce qu'on pourrait appeler une théorie de la cause illicite ou immorale dans les obligations contractuelles : nous n'avons pas rencontré la moindre action, le moindre mécanisme juridique spécialement imaginés pour sauvegarder les intérêts de la morale et de la légalité dans le jeu des contrats. Certes, les Romains ne sont pas restés indifférents en présence de contrats conclus à cause ou en vue d'une turpitude : mais ils se sont contentés d'appliquer en pareil cas les expédients les plus variés : peines, mesures de police, moyens prétoriens, action en répétition des prudents, nullité du contrat, confiscation. Il est piquant de songer que ce luxe, pour ne pas dire cette débauche de remèdes, est probablement une conséquence de la loi de l'économie des moyens.

Parmi toutes ces solutions, c'est à la combinaison de l'exception de dol et de la *condictio ob turpem causam* que les compilateurs ont consacré le plus de développements.

Le refus de la répétition au *dans turpis* en vertu

du principe *ubi et dantis et accipientis turpitude versatur...* n'a pas manqué d'attirer l'attention des glossateurs et des romanistes : par leur intermédiaire cette solution est passée dans le droit français, comme d'ailleurs dans presque tous les droits européens (1).

Il faut noter que le principe romain *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio* avait été imaginé pour le domaine bien délimité de la *condictio ob turpem vel injustam causam* : la jurisprudence contemporaine commet une sorte de contre-sens historique, en conservant le principe romain, dans un droit qui édicte la nullité radicale des actes sur cause illicite ou immorale (art. 1131, C. civ. français).

Par ailleurs, le principe n'est même plus invoqué dans sa forme romaine : l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, qu'invoque la jurisprudence française, n'est pas romain. Comme nous l'avons remarqué, les textes de la compilation nous transmettent seulement un adage dans lequel une place était faite à l'idée de possession.

Il est assez difficile de savoir pour quelle raison, sous quelle influence et à quel moment l'adage romain s'est modifié.

(1) La répétition en cas de turpitude commune est expressément refusée par le Code civil suisse, le Code civil allemand, les Codes autrichien, portugais et espagnol. La jurisprudence italienne (comme la jurisprudence française) conserve le principe romain, bien que le Code italien ne contienne aucune disposition de ce genre. Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 246.

Les Romanistes, glossateurs (1), puis au XIV^e siècle, Salycetus et Balde (2) ne permettent pas au *dans turpis* de revenir sur sa dation en alléguant sa propre turpitude.

Les canonistes ont, eux aussi, connu l'adage sous sa forme *nemo auditur...* (3) : tout en refusant de l'appliquer, lorsque le salut de l'âme ou l'avantage de l'Église se trouvaient en cause (4).

(1) Grande glose sous C. Just. VIII, 56 (55), frag. 4 « *cum profitearis* ».

(2) Balde, sous la loi *Jusjurandum* (D. 12.2, frag. 2) (Baldu. in *secunda Dig. vet. part. commentaria*. Venetiis, 1615, fol. 37, n. 93), distingue les différents cas dans lesquels il est permis ou interdit d'alléguer sa propre turpitude : 1^o pour obtenir une récompense ; 2^o pour s'excuser d'une charge ; 3^o pour intenter une action ; 4^o pour opposer une exception ; 5^o pour établir une preuve.

(3) Dans deux décrétales d'Innocent III. Décret. III, 21, de *donationibus*, c. 8, *inter dilectos*, et III. 8, de *conces. praeb.*, c. 8 (fin du XII^e siècle).

(4) Cf. Panormitanus (Venetiis, 1627), t. V, fol. 57, verso n. 9. — Tudeschi, *le Panormitain* vécut au XV^e siècle (+ 1445).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER. — Principe de la validité des contrats en dépit du caractère immoral ou illicite de leur cause.	6
--	----------

§ 1. — Etablissement de ce principe d'après la doctrine classique.	6
§ 2. — Critique de cette argumentation.	8
§ 3. — Rôle de la volonté dans l'ancien droit.	11
§ 4. — Le libéralisme ancien.	16
§ 5. — Application du principe.	24

CHAPITRE II. — Correctifs anciens du principe de la validité.	27
--	-----------

SECTION I. — <i>La répétition ex injusta causa.</i>	29-43
--	--------------

§ 1. — Exposé des doctrines sur l'histoire de la <i>condictio</i>	29
§ 2. — Application de la doctrine classique à la question de la cause illicite ou immorale.	34
§ 3. — Témoignages anciens de la restitution fondée sur la cause illicite.	36
1) <i>Furtum</i>	36
2) <i>Repetundae</i>	37
3) <i>Leges imperfectae</i>	37
4) <i>Leges m. q. perfectae</i>	40

SECTION II. — *Critique de cette doctrine*. 43-63

§ 1. — Examen critique des témoignages anciens de restitutions *ex injusta causa*. 43

1) *Condictio furtiva*. 43

2) *Repetundae*. 45

3) *Leges m. q. perfectae*. 47

4) *Leges imperfectae*. 49

5) *Loi Cincia*. 54

§ 2. — De l'antiquité du principe de l'enrichissement injuste. 60

SECTION III. — *La « Denegatio actionis »*. 63-72

§ 1. — Exemples anciens 63

§ 2. — Application possible à la loi Cincia. 65

§ 3. — Réfutation de quelques objections 69

Conclusion pour l'ancien droit. 72-77

DEUXIÈME PARTIE
DROIT CLASSIQUE

CHAPITRE PREMIER. — *Période de formation*. 79

§ 1. — Exception de dol et *denegatio*. 79

§ 2. — Nullité du contrat. 83

§ 3. — La *condictio ex injusta causa*. 93

1) Age relatif de la *condictio* et de l'exception 93

2) *Apud aliquem esse*. 96

3) *ex injusta causa*. 101

4) Applications primitives. 105

5) Applications et caractère sous le principat 108

CHAPITRE II. — *Exposé du système classique*. 115

SECTION I. — *Condictio et exception*. 116-142

§ 1. — Unité de la *condictio ob turp. vel. inj. c.* 116

§ 2. — La *condictio* et la classification des datations. 119

§ 3. — L'adage *In pari delicto*. 122

§ 4. — Application de la *condictio* aux contrats sur cause illicite ou immorale. 129

SECTION II. — *Nullité du contrat*. 142-148

§ 1. — Contrats non formels. 142

§ 2. — Contrats formels. 145

SECTION IV. — *Confiscation*. 148

CONCLUSION. 150

