

# HISTOIRE DE LA PROCÉDURE CIVILE CHEZ LES ROMAINS

**FERDINAND WALTER**

TRADUIT DE L'ALLEMAND PAR ÉDOUARD LABOULAYE.

PARIS — 1841

## **PRÉFACE.**

### **RÉFLEXIONS PRÉLIMINAIRES. DU CARACTÈRE POLITIQUE DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES DE ROME.**

**CHAPITRE Ier. — Des Magistrats.**

**CHAPITRE II. — Du mode et de la forme des Procédures.**

**CHAPITRE III. — Des différentes espèces d'actions.**

**CHAPITRE IV. — De la Litiscontestation et des Exceptions.**

**CHAPITRE V. — Du Jugement.**

**CHAPITRE VI. — Tableau d'une Instance romaine.**

**CHAPITRE VII. — Des changements introduits sous les Empereurs.**

**CHAPITRE VIII. — De l'Exécution.**

**CHAPITRE IX. — Des voies d'appel.**

**CHAPITRE X. — Procédures particulières. - Interdicia. - Contraversiæ  
agrariæ. - Restitutio in integrum.**

**CHAPITRE XI. — Des Mesures prises pour diminuer les Procès.**

**CHAPITRE XII. — Des Procuratores et des Advocati.**

## PRÉFACE.

1. Depuis vingt-cinq ans il s'est fait dans l'étude du droit romain une révolution profonde. La science, demeurée comme stationnaire depuis l'école française du seizième siècle, a pris un nouvel essor, grâce à la découverte de textes jusqu'alors ignorés. *La République* de CICÉRON, les *Instituts* de GAIUS, les *Fragmenta Vaticana*, le traité de LYDUS sur les *Magistrats*, les constitutions retrouvées du *Code Théodosien*, tous ces restes précieux de l'antiquité, enfouis sous d'anciennes écritures comme Herculanium sous la cendre, et remis en lumière par le zèle infatigable des MAI, des NIEBUHR, des HASE, des PEYRON, des CLOSSIUS, des VESME, tous ces trésors, dis-je, ont rendu presque inutiles les travaux des jurisconsultes nos devanciers. Des faits inconnus ont été subitement révélés, d'anciennes erreurs traditionnellement reçues se sont évanouies devant ces clartés nouvelles, et par une fortune bien rare, la science vieillie et délaissée s'est montrée tout à coup, comme la fée des anciens contes, jeune, brillante, et par sa beauté et sa richesse sollicitant les adorateurs.

2. Malheureusement ces découvertes n'ont eu longtemps en France qu'un retentissement stérile ; nous avons beaucoup parlé de Cujas et de son école ; mais nous avons peu suivi l'exemple de ces excellents modèles ; et de ces découvertes faites sans nous (j'excepte le LYDUS), nous n'avons pas même su nous approprier le résultat par des travaux originaux. Cependant ces découvertes intéressaient au plus haut degré les philologues et les jurisconsultes : Mais en France la philologie est une science dédaignée et comme abandonnée à nos voisins d'outre-Rhin, et par une aberration singulière ; les quelques fidèles qui lui sont restés, délaissent, comme leur étant étrangère, l'étude de la jurisprudence ; aveugles, qui ne voient pas que la langue latine est avant tout une *langue juridique*, dont chaque mot a été frappé d'une empreinte sacramentelle par le préteur ou le jurisconsulte. Songe-t-on bien à ce qu'étaient les Romains et quelle était pendant la paix l'occupation (le ces vainqueurs du monde ? Théophile nous les dépeint comme les romans du moyen âge nous représentent les héros de la féodalité, c'est-à-dire consacrant aux luttes judiciaires leur indomptable activité, et toute l'antiquité romaine témoigne en faveur de Théophile<sup>1</sup>.

Tu regere imperio populos, Romane, menento ;  
Hœ tibi erunt artes, pacisque imponere morem.

Cette devise du génie romain est aussi celle de la langue latine ; cette langue n'est point, comme celle des Grecs, riche, précieuse et faite pour la poésie : c'est une langue précise, sévère, faite pour le commandement et la législation. Les plus grands écrivains de Rome, Cicéron, Salluste, Sénèque, Tacite, Pline le jeune, sont avant tout des jurisconsultes dont l'esprit ne sera jamais parfaitement saisi que par des savants familiers avec l'étude de la jurisprudence ; ajoutez que le droit offre à la philologie des trésors sans nombre dans l'admirable latinité des jurisconsultes du Digeste, et qu'enfin il est plus d'un point où les deux sciences se confondent et ne se peuvent passer l'une de l'autre, car toutes deux peuvent revendiquer à des titres égaux des grammairiens tels que Varron et Festus, ou des écrivains sans caractère précis, tels que Aulu-Gelle, Symmaque, Cassiodore,

---

<sup>1</sup> THÉOPHILE, *Inst.*, I, 6 § 4. Les Romains, qui passaient toute l'année en guerre, quand venait l'hiver et ses empêchements, déposaient leurs armes et s'occupaient d'affaires ; car la paix venue, ils ne pouvaient vivre sans plaider.

Boèce, Lydus et les *auctores rei agrariæ*, mine féconde et peu connue dont Niebuhr a le premier montré toute la richesse.

3. Quant aux jurisconsultes qui pouvaient s'occuper de ces textes nouveaux, hors de l'école il ne s'est rencontré que Jourdan., dont la mort prématurée fut une perte irréparable, car il eût fondé sans nul doute une école française, et aujourd'hui nous ne serions pas réduits à emprunter à nos rivaux la lumière qu'autrefois on venait chercher dans nos Facultés<sup>1</sup>. Dans l'école, il semble qu'en général on n'ait pas tiré de ces nouvelles découvertes tout le parti désirable. Presque tous les professeurs se sont tenus dans les limites étroites que donne à leur enseignement une loi faite depuis bientôt quarante ans ; dans ces textes nouveaux on n'a vu qu'un moyen d'expliquer avec plus de clarté quelques passages des Instituts, et Gaius, mutilé sur ce lit de Procuste, n'a servi qu'à doubler Vinnius ; c'est là, certes, un résultat bien faible et d'autant plus fâcheux que la science du professeur s'est trouvée perdue pour les étudiants dès que, par un scrupule exagéré de légalité, le professeur, se renfermant dans les Instituts, s'est interdit tout développement historique ou philologique qui eût changé les proportions de ce cadre médiocre. Ainsi, faute d'études chez les uns, faute de méthode chez les autres, le droit romain est resté en France à peu près ce qu'il était il y a vingt ans, c'est-à-dire une science qu'on apprend à son corps défendant, tant qu'on est sur les bancs, et qu'on se hâte d'oublier dès qu'on a quitté l'école ; l'enseignement est sans doute plus solide, et le professeur infiniment plus instruit ; mais le résultat final n'est guère moins triste qu'autrefois.

4. Que l'Allemagne se soit montrée moins dédaigneuse que la France, personne aujourd'hui ne l'ignore. On sait que le droit romain a été dans ce pays l'objet des plus sérieuses études, des plus heureux travaux ; Hugo, Haubold, Mulhenbruch, Schilling, Schrader, Zimmern, ces noms commencent de nous devenir familiers, et n'était la difficulté d'une langue peu répandue en France, Savigny serait chez nous aussi populaire que le, fut naguère cet autre Germain qui régna sans partage dans nos écoles, je veux dire Heinneccius.

En présence des travaux de l'Allemagne, quand la science a- été parcourue et fouillée dans toutes les directions, que nous reste-t-il à faire ? Irons-nous, fermant les yeux sur des résultats acquis, recommencer à nouveau des études longues et sérieuses au risque de refaire un chemin parcouru, ou bien, par un procédé plus prompt, nous saisirons-nous de l'œuvre allemande pour nous placer d'un coup au point où les travaux de vingt ans ont poussé la science, et delà poursuivre, s'il en est temps encore, ce qui a échappé aux yeux pénétrants de nos rivaux ? La première méthode est lente, difficile et de plus incertaine, car tout dépend du mérite et du talent personnel de l'auteur ; la seconde est plus sûre, car elle n'exige que, la capacité médiocre d'un traducteur. Sans doute il est plus flatteur pour un écrivain de produire une œuvre originale que de se réduire au métier ingrat d'interprète : la gloire est ainsi plus sûrement, achetée ; mais il ne faut pas penser ici à un misérable amour-propre d'écrivain ; cet amour-

---

<sup>1</sup> Jourdan a eu, nous le croyons, quelque part dans un résumé fort bien fait de l'histoire de la procédure romaine, résumé qui attestait chez son auteur les plus heureuses dispositions pour l'étude du droit ; je veux parler de la thèse soutenue par M. Burnouf de *Re judicata et de rei judiciaræ apud Romanos disciplina*. Paris, 1524. Il est à regretter pour la jurisprudence que M. Burnouf, comme un autre Leibnitz, ait abandonné cette science dans laquelle il avait si brillamment débuté.

propre, il faut le sacrifier à l'intérêt de la science, et faire connaître au plus vite le terrain parcouru, pour nous mettre à même d'ouvrir des voies nouvelles.

5. La nécessité de vulgariser en France la science allemande a été parfaitement sentie par un homme que la profonde connaissance du droit romain mettait plus que tout autre à même de produire une œuvre originale ; M. Pellat a fait preuve d'une abnégation du meilleur goût en consentant à se faire le traducteur de Marezoll et de Schilling. Cpt exemple nous a semblé le plus sage à suivre dans l'intérêt de la science, et c'est ce qui nous a décidé à laisser de côté des travaux depuis longtemps commencés, pour nous borner à un rôle plus modeste et plus utile. Parmi la foule de *Manuels et d'Histoires du Droit* qu'a produits l'Allemagne, notre choix ne pouvait être longtemps incertain ; nous devions d'abord écarter tous les ouvrages dogmatiques qui s'occupent principalement du droit romain, tel qu'on le pratique aujourd'hui en Allemagne ; le Manuel de MACKELDRY, le Système de THIBAUT, le Manuel des Pandectes de PUCHTA, les Pandectes de M. DE VANGEROW, comme la *Doctrina Pandectarum* de MUHLENBRUCH, et les *Commentarii* de WARNKËNIG, sont des ouvrages qui, malgré leur mérite, n'ont pour nous autres Français qu'un intérêt secondaire, la pratique tenant le premier rang dans ces livres. Aussi, par leur objet même, ces écrits ne peuvent-ils se promettre chez nous qu'un succès restreint ; bons à consulter par des professeurs ou des jurisconsultes achevés, ces ouvrages sont une lecture presque dangereuse pour l'étudiant qui, hors d'état de discerner ce qui dans ces écrits appartient au droit romain pur, ou au droit romain de la pratique actuelle, se laissera facilement égarer par de douteuses clartés.

6. Les œuvres dogmatiques écartées, nous na-vous plus à choisir qu'entre un petit nombre d'ouvrages purement historiques ; HUGO, SCHWEPPE, ZIMMERN, MAREZOLL, REIN ou WALTER, tels étaient les noms qui se présentaient à nous ; l'histoire de HUGO, dont il existe une médiocre traduction française, est un livre plein d'aperçus ingénieux, mais ce n'est après tout qu'un manuel destiné à la préparation ou au supplément du cours ; partant ; c'est un livre qui ne peut pas se soutenir seul, et qui, destitué de la voix puissante du maître, n'est qu'un squelette décharné ; SCHWEPPE est déjà ancien, et notamment en ce qui concerne la procédure, il n'a pu profiter des excellentes recherches de BETHMANN-HOLLWEG ; ZIMMERN n'est malheureusement pas complet, MAREZOLL est traduit, REIN n'a écrit que pour des philologues ; son histoire, destinée à faciliter la lecture des grands auteurs classiques, s'arrête aux premiers siècles de l'empire, et ne s'occupe pas de la plus brillante époque de la jurisprudence romaines C'est un livre que nous voudrions voir dans les mains de tous nos jeunes philologues, mais qui ne convient pas aussi parfaitement à des jurisconsultes, encore bien que nous regardions comme la condition indispensable d'une bonne éducation juridique de longues et sérieuses études philologiques, études auxquelles on se livre avec ardeur en Allemagne, mais dont en France, et à la Faculté même, on ne paraît pas soupçonner l'importance.

7. Restait l'ouvrage de Walter, et celui-là du moins remplissait toutes les conditions que nous pouvions exiger. Écrit récemment (la dernière partie date de 1840) par un professeur qui s'est constamment tenu au courant de la science, ce livre, purement historique, sans mélange aucun de droit actuel, nous semble l'œuvre sinon la plus originale, du moins la plus complète qu'on ait publiée sur l'histoire du droit romain.

Walter a ce grand mérite que tout en résumant parfaitement les mille recherches dont le droit romain a été l'objet, il est excessivement sobre de noms de

commentateurs, et qu'au lieu de perdre le lecteur dans une foule de citations impossibles à vérifier, il se contente de donner l'indication des textes seuls, de façon que l'étudiant, n'eût-il même qu'une médiocre connaissance du droit romain, peut vérifier sans beaucoup de peine les assertions de l'auteur. En somme, ce livre, écrit avec une bonne foi parfaite, et dans lequel un travail immense se cache sous une grande simplicité, est un digne pendant de ce *Manuel du Droit canonique*, qui, depuis longtemps, a placé son auteur au meilleur rang parmi les jurisconsultes modernes.

8. Walter a divisé son livre en cinq parties : 1° Histoire de la Constitution ; 2° Histoire des Sources du Droit ; 3° Histoire du Droit privé ; 4° Histoire de la Procédure civile ; 5° Histoire du Droit criminel. Toutes ces histoires publiées séparément, à d'assez longs intervalles, n'ont pas toutes le même mérite. L'histoire de la Constitution, déjà parue depuis plusieurs années, est un ouvrage très estimable. Les derniers temps de l'empire sont vivement touchés : mais, et surtout dans la première partie, on reconnaît trop l'influence toute-puissante de Niebuhr ; certains chapitres ont besoin d'être revus, et l'auteur le sent mieux que personne, si, comme nous croyons le savoir, il s'occupe actuellement de refondre cette première partie de son livre, qui à elle seule peut faire un magnifique ouvrage.

L'Histoire des Sources est étranglée et tient à peine quelques pages ; mais l'Histoire du Droit privé, celle de la Procédure civile, et celle du Droit criminel, les derniers morceaux sortis de la plume de l'auteur, sont faits de main de maître et demandent un traducteur. Ce sont ces trois dernières parties, qui forment comme autant d'ouvrages distincts, que nous nous sommes proposé de traduire en premier, réservant pour la fin l'Histoire de la Constitution et celle des Sources, dont nous attendons le prochain remaniement.

9. Dans la traduction d'un ouvrage de ce genre, nous n'avons pas cru devoir nous astreindre à la rigueur d'une interprétation littérale, et nous ne nous sommes fait aucun scrupule d'ajouter certaines réflexions, d'étendre quelques points, d'en resserrer ou d'en déplacer quelques autres, de faire passer quelquefois le texte dans les notes, ou les notes dans le texte. En un mot, nous en avons usé avec la plus grande liberté, pensant qu'en cette affaire l'important était de faire connaître clairement à nos lecteurs, non pas le style de Walter, mais la substance même des idées et des lois romaines. A ce désir d'être clair, nous avons tout sacrifié, nous étant proposé pour but, non point d'affecter une savante obscurité, mais au contraire d'amener le jeune jurisconsulte, sans effroi, et même avec quelque plaisir, dans ces belles voies de la jurisprudence romaine ; nous croirons avoir gagné le prix, si nous l'enhardissons jusqu'à venir à nous, sans trop s'intimider de ces amas de commentaires qui obstruent l'entrée de la science, et à la vue desquels se sentent défaillir les plus fermes courages.

E quanto a dir quai era, e cosa dura,  
Questa selva selvaggià, ed aspra e forte  
Che nel pensier rinuova la paura,  
Tanto e amara che poco e piu morte<sup>1</sup>.

Si le lecteur a le courage de s'aventurer à notre suite, peut-être sera-t-il étonné de voir combien l'histoire est une sûre maîtresse pour l'enseignement de la science, et comme avec un pareil guide la marche devient facile ; la procédure

---

<sup>1</sup> Dante Alig., *Cant.* I, chap. I, v. 4-7.

civile est la partie la plus obscure et la moins connue de toute la jurisprudence romaine, et cependant nous espérons qu'après une lecture attentive de cet ouvrage, qui n'est pas de bien longue haleine, les plus grandes difficultés seront disparues, et que le lecteur se fera des institutions judiciaires des Romains une idée beaucoup plus nette que s'il se fatiguait à lire les innombrables commentaires écrits sur le quatrième livre des Instituts ; c'est qu'en effet les erreurs et l'obscurité des commentaires viennent presque toujours du défaut de notions historiques exactes, et que la logique la plus rigoureuse est impuissante à trouver un principe de droit positif qu'un passage de Cicéron ou un fragment de Gaius révéleront sans peine au lecteur le moins attentif.

**10.** Il est encore une modification que nous avons faite au livre de Walter, et dont, nous l'espérons, on ne nous saura pas mauvais gré. Walter ne fait qu'indiquer le texte des lois ou des auteurs classiques qu'il cite à l'appui de ses opinions ; nous avons mis au [ri]as des, pages les textes entiers pour que le lecteur jugeât, pièces en main, le mérite et la vérité des idées de l'auteur. L'usage de renvoyer au Code ou au Digeste pour la vérification des textes allégués va directement contre son but, qui est de faire travailler l'étudiant ; il est impossible qu'au bout d'un temps fort court, le lecteur le plus courageux ne soit fatigué de ces recherches longues et difficiles ; et alors, ou il abandonne une étude pénible, ou, ce qui est aussi n1àui vais, il croit son maître sur parole et renonce à toute recherche. Que si, au contraire, vous lui facilitez le travail en lui mettant sous les yeux les preuves les plus importantes ; si vous l'initiez du premier coup aux mystères d'une science qui roule sur un nombre de textes plus limité qu'on ne pense, vous l'intéresserez peu à peu à la lecture de ces anciens monuments ; il prendra goût à la langue d'Ulpien comme à celle de Cicéron ; il s'habituera au style de Dioclétien comme à la phrase pompeuse des Nouvelles, et quand il abordera le Digeste même ou le Code, il retrouvera, à chaque pas, d'anciens souvenirs qui lui rendront plus légers les ennuis clé la route, D'ailleurs on n'écrit pas toujours pour les seuls étudiants ; les savants, autres que les jurisconsultes, et même les gens du monde qui ne sont savants ni par goût ni par état, peuvent désirer connaître au moins superficiellement les mystères de la jurisprudence romaine. Pourquoi ne pas leur présenter sous un format commode et à peu de frais ce que le droit romain a de plus précieux comme histoire, comme morale, comme littérature ? Il me semble que dès qu'on soumet un livre au public, toute la peine doit être pour l'auteur, tout le plaisir pour le lecteur ; mais dans la plupart des livres de jurisprudence, c'est le contraire qui a lieu, et il semble à voir citer en guise de preuves toutes ces indications abrégées des lois romaines, qui semblent autant de mots de grimoire, que l'auteur se fasse un malin plaisir de défier la bonne volonté de ses lecteurs en la fatiguant à outrance par une suite d'énigmes indéchiffrables. A la vue de ces signes bizarres on pense involontairement à l'Intimé, ce modèle parfait en l'art des citations.

La loi *si quis carvis*, DIGESTE

DE VI, *parapho*, Messieurs, *caponibus*

Est manifestement contraire à cet abus.

## RÉFLEXIONS PRÉLIMINAIRES<sup>1</sup>. — CARACTÈRE POLITIQUE DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES DE ROME.

I. Chez les Romains la procédure civile a parcouru trois phases distinctes. D'abord régnèrent les actions de loi, *legis actiones*, système de formes sacramentelles introduit par le génie mystérieux des patriciens et qui dura, comme l'aristocratie, jusque vers la fin de la république. Les *legis actiones* furent alors remplacées par le système des formules, soit que la révolution fût complète, ainsi que l'ont pensé quelques modernes, et que la formule eût été imaginée pour remplacer la *legis actio*, soit plutôt (et cette opinion, plus conforme au génie romain, a pour elle tout ce qui nous reste de Cicéron), soit plutôt que la formule eût existé de tout temps comme partie intégrante de la *legis actio*, et que la réforme se bornât à débarrasser la procédure d'entraves mystérieuses désormais sans valeur politique. Ce système formulaire fut celui des beaux jours de la jurisprudence romaine, celui qui parvint au plus parfait et au plus ingénieux développement, celui enfin sur lequel, depuis la découverte de Gaius, nous possédons les plus curieux documents. Cette procédure est la clef du droit romain, et sans une connaissance approfondie de l'institution, il est impossible de pénétrer avant dans les secrets de la science romaine.

II. Le caractère commun des *legis actiones* et des *formulae*, caractère qui distingue de façon tranchée l'ancienne organisation romaine de tous les systèmes judiciaires modernes, c'est que la procédure s'y divisait en deux parties distinctes : procédure devant le magistrat, qui engage l'instance et fixe le point de droit, puis procédure devant le juge, qui examine le point de fait en litige, applique le droit au fait et prononce jugement, l'exécution faisant retour au magistrat. Ainsi il y a une double instance, l'une devant le préteur, *in jure*, l'autre devant le juge, *in judicio*, et le magistrat et le juge ont chacun un rôle différent à jouer dans la procédure : l'un est juge du droit, l'autre est juge du fait. Du reste, cette distinction ne doit pas être prise dans un sens trop absolu ; le juge, comme nos jurés, décidait quelquefois une question de droit quand cette question était inséparable de la question de fait<sup>2</sup>, et séparer le droit du fait était moins le but des Romains que de séparer le droit de son application. C'est aussi le but politique de notre jury ; chez nous c'est un citoyen et non le magistrat qui doit décider de la vie et de la liberté du citoyen. Chez les Romains, plus inquiets que nous de la puissance du magistrat, ce ne devait pas être le préteur qui touchât aux intérêts privés du citoyen, ce devait être un *arbiter* ou un *judex* librement élu par les parties.

III. La procédure formulaire dura jusqu'au règne de Dioclétien ; mais déjà depuis longtemps, à côté de ce système régulier, s'était introduite exceptionnellement une nouvelle manière de procéder devant le magistrat seul, sans ministère de juge et par conséquent sans employer de formules. De cet usage exceptionnel ou, comme on disait, de ce *judicium extraordinarium*, Dioclétien fit la loi générale, qui dès lors régna sans partage jusqu'à la fin de

---

<sup>1</sup> Ce chapitre est du traducteur.

<sup>2</sup> CICÉRON, *pro Quint.*, c. 20.

l'empire. C'est ce dernier système qui, modifié par le droit canonique et féodal, a donné naissance à celui qui règne aujourd'hui dans presque tous les tribunaux d'Europe, et à ce titre il mérite de notre part une attention sérieuse.

Du reste, et ce caractère du génie romain reparaît en toutes leurs institutions, ce ne fut point brusquement et à la façon des codes modernes que ces systèmes s'entre succédèrent. La réforme fut la consécration légale d'usages établis jour à jour et par le progrès du temps d'exceptionnels devenus généraux. Au travers de ces changements successifs on ne peut méconnaître en effet l'influence des *legis actiones* sur la procédure formulaire, et l'on rencontre plus d'un souvenir des anciens *judicia ordinaria* dans la forme nouvelle qui les remplaça.

**IV.** Le caractère scientifique de ces révolutions de la procédure romaine a été fort bien saisi par les savants qui dans ce siècle se sont occupés de cette intéressante question, et il y a peu de chose à faire après les travaux de Zimmern d'Heffter et de Mublenbruch ; mais il reste à déterminer le caractère politique de ces institutions, et sur ce point le livre de Bethmann-Hollweg<sup>1</sup>, quelque remarquable qu'il soit, n'a point donné le dernier mot. Essayons de tracer un imparfait crayon de ce grand tableau ; aussi bien les grands principes d'équité de la jurisprudence romaine étant passés depuis longtemps dans les législations modernes et devenus comme le fond commun de nos codes, l'aspect politique de la législation romaine est certainement aujourd'hui le côté le plus curieux de ce grand monument et, j'ose le dire, le plus immédiatement utile. Quoique jusqu'à ce jour l'organisation de nos tribunaux n'ait donné lieu qu'à un petit nombre de plaintes et que l'institution soit généralement acceptée, néanmoins et sans une grande clairvoyance ; il est aisé de prédire qu'avant un temps peu éloigné, la démocratie, maîtresse du principe de notre gouvernement, réalisera dans les institutions secondaires un triomphe désormais incontesté dans les régions supérieures. Au premier rang parmi ces institutions se rencontre l'organisation judiciaire, car nulle n'intéresse à un plus haut degré la liberté politique, et l'on se demandera certainement si, telle qu'elle est aujourd'hui, cette organisation s'accorde parfaitement avec le principe nouveau de la constitution. Alors se réveilleront dès questions remuées jadis par nos pères dans les premiers jours de la Constituante, questions qui, pour être restées quarante ans sous la cendre, ne se sont pas éteintes et qui se ranimeront avec une ardeur et une vivacité plus grandes que jamais. Infailliblement on se demandera si ce grand corps de la magistrature, permanent, irresponsable, et qui se recrute, à la façon des aristocraties, parmi un petit nombre de familles privilégiées, sans garantie de capacité ni de travail ; ne peut pas être dans un pays libre une gêne pour le gouvernement, un danger pour les citoyens. On se demandera si dans un pays libre le citoyen ne doit pas avoir une part à la nomination du juge civil, soit par une élection générale, comme est celle des juges commerciaux, soit par un droit spécial de récusation accordé à la partie intéressée, comme cela a lieu dans le jugement par jurés, et alors on débattrà nécessairement l'institution d'un jury civil. Il est encore une question qui appellera les réflexions les plus sérieuses : l'appel est-il l'élément nécessaire d'une bonne justice, ou n'est-ce pas au contraire une institution d'origine féodale, qui ne se soutient comme tant d'autres que par l'empire de la coutume ? L'appel, supprimé sans inconvénient dans les procès criminels et dans les procès de la presse, là où, ce semble, il

---

<sup>1</sup> *Gerichts verfassung und Prozess des sinkenden Römischen Reichs*, Bonn, 1834.

serait nécessaire, puisque ce n'est point de trop de discuter à deux fois des questions où la liberté et la vie même sont en jeu, l'appel sera-t-il maintenu dans les procès civils, où son utilité est douteuse et son danger certain ? N'est-ce pas une voie judiciaire qui éternise les procès et frappe les tribunaux inférieurs d'un discrédit fatal ? Et n'introduit-elle pas la hiérarchie là où elle ne devrait jamais exister ? Si l'on veut que le magistrat soit respecté, il faut que sa sentence soit infaillible ; c'est une vérité parfaitement comprise autrefois par les Romains, de nos jours par les Anglais et les Américains.

Quelle que soit la solution, ces questions et d'autres encore seront prochainement soulevées, et si nous demandons alors à l'histoire des leçons, des conseils, une décision peut-être, Rome nous présentera le plus excellent modèle d'un pays libre, où le pouvoir judiciaire, organisé conformément au principe de la constitution, a atteint son plus parfait développement. Nous aurions mauvaise grâce à rejeter cet enseignement, car si l'imitation servile de l'antiquité a amené en politique des résultats absurdes ou désastreux, l'expérience des générations passées ne doit cependant pas être perdue pour nous, et pour ma part je suis convaincu qu'une observation patiente de l'antiquité, faite du point de vue tout nouveau où nous place notre condition politique et sociale, est l'étude la plus profitable que puisse faire tout homme que préoccupent les destinées du pays. Pour éclairer l'avenir, je ne sais pas de meilleur flambeau que le passé.

**V.** A Rome, les rois d'abord, puis après les rois, les consuls, puis enfin les préteurs eurent en partage l'administration de la justice ; mais encore bien que le préteur eût la principale charge de la juridiction, néanmoins les autres magistrats, tels que les consuls, les censeurs, les édiles, avaient également dans leurs attributions le droit de rendre la justice en certains cas déterminés. C'est qu'à Rome on ne distinguait pas, comme on fait chez les modernes, le pouvoir judiciaire du pouvoir administratif, et tout au contraire les Romains faisaient de la juridiction un attribut de la puissance administrative. Cette confusion de pouvoirs s'explique aisément dans une démocratie ; dans cette forme de gouvernement, point d'hiérarchie, point de subordination ; chaque magistrat est indépendant et souverain dans ses fonctions, sauf sa responsabilité devant le peuple. Établir un pouvoir judiciaire distinct du pouvoir administratif est une idée moderne et d'une application fort délicate, l'un de ces pouvoirs prenant nécessairement le dessus en certains points ; à Rome républicaine on n'eut jamais une telle pensée. Deux pouvoirs subordonnés eussent été considérés comme un danger pour la constitution dans une république où toute hiérarchie de pouvoirs était regardée comme un degré vers le pouvoir d'un seul.

**VI.** À l'origine, ces premiers magistrats terminaient probablement par eux-mêmes le différend porté devant eux sans renvoyer à un *judex* l'examen de l'affaire. Cicéron semble le dire ainsi, et Denys nous affirme que Servius fut le premier qui institua des *judices* pour les affaires civiles<sup>1</sup>. Mais sous la république il en fut autrement, et il faut avant tout se faire une nette idée de ce qu'était le magistrat romain. Le magistrat n'était point un juge ; il ne touchait point directement aux intérêts privés, c'était l'administrateur et le dispensateur de la justice. Devant lui comparaissaient les parties pour se choisir librement un juge et pour obtenir une *formula* qui fût pour ce juge une règle de conduite ; le magistrat consacrait le choix des parties et leur octroyait la formule ; mais là se

---

<sup>1</sup> CICÉRON, *Rep.*, V. 2. DENYS, IV, 25.

bornaient ses fonctions, là finissait la procédure *in jure* ; et l'instance nouvelle qui allait s'ouvrir, le *judicium*, n'était plus de son ressort. Dans cette sphère, le juge, sauf l'observation de la formule, était indépendant du magistrat<sup>1</sup>, car son pouvoir ; le juge le tenait plutôt du libre choix des parties que de la consécration du prêteur ; et son rôle était moins celui d'un officier public que celui d'un arbitre.

**VII.** Ce privilège de la liberté romaine, de n'être jugé que par un *judex* librement élu par les parties, était aussi ancien que la république, et il resta le caractère principal de l'organisation judiciaire longtemps après que la république eut cessé d'exister. En un seul cas la loi remettait la décision à un véritable tribunal, c'était lorsque la propriété quiritaire et par conséquent l'intérêt de l'Etat ; était en jeu ; c'étaient alors les centumvirs qui jugeaient ; mais ce tribunal offrait la plus sûre garantie d'indépendance, car les centumvirs étaient, nommés par les tribus,

Le juge ayant le caractère d'un arbitre, il n'y avait point d'appel de sa décision Il n'y avait point non plus d'appel du magistrat, car le magistrat n'avait point de supérieur. Cette mesure, qui nous est si familière, était tout à fait étrangère aux Romains et il ne faudrait pas confondre avec l'appel le *veto* par lequel un collègue du magistrat paralysait immédiatement l'instance introduite ; ce pouvoir rival empêchait la procédure, mais ne la réformait pas, car le tribun et le consul n'étaient point hiérarchiquement des magistrats supérieurs au prêteur de Rome ; et le prêteur avait également le droit de paralyser par son *veto* les décisions du consul. L'appel n'est possible que dans une forme de gouvernement où existe la hiérarchie des pouvoirs publics ; alors l'instance se porte du magistrat inférieur au magistrat supérieur, et en dernier ressort au souverain ; mais à Rome républicaine, tout magistrat étant un délégué immédiat du peuple souverain, se trouvait en vertu de cette délégation souverain dans ses attributions et indépendant dans son action. Chose remarquable, c'est dans une république que les pouvoirs publics sont les plus absolus et les plus durs, parce qu'ils agissent directement sur les administrés, sans qu'aucun rouage intermédiaire adoucisse leur énergique action ; le contre-poids de cette toute-puissance, c'est la courte durée des magistratures, l'indépendance et le *veto* des collègues, et enfin une énorme et facile responsabilité.

**VIII.** On peut considérer ce système d'organisation judiciaire sous le double point de vue politique et pratique.

Sous le premier point de vue, il est facile d'en saisir tous les avantages. Simplicité et économie des voies judiciaires ; bonne et prompte administration de la justice ; le magistrat mis hors d'état d'abuser de sa puissance, puisqu'il n'agit pas directement sur les intérêts privés ; le *judex* respecté par les parties qui l'ont élu, et par sa position indépendante mis à l'abri des influences qui circonviennent quelquefois un juge nommé par le gouvernement, placé par l'ambition sous la dépendance du maître, et dont l'obéissance aux caprices du pouvoir ou de l'opinion peut faire la fortune.

---

<sup>1</sup> CICÉRON, *pro Quint.*, c. 9. *Illud etiam restiterat, quod hesterno die fecerunt ut te (Aquilus le juge) in jus adducerent, ut nobis quamdiu diceremus, praestitueres, quam rem facile a praetore impetrassent nisi tu quod esset tuum jus et officium, partesque docuisses.*

Les Romains avaient si bien compris l'importance politique des fonctions de juge, qu'ils ne mettaient qu'au second rang la capacité scientifique. Rien de plus ordinaire qu'un *judex* homme du monde, étranger par son genre de vie aux débats judiciaires, et s'entourant, pour se décider, de conseils pris parmi les plus savants jurisconsultes<sup>1</sup>, ce qui, à une époque où cette importance politique ne pouvait plus être comprise<sup>2</sup>, faisait dire à Ammien Marcellin que les Barbares ne pouvaient assez se moquer de la coutume romaine, *quæ interdum facundos, jurisque publici peritissimos, post indoctorum collocat terga*<sup>3</sup>.

**IX.** Les Romains ne s'étaient pas contentés de la garantie qu'offrait aux citoyens le jugement d'un homme librement élu, indépendant par position, et qui cependant ne pouvait se considérer comme supérieur aux citoyens qui se présentaient devant lui, puisqu'il pouvait le lendemain être partie devant ceux qu'il jugeait aujourd'hui ; la législation avait limité de la façon la plus ingénieuse le pouvoir même du juge, pour qu'il lui fût à peu près impossible d'abuser de sa puissance d'un jour. La formule posait au *judex* les questions une par une, et il devait répondre en quelque façon, comme chez nous les jurés, par un OUI ou par un NON. De ces questions, les parties avaient soigneusement débattu les termes devant le préteur ; et tout ce qui pouvait aider, différer ou même paralyser l'action se trouvait compris dans cette instruction qui saisissait le juge d'un pouvoir exactement limité<sup>4</sup>. En outre, suivant le caractère de l'action, caractère défini par l'édit même, il était ordonné ou défendu au *judex* d'avoir égard à des considérations d'équité. Ainsi, les Romains avaient été beaucoup plus loin que nous dans la limitation de l'arbitraire du juge, limitation d'autant plus nécessaire que l'appel n'existait pas chez eux. Restreindre la puissance du juge sans détruire la liberté d'opinion nécessaire, c'est là une des tâches les plus difficiles que se puisse proposer un législateur, et si l'on veut examiner de près la construction des formules romaines, on s'apercevra bientôt qu'en aucun pays on n'a plus ingénieusement abordé cette question délicate.

**X.** Enfin, et ce point est ; remarquable, la propriété était chez les Romains une chose si sainte, un droit si sacré, que le jugement d'un particulier qui pouvait ruiner un citoyen ne pouvait le déposséder. Toute condamnation prononcée par un *judex* était pécuniaire, quel que fût l'objet de la demande ; et c'était en ne laissant au défendeur d'autre alternative que la restitution volontaire de la chose ou le paiement d'une somme exagérée à dessein, qu'on arrivait dans les demandes réelles au résultat désiré. Ainsi, le citoyen se jugeait et s'exécutait pour ainsi dire de lui-même, sans que la main du pouvoir apparût au milieu de ces intérêts privés, souvent plus puissants sur les hommes que les principes.

---

<sup>1</sup> Ovide, par exemple, fut *centumvir* et *judex*.

*Nec male commissæ est nobis fortuna reorum,  
Lisquæ decem decies inspicienda viris  
Res quoque privatas statui sine crimine judex.  
Tristes, II, 92 et sq.*

<sup>2</sup> Dans le procès de Quintius, Aquilius Gallus, le *judex*, a pris pour conseils trois jurisconsultes, M. Marcellus, P. Quintilius et L. Lucullus. — PLINÉ, *Ep.*, I, 20. *Frequenter egi, frequenter judicavi, frequenter in consilio fui.*

<sup>3</sup> AM. MARC., XXIII, in fin.

<sup>4</sup> L. 18, D., *Comm. divid.*, X, 3.

Si le défendeur ainsi condamné refusait d'obéir, alors commençait la procédure d'exécution ; mais là se retrouve ce même esprit jaloux de la démocratie romaine qui est le véritable esprit de liberté. Le magistrat assiste à l'exécution, mais ni lui ni ses officiers ne mettent la main sur la personne ou sur les biens du citoyen. C'est le demandeur qui exécute lui-même ; c'est lui qui saisit la personne du débiteur insolvable, sans que le magistrat sorte de son rôle passif ; et si plus tard le préteur introduit une exécution directe sur les biens, c'est bien plutôt dans l'intérêt du débiteur que dans celui du créancier.

**XI.** Tels étaient les avantages politiques de ce système ; les avantages pratiques n'étaient pas moindres. Le magistrat n'avait point à s'embarrasser de ces mille questions de fait et de détail qui obscurcissent pour les meilleurs yeux la vue des véritables principes, c'était là le métier du *judex* ; le rôle du préteur était plus élevé, le magistrat était presque un législateur. A lui, de s'élever au-dessus de la sphère des intérêts particuliers pour embrasser les questions générales. A lui de tenir toujours la législation au niveau des besoins du jour.

On n'a point assez réfléchi à ce qu'était l'édit du préteur et à l'influence que la procédure exerçait sur le droit civil. Chez les peuples modernes, hormis les Anglais, les lois civiles sont directement modifiées ; chez les Romains, c'était indirectement et par la procédure qu'on modifiait le droit civil ; là forme finissait par emporter le fond, et ce n'était pas une exagération, mais la simple expression d'un fait, quand les jurisconsultes nommaient le préteur l'interprète et la vive voix du droit civil.

Cette modification si lente et si pénible de la législation, ces droits reconnus par le jus civile, mais inertes et sans valeur, parce que le préteur refuse de leur donner la vie juridique ; toute cette, complication de formalités qui nous sont étrangères, ont fait considérer la procédure romaine comme une institution vieillie et dont l'étude ne peut être d'aucune utilité. Il n'est cependant pas sans intérêt de considérer la manière dont les Romains envisageaient le développement des institutions civiles. La différence tranchée qui se montre entre leur doctrine et la nôtre agrandira certainement les idées un peu étroites que nous nous faisons sur la nécessité absolue de la codification. Nous verrons, par l'exemple des Romains, que l'intervention du législateur n'est pas toujours aussi indispensable qu'on le suppose, et que le droit civil peut souvent naître et se développer en dehors d'une protection quelquefois dangereuse.

**XII.** L'amélioration des lois civiles est une des grandes difficultés de notre époque, nous en voyons l'exemple par le Code, législation remarquable, mais qui demande aujourd'hui certaines modifications devant lesquelles chacun recule, comme si une peine inconnue devait sécher la main téméraire qui osera toucher l'Arche sainte. Le grave inconvénient des Codes, c'est qu'une fois ces grands monuments établis, on ajourne par un pieux respect les modifications jusqu'au moment où elles deviennent inévitables, et qu'alors on réforme la législation tout entière par un à-coup terrible qui bouleverse toute la jurisprudence ; il faut ensuite de longues années pour que cette jurisprudence s'asseye solidement, et quand elle commence de s'assurer, des réformes nouvelles se présentent, qu'on écarte avec terreur pour ne point se rejeter dans les innovations ; les Romains avaient paré à cet inconvénient, leur législation civile se modifiait progressivement, pièce à pièce, et à mesure seulement que le besoin se faisait

sentir. Le, changement était pour ainsi dire insensible, jusqu'à ce que, plusieurs années écoulées, on s'aperçût de la marche qu'on avait faite par l'éloignement du point de départ. Tout le mouvement législatif se faisait par l'édit que le préteur établissait à son entrée en charge ; c'était pour ainsi dire le code de l'année. Je n'ai pas besoin de dire que l'édit n'établissait point chaque année une législation nouvelle ; une pareille instabilité est aussi contraire à l'esprit d'une république qu'à celui d'une monarchie, et jamais législation n'a été plus constante et moins sujette à des variations de principes que la législation romaine ; au contraire, il y avait un fonds commun de législation qui, emprunté des édits anciens, faisait la plus grande part de l'édit nouveau<sup>1</sup> ; mais en même temps le préteur s'occupait d'introduire des formes nouvelles pour régulariser, en leur donnant la vie juridique, des usages devenus généraux et méritant à ce titre la consécration de la loi, d'écarter des rigueurs qui n'étaient plus dans les mœurs et qui s'opposaient à ce développement considérable que Rome devait prendre en peu de temps. Et ces réformes progressives, le préteur les introduisait de la façon la plus régulière, en s'attaquant seulement aux procédures, la partie du droit civil qui peut le plus facilement varier sans troubler la jurisprudence. C'était en accordant des exceptions (*exceptiones, præscriptiones*), qui paralysaient l'action rigoureuse (*iniqua*) du *jus civile*, en admettant l'existence de circonstances qui n'avaient point existé (*fictiones*) pour mettre l'une des parties dans la position et les conditions voulues par le *jus civile*, alors que ces conditions n'existaient pas, en un mot, c'était par des moyens de procédure, qui tournaient le droit civil sans le contrarier directement, qu'on introduisait la vie dans cette législation en apparence immobile. Du reste, et ceci est bien remarquable, le droit civil se trouvait ainsi placé en dehors des orages de la vie publique ; les discussions des comices ou du sénat ne menaçaient point de bouleverser les intérêts privés pour satisfaire de misérables intérêts de parti ; et au milieu d'une république agitée et changeante, l'édit, se prêtant à toutes les variations des mœurs et du gouvernement, tint toujours, sans secousse, sans ébranlement, le droit civil au niveau du droit politique.

**XIII.** Cette organisation dut nécessairement changer au renversement de la république ; quand, suivant la belle expression de Gunther, l'empire devint la maison d'Auguste, et l'administration de l'État, celle d'un patrimoine, il fallut bien qu'Octave, seul saisi du souverain pouvoir, devînt aussi souverain juge. Reste seulement à dire à quel nom, sous quelle forme le fourbe s'attribua ce droit. On sait qu'Auguste s'empara de la souveraineté, non point violemment et en dictateur, comme César, mais en politique consommé, sans vouloir ni titre ni fonctions jusqu'alors inconnues, ni rien de ce qui pouvait sentir la tyrannie. Son seul moyen fut de réunir dans ses mains avaries les diverses magistratures de la république, et dès lors il fut le maître absolu. Dans les républiques, en effet, il n'y a point de pouvoirs intermédiaires ; partant, il n'y a point, comme dans les monarchies, de transition d'une extrême liberté à une extrême servitude. Les différentes magistratures de Rome, toutes souveraines, toutes indépendantes, se contrebalançaient par cette mutuelle souveraineté ; mais quand Auguste les eut toutes réunies sans contrepoids, sans responsabilité, tout fut perdu avec l'apparence de la liberté, tout alla au despote, imperator, tribun, consul, princeps, censeur, maître de l'armée, du sénat, des provinces et du trésor. La puissance tribunitienne lui donna le suprême pouvoir judiciaire. Ce vieux nom de

---

<sup>1</sup> CICÉRON, *ad Att.*, VI, 1.

tribun servit, sous le masque de liberté et de défense des droits populaires, à l'introduction d'une puissance nouvelle et absolue. L'empereur eut, comme les tribuns, le droit d'intercéder, c'est-à-dire d'arrêter le cours de la justice ; mais ce droit ne fut plus limité à un mille autour de la ville, et (en ce point surtout fut la révolution) l'empereur eut le droit de substituer un nouveau jugement au jugement attaqué. Pour les provinces, la puissance proconsulaire fut à l'empereur le titre de souveraine juridiction, en vertu de laquelle il reçut les appels.

Ainsi s'établit en la personne de l'empereur un tribunal suprême, et ce ne fut pas seulement par des appels, devenus une voie de droit ordinaire, mais encore par des rescrits rendus dans le cabinet sur les requêtes des parties ou les référés des magistrats, que l'empereur exerça une influence régulière sur l'administration de la justice.

**XIV.** Du reste, à part cette révolution politique qui dépouilla les magistratures républicaines de leur indépendance et les jeta sous la puissance supérieure de l'empereur, il n'y eut point en apparence de changements essentiels. Les formes républicaines persistèrent longtemps sous l'empire, et avec ces formes, sinon la liberté politique, du moins la liberté civile. A Rome, par exemple, l'instance civile continua de s'engager devant le préteur, et la *judicis datio*, non seulement se maintint, mais elle s'organisa même d'une manière plus complète et, sous le point de vue pratique, plus satisfaisante. Mais elle perdit son caractère politique, et ce fut sur une liste spéciale et à la disposition du pouvoir qu'il fallut prendre le *judex*. L'importance politique de la préture s'affaiblit également par la multiplication des magistrats et la fixation plus étroite de leurs attributions.

Peu à peu l'esprit nouveau se fit jour dans l'organisation des magistratures, et à côté des préteurs et des consuls on vit s'élever des officiers impériaux, dont la puissance étouffa la préture et le consulat. Ces officiers furent le préfet de la ville et le préfet du prétoire. Le préfet de la ville fut, dès sa création, chargé de recevoir les appels<sup>1</sup> ; ce fut lui également qui, chargé de la police de la ville, comme autrefois les édiles, reçut les plaintes des patrons contre leurs affranchis, des esclaves contre leurs maîtres, donna les interdits quand il y avait voie de fait, et surveilla les argentiers, les marchés, les corporations<sup>2</sup>.

Quant au préfet du prétoire, sa place n'avait point été créée dans un but de justice ni d'administration. Auguste, suivant son système de chercher en dehors de l'aristocratie romaine des appuis pour la forme nouvelle de son gouvernement, avait choisi deux chevaliers pour chefs des prétoriens et de tous les soldats de l'Italie ; Séjan agrandit cette puissance dans des vues d'ambition personnelle. Un seul chef commanda, non plus seulement les troupes du palais, mais toutes les armées avec le titre de préfet du prétoire. Cette dignité, encore unique sous Claude, fut ensuite partagée. C'était, comme la préfecture de la ville, une magistrature perpétuelle, révocable néanmoins au gré de l'empereur. Cet office, d'abord purement militaire, grandit si rapidement, qu'à l'époque d'Alexandre Sévère, le préfet était après l'empereur le premier personnage de l'État, Ἀρχὴ δεῦτερα μετὰ τὰ σκήπτρα, dit Zozime ; il avait alors la juridiction criminelle et la pleine-juridiction civile. C'était un maire du palais, héritier toujours prêt de ces empereurs qui disparaissaient si promptement du trône.

---

<sup>1</sup> SUÉT., *Oct.*, 37, l. 1, § 4. D. de *Off. Præf. urb.*, I, 12.

<sup>2</sup> L. 2. D., *ibid.*

L'agrandissement des préfets du prétoire ruina rapidement l'importance des magistratures républicaines ; il y avait dix-huit préteurs sous le règne d'Alexandre Sévère<sup>1</sup> ; il n'y en avait plus que trois sous le règne de Valentinien<sup>2</sup> ; encore toutes leurs fonctions se réduisaient-elles à la direction des jeux. Ils étaient obligés de contribuer pour une part considérable à ces spectacles dont le luxe augmentait tous les jours, si bien que dans les derniers temps nommer quelqu'un préteur, c'était le ruiner<sup>3</sup>.

**XV.** Le changement fut plus considérable encore dans les municipalités d'Italie que dans le reste de l'empire. Ces municipalités vigoureuses, qui, dans les guerres sociales, vaincues en apparence, avaient fini cependant par triompher de la métropole, étaient trop puissantes pour ne pas porter ombrage au despotisme. Il fallait d'ailleurs niveler l'empire pour confondre tous les habitants dans l'égalité de la servitude, et le grand moyen pour parvenir à ce but, c'était d'empêcher la libre administration de la justice, dernière mais toute-puissante garantie.

Cette révolution, préparée par Tibère, ce fut Adrien qui l'acheva quand il remit l'administration de l'Italie à quatre consulaires ; dès lors, en ce qui concerne l'administration de la justice, la distinction de l'Italie et des provinces ne fut plus que nominale. Chacun de ces *consulares* ayant, comme le gouverneur dans sa province, pleine juridiction, la juridiction illimitée du magistrat municipal fut contrainte de s'effacer devant cette puissance nouvelle. La compétence de ces magistrats municipaux fut singulièrement réduite, l'*imperium* leur fut enlevé, et dans ces limites étroites leurs jugements furent encore soumis à l'appel du préteur de Rome ou du *juridicus*, qui avait remplacé le consulaire.

Dans les provinces où il n'y avait point de liberté politique à détruire, le changement le plus sensible fut l'introduction de l'appel, qui fut sans doute un bienfait pour les provinciaux. Ainsi dans tout l'empire s'établit ce système de centralisation et de subordination de pouvoir qui devait aboutir à la monarchie despotique de Dioclétien. La hiérarchie de l'appel centralisa la justice, comme la hiérarchie des magistrats avait centralisé l'administration.

**XVI.** Les officiers impériaux apportèrent dans l'administration de la justice un esprit nouveau qui n'était pas, on le pense bien, celui de la république ; le vieil esprit romain était débordé à la fois et par le nouvel esprit du gouvernement et par l'influence immense des provinces et surtout du monde oriental ; tous ces empereurs, dont quelques-uns ne mirent pas même le pied à Rome, étrangers aux idées romaines, bouleversèrent par leurs rescrits une législation qu'ils ne comprenaient plus ; l'administration de la justice eut le contrecoup de ces changements. La *judicis datio* s'était maintenue lors de l'établissement de l'empire, car, hormis l'indépendance du préteur, rien n'avait été changé dans l'organisation judiciaire. D'ailleurs il eût été impossible de toucher à cette institution sans tout renverser ; comment un aussi petit nombre de préteurs et de gouverneurs de provinces auraient-ils pu, sans le secours de *judices*, répondre à toutes les demandes de leurs nombreux administrés ?

---

<sup>1</sup> L. 2, § 32, de O. J.

<sup>2</sup> L. 2. C., de Off. præf.

<sup>3</sup> Boeth., *consol., phil.*, III, 4.

Mais, en perdant son caractère politique, cette institution s'altéra rapidement ; le *judex* n'étant plus qu'un officier judiciaire subalterne, dont la nomination allongeait les procédures, le magistrat connu directement (*extra ordinem*) du litige toutes les fois qu'on voulut une solution rapide ou que la nature de l'affaire fit désirer que le magistrat se chargeât de la décision. La compétence directe du magistrat s'accrut ainsi de jour en jour au préjudice du *judex*, jusqu'à ce qu'enfin Dioclétien abolit l'ancien système, déjà presque anéanti<sup>1</sup>.

**XVII.** Ce changement fut l'effet inévitable de la révolution qui avait changé la face de l'État. Cette institution, seule demeurée debout des formes républicaines, n'était plus compatible avec l'esprit du gouvernement despotique, qui remettait tous les pouvoirs entre les mains des officiers de l'empereur. D'autre part, avec la chute des institutions libérales, surtout avec la ruine de l'administration municipale, s'était évanoui cet esprit civique sans lequel un juge privé est plus dangereux qu'un juge choisi par le pouvoir, car avec la même dépendance il a de moins cette capacité et cet esprit de suite que donne l'exercice d'une fonction publique. Ce qui dans un pays libre fait paraître la fonction de juge un honneur et, rend capable de la remplir, c'est l'habitude de la vie publique et le désir de mériter l'estime de ses concitoyens, qui ont les yeux sur vous ; mais ôtez ce noble stimulant, la fonction de juge n'est plus qu'une charge lourde et sans compensation. Aussi nul doute qu'aux derniers temps de l'empire on ne cherchât à fuir ce fardeau pénible et que la fonction ne fût si mal remplie par ceux qu'on y obligeait que ce fut certainement un bienfait pour les justiciables lorsque vers la fin du troisième siècle un décret de Dioclétien transféra aux officiers impériaux les fonctions du juge. D'ailleurs on pouvait alors se passer de *judex* : la séparation du pouvoir militaire et du pouvoir administratif, la division des provinces, la multiplication des officiers, l'établissement dans les cités de juges spéciaux pour une foule d'affaires peu importantes, l'augmentation des officiers de justice subalternes, mille changements, avaient rendu possible de remettre les fonctions de juge à ces magistrats nouveaux, qui ne ressemblaient plus même de nom aux magistrats d'autrefois.

**XVIII.** Du reste, ce n'est jamais impunément que la liberté se retire d'un empire. Quand la justice fut enfermée dans le cabinet étroit du magistrat et qu'un rideau vint même souvent soustraire le juge aux yeux des assistants, comme si la justice n'était pas l'intérêt commun de tous, le juge devint un fonctionnaire subalterne et si petit fonctionnaire qu'il fut défendu aux personnes en dignité de comparaître devant lui. Méprisé du pouvoir, le juge, sans considération, en vint à se mépriser lui-même, et n'étant plus sous le regard du public, n'ayant point l'honneur pour salaire, il se mit à se payer par ses mains ; la justice devint tout à fait vénale, et les frais de justice, les *sportulæ*, ce mal inconnu jusqu'alors, furent exigés avec une insatiable rapacité. Ainsi se manifesta dans l'administration de la justice ce détestable caractère de vénalité qui tache les autres institutions du Bas-Empire, et l'arbitraire du juge fut aussi grand dans l'application du droit que l'arbitraire de l'empereur dans la confection des lois. En même temps disparut ce principe de l'ancien droit, que le magistrat ne doit point agir par voie de contrainte directe, mais seulement autoriser l'action du créancier ; tout au contraire, la main du magistrat paraît, partout : ce

---

<sup>1</sup> L. 1, C., de *Pedan. Jud.*, III, 3.

sont ses officiers qui font l'assignation, c'est lui qui exécute par la main des soldats ; en un mot, partout et toujours se manifeste sa coûteuse protection.

**XIX.** Ainsi dans la législation, dans l'administration de la justice, comme dans les autres institutions, se révèle la décadence morale de l'époque, et les rescrits impériaux accusent autant l'arbitraire et l'injustice des magistrats provinciaux que l'impatience ou la cupidité de ceux qui se plaignent. On reconnaît néanmoins de nobles efforts du gouvernement pour la justice ; il y a toute une série de constitutions de Constantin pleine de généreux sentiments ; mais on sent à la violence des menaces l'impuissance de les mettre à exécution. Tout aussi inutilement Justinien essaie-t-il de s'appuyer sur la sanction des idées religieuses<sup>1</sup> : ce sont des remèdes violons appliqués sans espoir à une incurable maladie<sup>2</sup>. *Nos tamen, dit Gunther, frustra temporibus aut principibus irascemur. Habent enim omnia magna imperia ortus suos et occasus et conversiones quasdam naturales quibus nulla cautio mederi potest. Ut ætate defecti homines cibos non capiunt quibus alantur, sed arte quadam illorum vita protrahitur, quæ paulo momento naturæ defectu evanescit.* Je n'admets point cette patience philosophique de Gunther, mais l'étude de ces temps misérables a aussi son importance et son utilité. Quelque affreux que puisse être le spectacle de ces maladies de l'humanité, le médecin empêche son cœur de se révolter, et il interroge même le mal avec une anxiété curieuse, car dans ces souffrances du passé il y a une leçon et peut-être un remède pour l'avenir.

---

<sup>1</sup> L. 2, pr. § 8. C., *de Jud.*, II, 59 ; l. 13, 4 ; l. 14, pr. C., *de Jud.*, III, 1. NOV. 90, c. 9, fin.

<sup>2</sup> *De Offic. dom. aug.*, I, 27.

## CHAPITRE PREMIER. — Magistrats et Juges.

A l'origine, la juridiction ne formait point une branche séparée d'administration ; comme chez tous les peuples, de l'antiquité, elle était aux mains du roi<sup>1</sup>, chef dans la paix et dans la guerre ; plus tard, elle appartient aux consuls, qui héritèrent de toutes les prérogatives royales<sup>2</sup>.

Quand il fut impossible aux consuls, retenus, par des guerres lointaines, de songer à l'administration de la justice, on établit dans ce but une magistrature spéciale, la préture<sup>3</sup>. Les édiles, comme magistrats de police, eurent une juridiction particulière sur les ventes publiques, sur les poids et mesures et autres telles sortes de choses<sup>4</sup> ; mais cette compétence n'était point exclusive, et quand les édiles étaient empêchés, le préteur rendait la justice à leur place<sup>5</sup>.

Le magistrat devant lequel on portait une affaire litigieuse n'avait pas à s'occuper de toutes les procédures auxquelles cette affaire devait donner lieu ; il déterminait simplement le point de droit qui devait faire la loi du litige ; quant à l'examen du fait, il en chargeait quelqu'un des juges privés qu'il avait à sa disposition<sup>6</sup>. On peut douter qu'il y ait eu des *judices privati* au temps des rois<sup>7</sup> ; mais les premières notions un peu exactes que nous possédions sur la procédure romaine supposent l'existence de cette institution ; c'est d'ailleurs la seule manière de comprendre comment un si petit nombre de magistrats pouvait suffire à l'administration de la justice.

L'objet de la demande influait sur le choix du juge en certains cas on ne nommait qu'un seul *judex* ; en d'autres c'étaient des *recuperatores* qui jugeaient<sup>8</sup>. Ces juges (nommés *arbitri* en certaines circonstances<sup>9</sup>) étaient à l'origine pris parmi les sénateurs presque exclusivement<sup>10</sup>. Tenir dans ses mains les intérêts privés, c'était un moyen de puissance trop réel pour que l'aristocratie romaine le négligeât. Plus tard, par suite de changements dont Caius Gracchus donna le premier exemple<sup>11</sup>, le préteur de la ville<sup>12</sup> fut chargé de dresser tous les ans une liste qui comprenait un certain nombre de juges<sup>13</sup> choisis<sup>1</sup> parmi les citoyens à

---

<sup>1</sup> DENYS D'HAL., II, 14 ; IV, 41. CICÉRON, *de Rep.*, V, 2.

<sup>2</sup> DENYS, X, 1 ; ch. 19, *ibid.* LIVIUS, II, 27. De là vient que les consuls portaient aussi le nom de *judices*. LIVIUS, III, 55. VARRO, *de Ling. lat.*, V, 9 (éd. Bip.). CICÉRON, *de Legib.*, III, 3. — Les tribuns et les édiles, choisis comme arbitres amiables, décidaient ordinairement les causes des plébéiens. LYDUS, *de Magist.*, I, 38, 44. DENYS, VI, 90. VII, 58.

<sup>3</sup> CICÉRON, *de Leg.*, III, 3. — L. 2, § 27. *de Orig. jur.* D. I, 2. LYDUS, *de Magist.*, I, 38, 45, nous a fourni la date exacte de la création du *prætor peregrinus* ; ce fut en l'an 507 de Rome.

<sup>4</sup> L. 2, § 34, *de Orig. jur.* D. I, 2. L. 1, § 1. D. XXI, 1. — L. 63, *ibid.* — L. 13, § 8, *Locat. cond.* D. XIX, 2.

<sup>5</sup> DIO CASSIUS, LIII, 2.

<sup>6</sup> Ces juges du fait se nommaient *judices*. VARRO, *de Ling. lat.*, V, 7.

<sup>7</sup> CIC., *de Rep.*, V, 2 (*sup.*, n. 1). DENYS, IV, 25.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 104, 105, 109. *Inf.*, n. 70.

<sup>9</sup> CIC., *pro Murena*, XII. — *Pro Rosc. comæd.*, c. 9. — *Pro Rosc. Amerin.*, c. 39. — GAIUS, IV, 163, 165. — FESTUS, *Arbiter, Taxat.* — De là l'expression *judex arbiterve* dans la Loi des XII Tables (A. GELL., XX, 1) et la formule *judicem arbitrumve postulo*. On trouve aussi dans les *notæ* de Valerius Probus, *T. J. A. V. P. U. D. (Tempore judicem arbitrumve postulo ut des.)*

<sup>10</sup> POLYB., VI, 17. PLAUT., *Rudens*, III, 4, v. 7, 8.

<sup>11</sup> Voyez sur ces modifications politiques l'Histoire de la constitution romaine de WALTER, chap. 23.

<sup>12</sup> CIC., *pro Cluent.*, c. 43.

<sup>13</sup> CIC., *ad Famil.*, VIII, 8, cite un sénatus-consulte d'où semble résulter que cette liste de *judices* comprenait trois cents noms ; VELL. PAT., II, 76, PLUT., *Pomp.*, c. 55, font monter cette liste à trois

qui la loi donnait capacité d'exercer cette importante fonction. Le nom de ces *judices selecti* était publié en caractères noirs sur un tableau blanchi (*album*)<sup>2</sup>. Depuis la loi Aurelia, cet album fut divisé en trois décuries, distinguées chacune par un nom différent<sup>3</sup>. Auguste porta le nombre de ces décuries à quatre, Caligula l'éleva jusqu'à cinq<sup>4</sup>. Était-ce bien les juges des affaires civiles que comprenaient ces listes ? Cela n'est pas douteux, au moins depuis le règne d'Auguste<sup>5</sup>. La fonction de juge était un service d'intérêt public qu'on ne pouvait refuser<sup>6</sup>. Il y avait dix reste certaines incapacités<sup>7</sup> comme aussi certaines excuses<sup>8</sup> qui écartaient cette charge civique ; une des excuses principales était le privilège de la paternité<sup>9</sup>. Les empereurs, en vertu de leur puissance censoriale, avaient la surveillance des listes<sup>10</sup>.

A Rome il y avait pour l'administration de la justice des sessions d'été<sup>11</sup> et des sessions d'hiver<sup>12</sup>. Dans les provinces, l'époque des réunions dépendait de celle du *conventus*. Le juge qui manquait à l'appel de son nom<sup>13</sup> était puni d'une amende<sup>14</sup>.

En chaque litige, le choix du *judex* avait lieu de l'accord des deux parties<sup>15</sup> soit qu'elles demandassent le jugé nominativement<sup>16</sup>, soit qu'elles ne récusassent pas celui que leur donnait le magistrat<sup>17</sup>. Ce libre choix, du juge était considéré comme une des plus sûres garanties de la liberté : *Neminem, dit Cicéron, voluerunt majores nostri, non modo de æstimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset*<sup>18</sup>. Le juge ainsi désigné prêtait serment de remplir consciencieusement sa charge<sup>19</sup>. Il lui était du reste permis de s'entourer d'un ou

---

cent soixante noms ; CICÉRON, *ad Att.*, VIII, 16, dit que les *judices* sont au nombre de huit cent cinquante. Depuis le règne d'Auguste les listes comprirent environ quatre mille noms. PLINE, *Hist. nat.*, XXXIII, 7.

<sup>1</sup> De là le nom de *judices selecti*, ou de *selecti* simplement. HORAT., *sat.*, I, 4, v. 123. ORELLI, *Inscr.*, n° 3755, 3899. — Dans les procès où figurait un *peregrinus*, il pouvait arriver que le *judex* ne fût pas pris sur l'album et fût lui-même un simple *peregrinus*, GAIUS, IV, 105.

<sup>2</sup> L. *Servilia*, c. 6, 7. SUÉTONE, *Claude*, XVI. PLINE, *Hist. nat. præf.*, font mention de cet *album judicum*, ainsi que SÉNÈQUE, *de Beneficiis*, III, 7, § 6.

<sup>3</sup> PLINE, *Hist. nat.*, XXXIII, 7 (*sup.*, note 13).

<sup>4</sup> Les inscriptions font souvent mention des quatre et des cinq décuries. ORELLI, *Inscr.*, n° 3155, 3156, 3877, 3899.

<sup>5</sup> C'est ce qui résulte de SUET., *Octav.*, c. 32. — SENECA., *de Benef.*, III, 7. — GELLIUS, XIV, 2. Pour les temps antérieurs ce qui fait quelque difficulté, c'est qu'à une époque où la loi Sempronia excluait les sénateurs, il est fait mention d'un consulaire comme *judex*. CICÉRON, *de Offic.*, III, 19 ; et, d'autre part, il est fait mention d'un chevalier comme *judex* à une époque où les lois de Sylla n'admettaient que les sénateurs à cette fonction. CICÉRON, *pro Roscio com.*, c. 14.

<sup>6</sup> L. 13, § 2, D. L. 5. § 3. — L. 18, § 14. D. L. 4.

<sup>7</sup> L. 12, § 2, *de Judicis*, D. V, 1. § 3. — *Fragm. Vatic.*, § 194.

<sup>8</sup> L. 6, § S. D. *de Excus.*, XXVII, 1.

<sup>9</sup> SUÉTONE, *Claude*, 15. — L. 1. pr. D. *de Vacat.*, XXV ; 5. — *Frag. Vat.*, § 107.

<sup>10</sup> PLINE, *Hist. nat.*, XXIX, 8. — SUET., *Claude*, 15, 16. — *Domit.*, c. 8.

<sup>11</sup> Ce temps de session se nommait *rerum actus*. SUET., *Octav.*, 32. — PLINE, *Ep.* GAIUS, II, 279.

<sup>12</sup> SUET., *Claude*, 20.

<sup>13</sup> Faire cet appel se nommait *citare judices*. CIC., *Phil.*, V, 5. — PLINE, *Epist.*, X, 66.

<sup>14</sup> PLINE, *Ep.*, VI, 29.

<sup>15</sup> De là l'expression *sumere judicem*. CIC., *pro Flacco*, 21 ; *pro Quint.*, 8.

<sup>16</sup> QUINTILIEN, *Inst. orator.*, V, 6. — L. 80, D. *de Judic.* V, 1. CICÉRON, *de Orat.*, II, 70 ; *Pro Rosc. comæd.*, 15.

<sup>17</sup> Le droit de récusation se disait *rejecere*, *ejerare*. CICÉRON, *in Verr.*, II, 12. PLINE, *Panegeric.*, 36.

<sup>18</sup> CICÉRON, *pro Cluentio*, c. 43.

<sup>19</sup> CICÉRON, *de offic.*, III, 10. 1. 14, pr. C. ; *de Judic.*, III, 1.

de plusieurs conseils<sup>1</sup> et ces conseils étaient d'ordinaire des jurisconsultes qui l'éclairaient sur la question de droit<sup>2</sup>.

Il semble que les *recuperatores* fussent chargés de juger les affaires dont l'État désirait la prompte décision<sup>3</sup>. Leur nomination se faisait immédiatement<sup>4</sup> et il n'était pas nécessaire de les prendre sur les listes judiciaires<sup>5</sup>. On en nommait toujours plusieurs pour une seule affaire<sup>6</sup>. Le magistrat les proposait ; les parties avaient le droit de récusation<sup>7</sup>. Peut-être à l'origine les *recuperatores* étaient-ils ces juges qui dans les premiers temps de Rome connaissaient des délits les moins importants<sup>8</sup>. Du reste il est remarquable qu'on donne aussi ce nom de *recuperatores* aux juges nommés en vertu des traités pour décider les contestations survenues entre Rome et une nation alliée, ou entre les sujets de ces deux puissances<sup>9</sup>. Dans les contestations qui s'élevaient entre des nations dépendantes, il va de soi que ces récupérateurs étaient nommés par le sénat tin par le général en chef<sup>10</sup>.

A côté de ces juges, nommés chacun pour une seule affaire, il existait un tribunal permanent je veux parler des Centumvirs<sup>11</sup>. A l'époque où il y avait trente-cinq tribus, chaque tribu fournissait à ce tribunal trois juges, nommés vraisemblablement par le préteur. Plus tard le nombre des centumvirs s'éleva jusqu'à cent quatre-vingts au moins<sup>12</sup>. Ces juges se partageaient en quatre conseils, ou sénats<sup>13</sup>, qui, siégeant soit au Forum, soit dans une basilique, formaient autant de tribunaux distincts<sup>14</sup>. Il y avait certaines affaires qui se portaient successivement à deux conseils<sup>15</sup> et d'autres qui se traitaient devant les quatre conseils réunis et néanmoins jugeant chacun séparément<sup>16</sup>. Le président de ces tribunaux réunis était un préteur<sup>17</sup> ; mais les questeurs sortant d'exercice étaient aussi chargés de la direction des affaires jusqu'à l'époque où

---

<sup>1</sup> C'est ce qui nous explique pourquoi en plusieurs de ses plaidoiries Cicéron s'adresse aux *judices*, *Pro Quintio*, c. 1, 2, c. 2, c. 6, c. 10, c. 30, *ibid.* — *In Verr.*, II, 2, 29. — SUET., *Tiber.*, 33. *Domit.*, 8 — GELLIUS, XII, 13.

<sup>2</sup> GELL., XII, 13. — AM. MARC., XXIII, *in fin.*

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 185. CICÉRON, *Divinat.*, 17. VAL. PROB.

<sup>4</sup> PLINE, *Ep.*, III, 20.

<sup>5</sup> *Arg.* LIV. XLIII, 2. Dès qu'on astreignait expressément le préteur à choisir parmi l'*ordo senatorius*, il est évident qu'il n'y était pas obligé dans le passé.

<sup>6</sup> *Recuperatores sunt*. GAIUS, IV, 46. Souvent aussi Gaius oppose les *judicia recuperatoria* aux *judicia sub uno iudice*, GAIUS, IV, 105, 109.

<sup>7</sup> Cela résulte (mais sans qu'on puisse conclure plus avant) de différents passages des *Verrines*, II ; (3) 13 ; III (4) 2, 13, 59, 60 ; V (6) 54.

<sup>8</sup> DENYS, II, 14, 29. C'est ce que semble dire aussi GELLIUS, XX, 1.

<sup>9</sup> FESTUS. — *Plebisc. de Thermens.*, col. II, lin. 35-44.

<sup>10</sup> LIVIUS, XXVI, 48 ; XLIII, 2.

<sup>11</sup> QUINTILIEN, *Inst. orat.*, V, 10, oppose les centumvirs comme tribunal public au *iudex privatus*. PLINE, *Ep.*, VI, 33.

<sup>12</sup> FESTUS. — VARRO, *de Re rust.*, II, 1. — PLINE, *Ep.*, VI, 33. On ne peut conclure de ce passage qu'il n'y avait pas un plus grand nombre de centumvirs ; car il n'est ici question que des juges siégeant.

<sup>13</sup> VAL. MAX., VII, 7, 1. QUINTILIEN, *Inst. orat.*, XII, 5, § 6.

<sup>14</sup> *Arg.* PLINE, *Ep.*, II, 14.

<sup>15</sup> QUINTILIEN, *Inst. orat.*, V, 2, § 1 ; XI, 1, § 78, les nomme *centumvitalia duplicia iudicia*, et *duæ hastæ*.

<sup>16</sup> PLINE, *Ep.*, VI, 33. — QUINTILIEN, *Inst. orat.*, XII, 5, § 6. — La procédure portée devant ce tribunal était dite quadruple, *quadruplex iudicium*. PLINE, *Ep.*, I, 18 ; IV, 24. *Ibid.*, VI, 33. — L. 10, pr., D. *de Inoff.*, V, 2. — L. 76, *de Leg.*, II, D. XXXI.

<sup>17</sup> PLINE, *Ep.*, V, 21.

Octave transporta cette fonction aux décevirs dont nous parlerons tout à l'heure<sup>1</sup>.

Quant à la compétence des centumvirs, son objet principal, c'étaient les questions qui concernaient la propriété quiritaire ou, ce qui n'est qu'une conséquence naturelle, les successions ; c'est ce que nous apprennent une énumération célèbre de Cicéron<sup>2</sup> et les exemples que nous possédons ; c'est ce qu'indiquait également la lance, symbole de la propriété quiritaire, toujours dressée devant le tribunal<sup>3</sup>.

A la différence des juges privés, les centumvirs jugeaient le droit comme le fait<sup>4</sup>, ce qui nous explique l'importance et l'influence des *præjudicia* que rendaient ces juges<sup>5</sup>.

L'origine de ce tribunal est du reste fort obscure. Le rapport intime de la propriété quiritaire et du cens donne beaucoup de vraisemblance à l'opinion qui attribue à Servius Tullius l'établissement des centumvirs<sup>6</sup> ; mais il ne faut pas néanmoins voir dans ce tribunal une institution plébéienne<sup>7</sup>, car le mode de nomination des centumvirs par les tribus, qui pourrait conduire à cette supposition, ne peut pas remonter plus haut que les Douze Tables. Sous la république, le tribunal centumviral conserva toute son importance ; c'est ce que prouvent la gravité des questions qui se débattaient devant lui, la forme antique de ses procédures<sup>8</sup> et les plaidoiries célèbres qui dès avant Cicéron se prononcèrent devant les centumvirs<sup>9</sup>. Il est vrai qu'alors les orateurs en réputation parlaient plus volontiers et plus souvent devant le peuple et les *judices* que devant un tribunal où ne s'agitaient que des questions d'intérêt privé ; mais plus tard, quand la grande éloquence fut morte avec la république, de fut devant les centumvirs que se développa, cette, éloquence précieuse et dégénérée, qui n'avait plus pour s'alimenter l'énergie de la vie publique<sup>10</sup>. Jusqu'à quelle époque se maintint ce tribunal est chose fort incertaine. Il est possible qu'il ait duré jusqu'à la chute de l'empire d'Occident.

Enfin il faut nommer ici les *decemviri stlitibus judicandis*, dont l'institution doit remonter à la même époque que celle des *triumvirs capitales*, c'est-à-dire vers l'année 463<sup>11</sup>. Il est possible néanmoins que les, décevirs existassent déjà comme magistrature plébéienne<sup>12</sup> et qu'on leur ait seulement donné alors une destination nouvelle. Leurs attributions sont très peu connues. Cicéron nous

---

<sup>1</sup> SUÉT., *Octav.*, c. 36. — PLINE, *Ep.*, V, 21. — DIO CASS., LIV, 26.

<sup>2</sup> CIC., *de Orat.*, I, 38. *Ep. ad Fam.*, VII, 32. *Pro Mil.*, c. 21.

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 16.

<sup>4</sup> CIC., *de Orat.*, I, 38 (*sup.*, n. 51), *ibid.*, c. 56. — *pro Cæcina*, 18. — QUINTIL., *Inst. orat.*, IV, 2, § 5.

<sup>5</sup> VAL. MAX., VII, 7, 2. 3. 4. 5 ; VII, 8, 1, 2, 4. — QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 2.

<sup>6</sup> *Arg.* DENYS, IV, 25.

<sup>7</sup> C'était l'opinion de Niebuhr, I, 472 ; mais il est impossible d'admettre qu'à cette époque la liberté plébéienne eût fait un si grand pas ; comment expliquer alors les plaintes perpétuelles des plébéiens contre l'inégalité de la justice, et leur ignorance du droit et de la procédure ? Les *judices* dont parle Tite-Live, III, 55 ; et dans lesquels Niebuhr a vu des centumvirs, peuvent être ces *judices* auxquels les tribuns choisis pour arbitres renvoyaient la décision de l'affaire.

<sup>8</sup> GAIUS, IV ; 300 31. (*Inf.*, ch. 2, n. 8. 9.) — GELLIUS, XVI, 10. QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 10, § 115.

<sup>9</sup> CICÉRON, *pro Cæcina*, 18, 24 ; *de Orat.*, II, 23.

<sup>10</sup> Cette pensée se trouve exprimée avec une énergie remarquable dans le dialogue de *Causis corrupt. Eloq.*, c. 38. Pline parle souvent et avec emphase des causes qu'il a plaidées devant les centumvirs. *Ep.*, I, 5, 18 ; II, 14 ; IV, 16 ; VI, 12, 33 ; IX, 23. QUINTIL., *Inst. orat.*, IV, 1, § 57.

<sup>11</sup> *Pomp.*, L. 2, § 29. *D. de Orig. jur.*, I, 2.

<sup>12</sup> Niebuhr croit reconnaître ces magistrats dans les décevirs dont parle Tite-Live, III, 55.

apprend qu'on procédait devant eux par la forme du *sacramentum*<sup>1</sup>. Octave leur donna la direction du tribunal centumviral<sup>2</sup>. Il semble également que sous l'empire ils eurent une part de la juridiction criminelle<sup>3</sup>.

Au dehors de Rome, en Italie, depuis que ce pays fut soumis à la suprématie romaine, la juridiction de chaque cité et de son territoire fut aux mains des magistrats municipaux<sup>4</sup>. La justice était administrée comme à Rome, c'est-à-dire que le magistrat disait le droit et établissait un *judicium* pour appliquer le droit au fait<sup>5</sup>. Dans les provinces, le magistrat romain faisait fonction du préteur de Rome ; lors de la tenue de chaque *conventus*, il administrait la justice<sup>6</sup> en renvoyant l'examen du fait tantôt à un *judex* et tantôt à des *recuperatores*<sup>7</sup>. Il semble même que dans ce but le magistrat dressait une liste judiciaire composée et des citoyens romains faisant partie du *conventus*<sup>8</sup> et des nationaux<sup>9</sup>.

On distinguait les *judicia* (et cette distinction était générale) en *judicia legitima* et *judicia quo sub imperio continentur*. Le *judicium* était *legitimum* s'il avait lieu, à Rome ou dans le premier mille autour de la ville, devant un seul *judex*, toutes les parties ayant droit de cité romaine. Manquait-il une seule de ces conditions, ce n'était plus un *judicium legitimum*, mais bien un *judicium quod sub imperio continetur*<sup>10</sup>. Cette distinction tenait sans doute à une différence originaire fort ancienne ; mais il est impossible de rien dire de précis à ce sujet.

---

<sup>1</sup> CICÉRON, *pro Cæcina*, 33 ; *pro domo*, 29.

<sup>2</sup> *Sup.*, note 50. Pomponius (*sup.*, note 60) a fait confusion en leur donnant cette fonction de l'époque des leur institution.

<sup>3</sup> BŒCKH, *Inscript. græc.*, L. I, n° 1133, 1327.

<sup>4</sup> *Fragm. legis Mamilæ*, 3, 5. *Lex Rubria de Gallia Cisalp.*, 23. *Fragm. leg. Servil.*, 12. *Lex Tab. Heracl. part. alt. lin*, 55.

<sup>5</sup> C'est ce que prouve la loi Rubria relative à la Gaule Cisalpine et la loi dite *Lex Mamilia* relative aux colonies. *Lex Mamil.*, c. 5.

<sup>6</sup> Ces assises du magistrat romain se nommaient *conventus*, et aussi *forum agere*. CIC., *ad Att.*, V, 21 ; VI, 2. FESTUS, V° *Forum*.

<sup>7</sup> Mention d'un seul *judex*, CIC., *in Verr.*, II, 29 ; d'un *judex* et de *recuperatores* tous ensemble, *in Verr.*, III, 11, 56-60 ; de *recuperatores* seulement, *Divin.*, 17, *in Verr.*, III, n° 21, 22, V. 54 ; *Pro Flacco*, 19, 20, 21. — ULP., I, 13 ; — THÉOPH., I, 6, § 4.

<sup>8</sup> CIC., *in Verr.*, II, 13, III, 11, 60.

<sup>9</sup> PLINE, *Ep.*, X, 66.

<sup>10</sup> GAIUS, IV, 103, 104, 105, 109. — Cicéron fait mention de ce *legitimum judicium*, *pro Rosc. com.*, c. 5 ; *Orat. part.*, c. 12. — ULP., XI, 27, *Fragm. Vat.*, § 47.

## CHAPITRE II. — Du mode et de la forme des Procédures.

Dans l'enfance de la législation, quand le droit était tout entier dans la main des pontifes, la procédure judiciaire était emprisonnée dans des formes étroites et mêlée de certains actes symboliques qui traduisaient à l'esprit l'idée dominante du procès. Il y avait cinq formes légitimes, cinq *legis actiones*, pour introduire régulièrement une procédure : le *sacramentum*, la *postulatio judicis*, la *condictio*, la *manus injectio* et la *pignoris captio*<sup>1</sup>. Les quatre premières actions de loi avaient cela de commun qu'elles ne pouvaient avoir lieu que devant le magistrat, *in jure* (par conséquent seulement dans les jours fastes), et en présence de l'adversaire. Ces conditions n'étant point exigées pour la *pignoris captio*, c'était un sujet de doute pour quelques juriconsultes de savoir si cette forme judiciaire était une *legis actio*<sup>2</sup>.

La *legis actio per sacramentum* consistait en une espèce de gageure (*sponsio*) que les parties faisaient sur l'objet du litige, devant le tribunal et suivant une formule déterminée<sup>3</sup>. C'était ensuite aux centumvirs ou au *judex* de connaître de l'affaire. La loi des Douze Tables fixait le taux de la *sponsio* à 500 as pour les contestations de 1.000 as et au-dessus, à 50 as pour les litiges de moindre valeur<sup>4</sup>. Du reste cette somme n'appartenait pas à la partie qui gagnait le procès ; elle tournait au profit de l'*ærarium* et servait aux sacrifices<sup>5</sup>. Cette forme du *sacramentum* était générale et servait d'introduction à toutes les demandes pour lesquelles il n'y avait point de *legis actio* déterminée<sup>6</sup>.

La *legis actio per postulationem* avait, elle aussi, une sphère assez étendue et pouvait en certains cas remplacer l'action par *sacramentum*<sup>7</sup>. Nous parlerons plus loin des trois autres formes dont l'application était plus restreinte.

La nécessité d'observer strictement et à la lettre ces formules les rendit avec le temps tout à fait odieuses ; aussi furent-elles abolies par la loi *Æbutia* ainsi que par deux lois *Julia*. La procédure nouvelle qui remplaça ces *legis actiones* consista principalement dans une formule écrite que le préteur rédigeait d'après les explications et les demandes des deux parties, et qu'il transmettait au juge pour lui servir de règle dans ses recherches et dans sa décision<sup>8</sup>. Néanmoins pour les procès qui se portaient devant la juridiction centumvirale, les anciennes formes de procédure furent conservées ; les parties se provoquaient par *sacramentum* devant l'un des deux préteurs, et ce *sacramentum* saisissait ce tribunal comme eût fait une formule<sup>9</sup>. On pouvait aussi *lege agere* au cas de *damni infecti*. Quelle de ces *legis actiones* employait-on alors, c'est ce qu'on ne peut dire avec quelque certitude<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 11, 12. L. 2, § 6. de O. J. D., l. 2.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 29.

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 13.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 14.

<sup>5</sup> VARRO, de Ling. lat., IV, 36. — FESTUS, *Sacramentum*.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 13, sup., n. 3.

<sup>7</sup> Arg. GAIUS, IV, 20.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 30.

<sup>9</sup> GAIUS, IV, 31. — PLINIE, Ep., V, 1. GELL., XVI, 10.

<sup>10</sup> Il semble qu'on pourrait induire du passage de Gaius que nous venons de citer, qu'en ce cas on agissait par *sacramentum*.

La procédure par formules ne fut point une institution toute nouvelle et comme indépendante des anciens usages ; elle se rattachait aux *legis actiones* en ce sens que la formule, par une fiction, mettait l'instance au point où elle se serait trouvée si elle avait été réellement engagée par une *legis actio*. Peu à peu, il est vrai, et à mesure que de nouveaux besoins l'exigèrent, l'édit introduisit des formules nouvelles calculées sur les nécessités du jour<sup>1</sup> et tout à fait indépendantes des *legis actiones* ; mais la formule conserva la trace de cette distinction originaire. Quand l'obligation du défendeur découlait du droit civil, la formule qui saisissait le juge était conçue en termes généraux et, comme disaient les jurisconsultes, *in jus concepta*<sup>2</sup>. Quand au contraire l'action se fondait sur le droit prétorien, la formule était *in factum concepta*, c'est-à-dire qu'elle énonçait simplement le fait avec les conséquences que lui attribuait l'édit<sup>3</sup>. En plusieurs actions *civiles*, il y avait dans l'album du préteur doubles formules, l'une *in jus*, l'autre *in factum concepta*<sup>4</sup>. Le but de cette dernière était probablement de permettre d'agir aux personnes en puissance d'autrui<sup>5</sup>. Quand le procès portait sur une question que l'édit n'avait pas prévue, le préteur, s'il trouvait la demande admissible<sup>6</sup>, rédigeait librement une formule calculée sur la nature du fait en litige. Quand l'action reposait sur une fiction ou sur une analogie<sup>7</sup>, on employait la formule directe convenablement modifiée<sup>8</sup>.

On distinguait quatre parties dans la formule : la *demonstratio*, c'est-à-dire l'indication du fait qui servait de base à l'action, — *Aulus Agerius a vendu un esclave à Numerius Negidius* — ; l'*intentio*, qui énonçait la prétention du demandeur, le point dont le juge avait à rechercher le bien ou le mal fondé — *s'il est prouvé que, sur cet esclave, Aulus Elgerius avait le droit de propriété quiritaire* — ; l'*adjudicatio*, qui, en certains cas, autorisait le juge à faire le partage entre les parties, donnant à l'une, ôtant à l'autre ; enfin la *condemnatio*, qui attribuait au juge le droit de condamner ou d'absoudre suivant le résultat de ses recherches — *que le juge condamne Numerius Negidius à payer dix mille sesterces à Aulus Agerius ; si la chose n'est pas prouvée, qu'il le renvoie de la plainte*<sup>9</sup> —. Ces quatre parties ne se rencontraient pas nécessairement toutes ensemble dans une même formule<sup>10</sup>. Le plus ordinairement on trouvait réunies la démonstration, l'intention et la condamnation<sup>11</sup>. Dans les formules *in factum conceptæ*, la démonstration se confondait dans l'intention<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 10, 32, 33. — CICÉRON, *pro. Roscio comæd.*, c. 8.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 45. — *Ibid.*, 60, 106, 107. — C'est pour cela que dans le *civilis in factum actio* la formule était non pas *in factum*, mais bien *in jus concepta*, l. 6, D., *de Præsc. verbis*, XIX, 5.

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 46. *Ibid.*, 60, 106, 107. — THEOPH., 12. — l. 25. § 1. D., *de obl. et act.*, XLIV, 7.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 47. *Ibid.*, 60 ; *sup.*, n. 12.

<sup>5</sup> l. 9, D., *de obl. et act.* D., XLIV, 7. — l. 13, *ibid.*

<sup>6</sup> l. 7, § 2, D., *de Pact.*, II, 14. — l. 16, § 1, D., *de præscript. verb.*, XIX, 5.

<sup>7</sup> C'est ce qu'on nommait une *actio utilis*. l. 11, l. 21, D., *præscrip. verb.* XIX, 5. l. 7, § 1 ; D., *de Relig.*, XI, 7. l. 5, § 12. D., *de his qui effud.*, IX, 3. L'*actio præscriptis verbis* se nomme aussi *utilis in factum actio*, l. 26, § 3, D., *de Pact. dotal.*, XXIII, 4.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 34-38. — *Frag. Vat.*, § 90. — Paul nous apprend que cette distinction des actions directes et utiles n'eut de valeur que dans la seule procédure formulaire. l. 47, § 1, D., *de Negot. gest.*, III, 5.

<sup>9</sup> GAIUS, IV, 33, 40, 42, 43.

<sup>10</sup> GAIUS, IV, 44.

<sup>11</sup> Voyez par ex. GAIUS, IV, 47 (*sup.*, n. 14), 136. l. *Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 20.

<sup>12</sup> GAIUS, IV, 46, 47, 60 (*Sup.*, n. 12).

Quelquefois, suivant les circonstances, on faisait précéder la formule de certaines demandes ou de certaines réserves ; cette indication préliminaire se nommait *prescriptio*<sup>1</sup> parce qu'elle était écrite en tête de la formule.

Disons enfin que la procédure formulaire était en vigueur en dehors de Rome dans les villes qui avaient le droit de cité<sup>2</sup>, et qu'on l'employait également devant les magistrats romains qui dans les provinces exerçaient la juridiction<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 130-132. — Voyez des exemples de ces *præscriptiones*, l. 18, § 2. D. *Famil. ercis.*, X, 2. — l. 18, D. *de Don.*, XXXIX, 5. — l. 2, § 2. l. 19, § 2. D. *de Prec.*, XLIII, 26. CICÉRON, *de Or.*, I, 37.

<sup>2</sup> C'est ce que prouve la loi *Rubria*, qui détermine en certains points les procédures à suivre dans la Gaule Cisalpine.

<sup>3</sup> CICÉRON, *Divin.*, 17 ; *in Verr.*, III, 22, 28.

### CHAPITRE III. — Des différentes espèces d'Actions.

Suivant la différence de leur objet, les actions (*actiones*, dans le sens le plus général du mot<sup>1</sup>) différaient et à l'égard du mode de procédure à suivre et à l'égard même du nom qui les distinguait. Mais comme à l'époque la plus florissante de la jurisprudence il n'y eut pas de classification générale qui les embrassât toutes ; il faut nous contenter de les exposer dans un ordre librement choisi. On peut ramener toutes les actions à deux classes principales : les actions qui doivent être conduites suivant les règles ordinaires des *legis actiones* ou de la procédure formulaire, et les actions qui nécessitent des procédures particulières. A la première classe appartiennent l'*in rem actio* ou *vindicatio*<sup>2</sup>, l'action personnelle<sup>3</sup>, (*actio* dans le sens étroit du mot, ou *condictio*), les actions mixtes<sup>4</sup> et les *præjudicia*. Nous parlerons plus loin des procédures spéciales qui font l'objet de la seconde division.

La vindication se faisait en la forme d'un duel simulé, les deux parties se disputant l'objet de litige, jusqu'à ce que le magistrat interposât son autorité<sup>5</sup>. Dans ce but, lorsque la chose était mobilière et facilement transportable, on l'apportait<sup>6</sup> devant le tribunal ; chacun des prétendants la réclamait comme sa propriété en simulant d'en venir aux mains<sup>7</sup> ; le préteur ordonnait aux deux parties de laisser la chose, et sur le bien ou mal fondé de la demande leur faisait engager une *sponsio* dans la forme ordinaire du *sacramentum* ; puis, après que le magistrat avait à son gré adjugé à l'une des parties la possession intérimaire, moyennant caution<sup>8</sup>, la procédure prenait son cours ordinaire. Quand l'objet du litige était un immeuble, les parties, quittant le tribunal, se rendaient sur le terrain contesté<sup>9</sup> ; là, en présence de témoins (*superstites*)<sup>10</sup> elles exécutaient leur combat symbolique ; et comme il n'y avait point de préteur pour imposer la paix, un des prétendants consentait à se laisser traîner comme de vive force devant le magistrat<sup>11</sup> ; on avait soin en même temps d'apporter en justice une motte du terrain<sup>12</sup>, et la *vindicatio* se faisait sur cette portion comme si l'objet du litige eût été présent tout entier<sup>13</sup>. Quand les immeubles étaient éloignés, les parties, pour s'éviter les frais d'un double voyage, pouvaient à l'avance, et avant

---

<sup>1</sup> L. 178, § 2. D., de V. S., l. 16. — l. 37, pr. D. de O. et A. XLIV, 7.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 5. — l. 25, pr. de O. et A., XLIV, 7. — L'action réelle prend aussi quelquefois le nom de *petitio*, l. 28, D. de O. et A.

<sup>3</sup> L. 28, D. O. et A. (*sup.*, n. 2). l. 178, § 2. de V. S. (*Sup.*, n. 1.)

<sup>4</sup> § 20, *Inst.*, IV, 6.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 16.

<sup>6</sup> Dans ce cas, la chose objet du litige portait le nom de *vindicatæ*. FESTUS, *Vindicatæ*.

<sup>7</sup> C'est ce que les XII Tables nommaient *in jure manum conserere*. GELLIUS, XX, 10.

<sup>8</sup> C'est ce qui se disait *vindicatias dicere*. GAIUS, IV, 16. GELLIUS, XX, 10.

<sup>9</sup> C'est ce qui se disait *ex jure manum consertum vocare*. GELL., XX, 10. — CICÉRON, *pro Murena*, c. 12, détaille en se moquant ces formalités de l'antique procédure. — VARRO, de *Ling. lat.*, V, 7.

<sup>10</sup> FESTUS, *Superstites*.

<sup>11</sup> Cette violence de convention se nomme *deductio quæ moribus fit* dans Cicéron, *pro Cæcina*, I, 7, 32 ; *pro Tullio*, XX (16). On trouve aussi les expressions *ex conventu vim fieri*. CICÉRON, *pro Cæcina*, 8. GELL., XX, 10.

<sup>12</sup> Cette motte symbolique portait le nom de *vindicatæ*. FESTUS, v° *Vindicatio*, (*sup.*, n. 6) ; *Superstites* (*sup.*, n. 10).

<sup>13</sup> GELLIUS, XX, 10. (*Sup.*, n. 7.) GAIUS, IV, 17.

que de se rendre à home, accomplir leur combat sur le fonds de terre<sup>1</sup>, et alors on simulait devant le préteur l'aller et le retour sur le terrain contesté<sup>2</sup>.

Dans la procédure formulaire voici la forme que prit la vindication le demandeur qui voulait réclamer la chose comme sienne de droit quiritaire, provoquait par une *sponsio* le possesseur à lui promettre une certaine somme pour le cas où la demande serait fondée ; en même temps ce possesseur devait stipuler et cautionner la reddition de la chose et des fruits. En apparence, la demande et la procédure n'avaient trait qu'à la *sponsio*, mais en réalité après la condamnation on ne réclamait pas au défendeur la somme d'argent de la *sponsio*, et le demandeur se servait du *prejudicium* contenu dans le jugement pour, en vertu de cette stipulation, obtenir la chose elle-même<sup>3</sup>. Il y eut une voie plus simple encore, ce fut celle qu'ouvrit la *formula petitoria*. Dans cette formule, la demande et le jugement s'attaquaient directement à la propriété, et le défendeur stipulait en termes généraux qu'il obéirait au jugement<sup>4</sup>. La formule par laquelle on revendiquait la propriété prétorienne et celle de l'action publicienne étaient imitées de cette *formula petitoria*<sup>5</sup>. Du reste, quand une revendication se portait devant les centumvirs (ce qui dépendait, ce semble, du libre choix des parties), la procédure même à l'époque impériale s'engageât devant le préteur, par l'ancienne forme du *sacramentum* et du combat simulé<sup>6</sup>. Une hérédité se revendiquait, comme une chose corporelle, soit devant les centumvirs par la forme du *sacramentum*<sup>7</sup>, soit devant le préteur par une *sponsio*<sup>8</sup>, ou par la *petitoria formula*<sup>9</sup>. La vindication des servitudes était soumise aux mêmes formes. Également les procès sur la question de liberté s'engageaient à l'origine par le *sacramentum*. Le demandeur revendiquait *in servitatem* la personne objet du litige ; l'*assertor*, défenseur de l'intimé, le revendiquait *in libertatem*<sup>10</sup>. Du reste, il y avait ceci de particulier dans cette procédure que jusqu'à la décision de l'affaire la provision était toujours pour la liberté<sup>11</sup>. Cette forme du *sacramentum* nous la retrouvons mentionnée dans les questions de liberté qui se portaient devant les décemvirs<sup>12</sup>. Quand l'affaire se portait devant les récupérateurs<sup>13</sup>, cette ancienne forme était remplacée par une *sponsio* ou par la *formula petitoria*. Mais de l'ancienne procédure il se conserva toujours, et la provision pour la liberté<sup>14</sup> et la nécessité de l'*assertor*<sup>15</sup>, représentant indispensable qui ne fut supprimé que par Justinien<sup>16</sup>. Quand les voix des juges étaient partagées, une loi *Junia Petronia*, probablement du règne d'Auguste, ordonnait de prononcer en faveur de la liberté<sup>17</sup> ; et même quand le jugement était contre la liberté, si un

---

<sup>1</sup> CICÉRON, *pro Cæcina*, 7 ; *pro Tullio*, XX (16).

<sup>2</sup> CICÉRON, *pro Murena*, 12. (*Sup.*, n. 9.)

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 93, 94. — CICÉRON, *in Verr.*, II, 45. *Pseudo Ascon. h. l.*

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 41 (*sup.*, c. 2, n. 19), 89, 91, 92. — CIC., *Verr.*, II, 12.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 34, 35, 36 (*sup.*, c. 2, n. 18).

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 31 (*sup.*, c. 2, n. 9-95.). GELLIUS, XX, 10.

<sup>7</sup> GAIUS, IV, 7 (*sup.*, n. 13). l. 12, C. *de Petit. hered.*, III, 31, pr.

<sup>8</sup> CICÉRON, *in Verr.*, II, 45.

<sup>9</sup> L. 3, D. *de Hered. petit.*, V, 3, l. 10 *ibid.*

<sup>10</sup> GAIUS, IV, 14 (*sup.*, c. 2, n. 4). FESTUS, *Sertorem*. — THÉOPH., IV, 10, pr. — LIVIUS, III, 44-48. DENYS, XI, 29-37.

<sup>11</sup> L. 2, § 24. D. *de O. J.*, 1, 2. — DENYS, XI, 30.

<sup>12</sup> CICÉRON, *pro Cæcina*, 33 ; *Declam. pro domo*, 29.

<sup>13</sup> PLAUT., *Rudens*, V, 1, v. 2. SUÉT., *Vespas.*, 3 ; *Domitian.*, 8.

<sup>14</sup> L. 24, pr. D. *de Liberali causa*, XL, 12. l. 25, § 2, *ibid.*

<sup>15</sup> PAUL., *Sent. recept.*, V, 1, § 5. l. 1, 4, 5 (5, 8, 9). C. Th., *de Liber. caus.*, IV, 8.

<sup>16</sup> L. 1. C. *de Assert. toll.*, VII, 17.

<sup>17</sup> L. 24. D. *de Manum.*, XL, 1. l. 38, pr. *de re jud.* D. XIII, 2.

tiers offrait rançon pour le condamné, la loi voulait que ce condamné fût libre. Mais en ce cas, il n'obtenait que le *jus latinitalis*, et Justinien fut le premier qui lui donna le droit de cité<sup>1</sup>. Un sénatus-consulte Junien, du règne de Domitien, établit des peines contre la fraude du maître qui simulait un procès pour transformer en ingénu un esclave favori<sup>2</sup>. D'autre part ; là loi protégeait la possession d'état en défendant d'attaquer après cinq ans l'état civil d'une personne morte en saisine de sa liberté<sup>3</sup>.

Les actions personnelles s'intentaient à l'origine par la forme générale du *sacramentum* ou par celle de la *postulatio judicis*<sup>4</sup>. Plus tard, il y eut une *actio legis* particulière pour les demandes dans lesquelles *intendimus dare nobis oportere*. Le demandeur, au moyen d'une simple dénonciation faite devant le magistrat, obligeait le défendeur à se présenter dans les trente jours pour recevoir un *judex*. De la dénonciation cette forme nouvelle prit le nom, de *condictio*<sup>5</sup>. Elle fut d'abord introduite par une loi *Silia* pour les actions qui avaient pour objet une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*) ; puis une loi Calpurnia la rendit applicable à toutes les demandes d'objet déterminé<sup>6</sup> (*de omni certa re*). Bans la procédure formulaire ; cette formé ancienne frit remplacée par la formule conçue : *Si paret dare oportere* ; cette formule conserva, quoique improprement, le nom de *condictio*, et on distingua la *condictio certi* et la *condictio incerti* suivant que l'objet de la demande était une chose corporelle ou incorporelle<sup>7</sup>. La *condictio certæ pecuniæ* resta toujours caractérisée par la rigueur toute particulière de la procédure<sup>8</sup>. Pour les actions dans lesquelles *intendimus adversarium facere oportere*, on employa tantôt une formule (*formula incerta, actio incerta*) rédigée en termes généraux et indéterminés *dare facere oportere*<sup>9</sup>, tantôt quelques-unes de ces nombreuses formules qui prenaient le nom des affaires spéciales auxquelles elles étaient consacrées<sup>10</sup>. Certaines de ces actions se distinguaient par des privilèges particuliers. Par exemple, en certains cas déterminés par des lois spéciales, on pouvait réclamer une dette au moyen d'une *leges actio*, par la *manus injectio* ; quelquefois cette *manus injectio* avait un effet aussi puissant que si elle reposait sur un *judicatum* ; d'autres fois ces effets étaient beaucoup moins rigoureux ; plus tard même une loi spéciale, dont le nom ne nous est pas connu, fit de cet adoucissement la condition générale de toute *manus injectio*<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> L. un. § 8, C. de latina libert. tollenda, VII, 6.

<sup>2</sup> L. 1, D. de Collus. deleg., XL, 16. — L. 2, C. eod., VII, 20.

<sup>3</sup> L. 1, D. ne de statu def., XL, 15 pr. L. 4, ibid. — L. 4, l. 8, C. eod. lit., VII, 21. — CAPITOLIN., M. Anton., c. 10.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 13, (sup., c. 2, n. 3), 20.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 18. — FESTUS, *Condicere*.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 19-20.

<sup>7</sup> Sur ce point délicat voyez WALTER, *Histoire du droit privé*, ch. XII, n. 21-28. Zimmern, III, 62.

<sup>8</sup> C'est ce que prouve la *Lex Rubria de Gallia Cisalp.* c. 21. Voyez encore *Lex. 1 Tab. Heracl.*, lin. 44. — CIC., *pro Rosc. comæd.* c. 4. — CIC., *adv. Rull.* I, 1. — GAIUS, IV, 13. (Sup. 2. c. n. 3), 171. — I. 1. pr. D., *de Cond. tritic.*, XIII, 3. — *Certa credita pecunia* ne signifie pas seulement le prêt d'une somme d'argent, comme Savigny le suppose dans son Mémoire sur la législation du prêt chez les Romains ; ces mots désignent toutes dettes pécuniaires d'un chiffre certain. GAIUS, III, 124. l. 1, 2, 3, 5. D., *de reb. cred.*, XII, 1.

<sup>9</sup> GAIUS, IV, 54. *Ibid.*, 131 (sup., c. 2, n. 23), 136.

<sup>10</sup> CIC., *pro Rosc. comæd.*, c. 3. — GAIUS, IV, 33. *Ibid.* 46, 47 (sup., c. 2, n. 13.)

<sup>11</sup> GAIUS, IV, 21-25. — Il ne faut pas confondre cette *manus injectio*, qui avait toujours lieu *in jure*, avec cette *manus injectio* extrajudiciaire qui s'exerçait en certains cas contre les esclaves, l. 9, D. de Serv. export., XVIII, 7. *Fragm. Vat.*, 6. WALTER, *Hist. du droit privé*, ch. XII.

Quelques autres créances étaient tellement favorisées qu'on pouvait agir par *pignoris capio* faite extra judiciairement et d'autorité privée. Ce privilège, une ancienne coutume l'avait donné aux soldats contre celui qui, d'après l'assignation faite par le tribun de l'*ærarium*, leur devait fournir la solde ou le prix du cheval et du fourrage<sup>1</sup> (*æs militare, æs equestre, æs hordearium*). Les lois des Douze Tables et quelques autres étendirent ce privilège à d'autres cas<sup>2</sup>. Il fut notamment donné aux publicains en matière de levée d'impôt<sup>3</sup>. Plus tard, les publicains avaient encore à cet effet une formule toute spéciale où se retrouve une fiction de gage<sup>4</sup>.

A une époque assez avancée de la jurisprudence on donna le nom d'*actiones mixtæ* aux demandes à fin de partage parce qu'elles embrassaient à la fois et une chose et des prestations personnelles<sup>5</sup>. *Quædam actiones*, dit Justinien, *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam*. Dans les premiers temps, la procédure se faisait par *sacramentum* ou par *postulatio judicis*. A l'époque formulaire voici comment s'instruisaient ces demandes. Dans la partie de la formule, nommée l'*adjudicatio*, le juge était chargé de faire les parts. *QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX ADJUDICATO*<sup>6</sup> ; dans la *condemnatio* ; il décidait des prestations personnelles. Il est évident qu'en ce cas il eût été inutile de lui donner pouvoir d'absoudre<sup>7</sup>.

Un *præjudicium* était une action dont le seul but était de faire décider la vérité d'une assertion. Ici donc la formule consistait simplement en une *intentio* non suivie de *condemnatio*<sup>8</sup>. On chargeait le juge de décider, par cette forme de *præjudicium*, non seulement des questions de droit telles que les controverses relatives à l'ingénuité, la libertinité ou la paternité<sup>9</sup>, mais encore de simples questions de fait<sup>10</sup> telles que le chiffre d'une caution ou d'une dot. Dans, cette procédure, le demandeur était celui dont l'*intentio* reproduisait la demande<sup>11</sup>.

Une autre division plus générale des actions, mais qui cependant ne les comprend pas toutes<sup>12</sup> est celle qui les distingue en actions *stricti juris*, où on jugeait d'après la lettre même, et en actions *bonæ fidei*, où l'on jugeait d'après l'équité et la bonne foi<sup>13</sup>. Il est certain qu'à l'origine le prêteur décidait en chaque cas et par la formule même si le juge déciderait le litige, comme *judex*, en se tenant strictement à la demande, ou comme *arbiter*<sup>14</sup>, c'est-à-dire avec une certaine liberté et en tenant compte des règles de l'équité comme de la bonne foi des parties<sup>15</sup>. C'était d'après cette division qu'étaient désignées dans l'édit les

---

<sup>1</sup> WALTER, *Hist. de la constitution*, ch. IV, note 37-39. GAIUS, 26-27.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 28-29.

<sup>3</sup> CIC., *in Verr.*, III, 11. GAIUS, IV, 28.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 32.

<sup>5</sup> § 20, *Inst., de oct.*, IV, 6. — THÉOPHILE, IV, 6, § 20. — I. 22, § 4, *D. Famil. ercisc.*, X, 2. — I. 4, § 3, *D. comm. divid.*, X, 3. — *Actio mixta* se trouve employée dans un sens différent du nôtre, I. 37, § 1, *D. de O. et A.* XLIV, 7.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 42 (*sup.*, c. 2, n. 19).

<sup>7</sup> Voyez sur ce point G. HASSE, dans le *Rhein. museum*, VI, 172, 179.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 44 (*sup.*, c. 2, n. 20). THÉOPHILE, IV, 6, § 13.

<sup>9</sup> § 13. *Inst. de Act.*, IV, 6. — I. 5, § 18. *D. de Agn. liber.*, XXV, 3. — I. 1, § 2. *D. de Rei vind.*, VI. 1.-1. 30. *D. de Reb. aut jud.*, XLII, 5.

<sup>10</sup> GAIUS, III, 123 ; IV, 44 (*sup.* 2, n. 20). PAUL, *Sent.*, V, 9, § 1.

<sup>11</sup> L. 12. *D. de Except.*, XLIV.

<sup>12</sup> C'est ce qui résulte du § 28, *Inst., de Act.*, IV, 6. I. 5, pr. § 4. *D. de in Lit. jur.*, XII, 3.

<sup>13</sup> GAIUS, IV, 61-63.

<sup>14</sup> *Sup.*, ch. 1, n. 9.

<sup>15</sup> VAL. MAX., III, 2, 1, CICÉRON, *de Offic.*, III, 16, donnent des exemples de ces *arbitria*. — SENECA, *de Clem.*, II 7.

formules particulières à chaque genre d'affaires<sup>1</sup>, et ainsi se trouvait indiqué par avance si la question devait être soumise à un *judicium* ou à un *arbitrium*<sup>2</sup>.

Étaient *stricti juris* les actions dont la cause était une obligation unilatérale<sup>3</sup>, un contrat *litteris aut verbis*<sup>4</sup>, par exemple, même quand l'objet de ces contrats était un *incertum*<sup>5</sup> ; le *mutuum*<sup>6</sup> donnait aussi l'*actio stricti juris* quoique l'obligation découlât du droit naturel<sup>7</sup> ; le *constitutum* était en ce point assimilé au *mutuum*<sup>8</sup>. Au contraire, tous les engagements du commerce ordinaire étaient considérés comme ayant la bonne foi pour base commune, et le *judex*, dans les actions résultant de ces contrats, devait avoir égard à ce que le défendeur pouvait réclamer de son côté, en vertu du contrat qui liait les deux parties<sup>9</sup>. La *condictio* était *stricti juris* ou *bonæ fidei* suivant que le contrat sur lequel elle se fondait avait l'un ou l'autre de ces caractères<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 47 (sup., c. 2, n. 14).

<sup>2</sup> Pour se faire une idée nette du caractère distinct du *judicium* et de l'*arbitrium*, il faut lire les passages suivants. CIC., *pro Roscio com.*, c. 4, (sup., c. 3, n. 33.) c. 9. *Topic.*, 17. — *De Offic.*, III, 15, 17. SENECA., *de Benef.*, III, 7 ; *de Clementia*, II, 7.

<sup>3</sup> WALTER, *Hist. du droit privé*, ch. 13.

<sup>4</sup> CIC., *pro. Rosc. comæd.*, c. 4, 5. — l. 5, pr. D. *de in lit. jur.*, XII, 3 (sup., n. 53), § 4, *ibid.* — L. 6.

<sup>5</sup> L. 3, D. *Siquis in jus.*, II, 5. — l. 27, § 7. D. *de Recept.*, IV, 8. — l. 4, pr. D. *de Usur.*, XXII, 1, pr., *Inst. de V. O.* III, 15. Ainsi une *actio incerti* n'était pas nécessairement un *actio bonæ fidei*.

<sup>6</sup> THEOPHILE, IV, 13, § 3.

<sup>7</sup> GAIUS, III, 132, § 2. *Inst. de Jure nat.*, I, 2. Les contrats de droit des gens n'étaient donc pas nécessairement *bonæ fidei*.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 171 (sup., n. 38).

<sup>9</sup> CICÉRON, *de Offic.*, III, 17. *Topic.*, 17 (sup., n. 58). GAIUS, IV, 61, 62 (sup., n. 54), § 30, 39. *Inst., de Act.*, IV, 6.

<sup>10</sup> Ainsi la *condictio ex mutuo* était *stricti juris* (THEOPH., IV, 13, § 3) ; elle était *bonæ fidei* en d'autres cas. l. 28, § 4. D. *de Juréj.*, XII, 2. l. 50, pr. D. *de Jure dot.*, XXIII, 3. Quelquefois la *condictio* n'a ni l'un ni l'autre de ces caractères ; telle est par exemple la *condictio furtiva*, ou la *condictio ex lege Aquilia*. l. 9, § 1. D. *Si certum petet*, XII, 1. L'opinion généralement reçue que les *condictiones* sont toujours *stricti juris* est donc erronée. La distinction que nous venons de faire résout l'antinomie qui existe entre la l. 22, D. *de Reb. cred.* (XII, 1), et l. 3, D. *de Cond. tritic.*, XIII, 3.

## CHAPITRE IV. — De la Litiscontestation et des Exceptions.

Dans la procédure des *legis actiones*, après que l'objet du litige avait été déterminé devant le magistrat par le dire des parties, le *judicium* ainsi constitué, les deux adversaires s'obligeaient, en présence de témoins par eux appelés, à suivre sur la demande et à rester dans l'instance jusqu'au jugement. Cet engagement constituait la *litis contestatio*<sup>1</sup>. Cette formalité se maintint dans le système formulaire ; ce fut en quelque sorte la conclusion des procédures faites devant le préteur et l'ouverture du *judicium*<sup>2</sup>. Cette litiscontestation mérite une grande attention par l'influence singulière qu'elle exerçait sur les procédures et sur le droit même des parties. Cette règle invariable des procédures qui allaient s'engager, règle établie du consentement des deux parties, à l'analyser scientifiquement ce n'était rien moins qu'une obligation, obligation nouvelle qui remplaçait et détruisait à tout jamais l'action originaire, soit directement en prenant par une novation toute la substance de l'action<sup>3</sup>, soit indirectement en paralysant la demande par une exception.

La litiscontestation opérait par novation quand on agissait *legitimo iudicio* pour un droit personnel et avec une formule *in jus concepta* ; elle opérait par exception toutes les fois qu'on agissait *imperio continenti iudicio* et encore lorsqu'on agissait *legitimo iudicio*, soit pour un droit réel, soit par une formule *in factum concepta*<sup>4</sup>. Ce caractère de la litiscontestation nous explique pourquoi cette formalité interrompait la prescription et perpétuait pour et contre les héritiers des droits qui autrement se seraient éteints par la mort d'une des parties<sup>5</sup>. Du reste on pouvait encore, après la litiscontestation, transférer le *judicium* à une autre personne quand les circonstances le rendaient nécessaire<sup>6</sup>. En quelle forme avait lieu ce transfert d'instance, c'est ce qui n'est point clairement connu.

Quand le défendeur, tout en reconnaissant le bien fondé de l'action, mettait cependant en avant quelque fait particulier de nature à paralyser indirectement la demande, il était de toute équité de prendre en considération cette exception<sup>7</sup>. Quelle forme employait-on dans la, procédure des *legis actiones* pour faire valoir ces exceptions, on ne le sait pas certainement<sup>8</sup>. Dans la procédure formulaire, quand l'exception était prouvée, à l'instant même et sans aller plus loin, le préteur refusait de donner l'action<sup>9</sup>. Au cas contraire, le préteur, par une clause d'exception jointe à l'*intentio*, chargeait le *judex* d'examiner, en jugeant l'affaire,

---

<sup>1</sup> FESTUS, *Contestari, Testes estote, Testes estote, Iudicium acceptum, contestatum* sont des expressions synonymes. Que la *litis* contestation se fit *in iure*, c'est ce que prouve GELLIUS, V. 10. La l. un... C. de *Lite contesta*, III, 9. Lis... *tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire ceperit*, ne se rapporte qu'à la jurisprudence des derniers temps de l'empire.

<sup>2</sup> CICÉRON, *pro Rosc. comæd.*, c. 11. — l. 16. l. 17. D., de *Procur.*, III, 3. — l. 25, § 8, de *Ædilit. edict.*, XXI, 1.

<sup>3</sup> L. 29. D. de *Novat.*, XLVI, 2. — *Fragm. Vat.*, § 263.

<sup>4</sup> GAIUS, III, 180. IV. 106, 107, 108.

<sup>5</sup> L. 8, § 1. D. de *Fidei. et nomin.*, XXVII, 7. — l. 24, pr. D. de *Liber. caus.*, XL, 12. — l. 29, de *Novat.*, XLVI, 2 (sup., n. 3) ; l. 87, 139, de *R. J.*

<sup>6</sup> L. 17, de *Proc.* (sup., n. 2). L. 7, § 9. D., de *Dolo malo*, IV, 3. — l. 57. D. de *Judic.*, V. — l. 115. D. de *Noxal. act.*, IX, 4. — l. 24, § 4. de *Liber. caus.*, XL, 12. — PAUL., V. § 5.

<sup>7</sup> GAIUS, IV, 116, 117, 118. Pr. § 1, 8. Inst. de *Except.*, IV, 13.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 108 (sup., n. 5).

<sup>9</sup> L. 9, pr. et § 5, de *Jure jur.*, XII, 2.

les faits allégués par le défendeur et de décider en conséquence. Cette clause insérée dans la formule rendait ainsi la condamnation conditionnelle et subordonnée à la non existence de l'exception alléguée<sup>1</sup>. Quand l'action était *bonæ fidei*, le *judex*, en vertu de son titre, avait qualité, tout comme s'il eût été autorisé par instruction spéciale, pour connaître et prendre en considération les faits destructifs de la bonne foi, tels que le dol et la fraude : *Quia*, dit énergiquement le jurisconsulte Paul, *quia tantumdem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio*<sup>2</sup>.

Les exceptions se divisaient en péremptoires ou dilatoires<sup>3</sup>, suivant que le fait allégué par le défendeur avait pour but d'anéantir ou seulement de différer l'action. Néanmoins il y avait cela de singulier pour ces dernières exceptions que si le demandeur ne se retirait pas à temps, mais laissait venir le litige jusqu'à la litiscontestation et au *judicium*, il avait perdu à tout jamais son droit d'action : la litiscontestation l'avait consommé<sup>4</sup>. Si le demandeur avait quelques moyens pour paralyser l'exception du défendeur et réciproquement, on ajoutait à la formule une *replicatio*, une *duplicatio* et même une *triplicatio* de la même manière qu'on y avait inséré une *exceptio*<sup>5</sup>.

Enfin il était possible que le défendeur, tout en s'engageant dans l'instance, redoutât un préjugé défavorable et capable de compromettre quelque intérêt plus grave qui se rattachait à la question du procès. Le défendeur paraît à cet inconvénient par un *præscriptio* qu'on mettait en tête de la formule<sup>6</sup>. Plus tard on remplaça la *præscriptio* par une exception qui donna le même résultat<sup>7</sup>. De là et par une confusion naturelle dans le langage des orateurs, les exceptions prennent souvent le nom de *præscriptiones*<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 119. — CICÉRON, *de Invent.*, II, 19. — *Fragm. Vatic.*, § 310.

<sup>2</sup> L. 7. D., *de Negot. gest.*, III, 5. — l. 3. D., *de Rescind. vend.*, XVIII, 5. — l. 21. D., *Solut. matr.* XXIV, 3. l. 84, § 5. D., *de Legat.* 1 (XXX). GAIUS, IV, 61, 62 (*sup.*, c. 3, n. 54), § 30. *Inst.*, *de Act.*, IV, 6.

<sup>3</sup> Ces dernières, ainsi que les autres délais qui retardaient l'action, portaient aussi le nom général de *translationes*. CICÉRON, *de Invent.*, I, 8 ; II, 19, 20. *Auctor ad Herenn.*, I, 12. FORTUNATIAN., *Art. rhet.*, lib. 1, p. 68, éd. Capperon.

<sup>4</sup> § 8, 11. *Inst.*, *de Except.*, IV, 13. GAIUS, 120-25.

<sup>5</sup> GAIUS, 126-129. — *tit. Inst. de Repl.*, IV, 14.

<sup>6</sup> *Sup.*, ch. 2, n. 23.

<sup>7</sup> GAIUS, IV, 133. Voyez pour d'autres exemples l. 16, l. 18, D., *de Except.*, XLIV, 1.

<sup>8</sup> De là l'inscription d'un titre du *Digeste* : *De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*, D. XLIV, 1.

## CHAPITRE V. — Du Jugement.

Cette part de la formule qu'on nomme *condemnatio* donnait au *judex* mission précise de condamner ou d'absoudre<sup>1</sup>, tel était le but de l'obligation qu'avait produite la litiscontestatio<sup>2</sup>. Si donc le défendeur était trouvé débiteur au moment de la litiscontestatio, il devait être condamné. Le juge ne devait pas l'absoudre, alors même qu'il se serait exécuté depuis cette époque, dureté que du reste corrigea la jurisprudence<sup>3</sup>.

Au temps des *legis actiones*, la *condemnatio* pouvait atteindre directement la chose réclamée ; dans la procédure formulaire, il en fut autrement, la *condemnatio* n'eut plus pour objet la chose même, mais bien une somme d'argent dont le chiffre dépendait du chiffre même de la demande<sup>4</sup>. S'agissait-il d'une somme déterminée (*certæ pecuniæ*), on introduisait ce chiffre dans la *condemnatio*<sup>5</sup> : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO HS. X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE, et si le juge s'écartait de la lettre de la formule<sup>6</sup>, il pouvait être pris à partie, *litem suam faciebat*. Quand au contraire il s'agissait d'un incertum, on fixait seulement au juge un maximum qu'il ne pouvait dépasser sans se rendre responsable du surplus : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM DUMTAXAT X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVITO<sup>7</sup>. En certains cas, par exemple dans les actions qui intéressaient la propriété, le juge n'avait point la main forcée et pouvait fixer à son gré le chiffre de la condamnation : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM N. N. A. A. CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVITO<sup>8</sup>. La *condemnatio* éprouvait une modification importante dans les actions dites *arbitrariæ* ; dans ce cas en effet une clause spéciale insérée dans la formule<sup>9</sup> chargeait le juge, s'il trouvait la demande fondée, d'essayer comme arbitre et par des moyens amiables de décider le défendeur à la prestation de la chose<sup>10</sup> sinon et après ces efforts superflus, de condamner le défendeur au paiement d'une certaine somme<sup>11</sup>. Du reste le dernier prononcé du juge devait être toujours d'une somme fixe, alors même que la *condemnatio* de la formule n'énonçait pas un chiffre certain<sup>12</sup>. Dans ce cas, le *judex* avait à estimer le litige en prenant en considération le chiffre de la demande<sup>13</sup>. Dans les actions *stricti juris*, c'était à l'époque de la litiscontestatio

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 43, (*sup.*, c. 2, n. 19). — l. 1, D, *de re judic.*, XLII, 1. — l. 3, C., *de Sentent.*, VII, 45.

<sup>2</sup> GAIUS, III, 180, (*sup.*, c. 4, n. 4.)

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 114. — § 2, Inst., *de perpet. et temp. act.*, IV, 12.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 48, 49.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 43, (*sup.*, c. 2, n. 19) 50, 52.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 57.

<sup>7</sup> GAIUS, IV, 43 (*sup.*, c. 2, n. 19) 51, 52 (*sup.*, n. 4). FESTUS, *Taxat.* — GAIUS, III, 224, donne un exemple de ces taxations.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 51 (*sup.*, n. 7).

<sup>9</sup> CIC., *in Verr.*, II (III), 12.

<sup>10</sup> La l. 68, D., *de rei vind.*, VI, 1, parle d'une contrainte directe, mais cette rigueur était inconnue de l'ancienne législation. Voyez BETHMANN-HOLLWEG, *Handbuch*, I, § 29, 30.

<sup>11</sup> § 31, Inst., *de Act.*, IV, 6. — GAIUS, IV, 163. — L. 18, pr. D., *de dolo*, IV, 2. — L. 16, § 3, D, *de Pign.*, XX, 1. On peut citer comme exemples de ces *actiones arbitrariæ* la *formula petitoria*, CICÉRON, *in Verr.*, 11, 12 ; l. 35, § 1, D., *de rei vind.*, VI, 1 ; les actions Publicienne, Servienne, hypothécaire, *quod metus causa*, *de dolo*, *ad exhibendum*. Une *actio arbitraria* d'une nature toute particulière était l'action *de eo quod certo loco*. L. 2, pr. § 8, 1. 3, 4, § 1 ; l. 5, 7, D., *de eo quod cert. loc.*, XIII, 4.

<sup>12</sup> GAIUS, IV, 52 (*sup.*, n. 4).

<sup>13</sup> CIC., *pro Tullio*, 2.

qu'on avait égard pour évaluer la chose ; dans les autres actions, on estimait cette valeur à l'époque de la condamnation<sup>1</sup>. Dans les deux cas, du reste, on comprenait dans cette estimation la valeur des fruits perçus depuis la litiscontestation<sup>2</sup>. Quand il y avait dol de la part du défendeur, il était permis au *judex* de faire estimer la valeur du litige par le demandeur même, qui en ce cas était cru sur serment, quelque fût le chiffre de l'évaluation ; mais peu à peu ce droit si rigoureux pour le défendeur s'adoucit, et la jurisprudence autorisa le *judex* à limiter ce serment à une somme déterminée<sup>3</sup>. Dans les *actiones arbitrarie*, quand le défendeur n'exécutait pas l'*arbitrium*, on avait recours à cette estimation par serment, estimation donnée quelquefois *sine ulla taxatione in infinitum*<sup>4</sup>. Il est évident que dans un cas pareil, le condamné avait un intérêt majeur à se soustraire à la condamnation pécuniaire en restituant la chose, et l'on évitait ainsi ces exécutions de vive force et *manu militari* dont on s'effraie toujours et non sans raison dans un État libre. Dans les *actiones mixtæ*, la procédure était tout autre, car alors la formule donnait pouvoir au *judex* d'adjuger la chose même<sup>5</sup>, d'où, par une conséquence naturelle, le domaine quiritaire passait immédiatement aux mains de l'adjudicataire<sup>6</sup>.

Voici maintenant quelle était la théorie des jurisconsultes romains relativement aux effets de la sentence. L'obligation contractée par la litiscontestation était considérée comme remplie, et au cas de condamnation, cette obligation se trouvait remplacée par l'obligation d'accomplir le *judicatum*<sup>7</sup>. Ainsi la litiscontestation avait absorbé en soi l'objet du litige, et la condamnation se substituait à son tour au lieu et place de la litiscontestation, ce qu'un ancien adage exprimait ainsi : *Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere ; post condemnationem judicatum facere oportere*. Cet effet novateur du jugement avait lieu, tantôt directement, tantôt indirectement et au moyen d'une exception<sup>8</sup>. Cette absorption du droit d'action pouvait être fort préjudiciable au demandeur quand il avait d'autres prétentions à faire valoir en vertu du même titre ; dans ce cas il pouvait réserver ses droits au moyen d'une *præscriptio* inscrite en tête de la formule<sup>9</sup>.

Quant au délai dans lequel on devait rendre la sentence, je ne vois dans l'origine qu'une seule prescription résultant de la nature des choses. Les *judicia imperio continentia*, perdaient toute valeur dès que le magistrat qui les avait constitués avait dépouillé l'*imperium* ; leur plus longue durée était donc d'une année. Pour les *judicia legitima*, la loi Julia fixa un délai de dix-huit mois<sup>10</sup>. Si dans cet

---

<sup>1</sup> L. 3, § 2. D., Commod., XIII, 6. Cette distinction résout l'antinomie apparente des l. 22. D., de Beb. cred., XII, 1, et l. 3. D., de Cond. trit., XIII, 3.

L. 17, § 1. D., de rei vind., VI, 1. 1. 20, ibid. L. 35, § 1, *ibid.* l. 25, § 8. D., de *Ædil. edict.*, XXI, 1. — L. 2, 3, § 1 ; l. 10, 15, 19, § 1 ; l. 34, 35, 36, 38, § 7, 15. D., de Usur., XXII, 1.

<sup>2</sup> L. 12, § 1. De in litem jur., 12, 3. — L. 4, § 4. — L. 5, pr., § 3. L. 6, *ibid.* — L. 16, § 3. D., de Pign., XX, 1. — L. 41. D., de re jud., XLII, 1.

<sup>3</sup> De in lit. jur. D. XII, 3, 1. 4, § 2. — L. 18, pr. de Dolo, IV, 3 (sup., n. 11).

<sup>4</sup> L. 1, l. 2, § 1, l. 8. de in lit jur., DXII, 3. — L. 68, D, de rei vind., VI, 1.

<sup>5</sup> Sup., ch. 3, n. 45-47.

<sup>6</sup> Ulpian, XIX, 16. — Le § 47 des *Fragm. Vat.* ne prouve pas, comme on l'a prétendu, que l'*adjudicatio* ne transfère le domaine que lorsqu'elle était prononcée *judicio legitimo*.

<sup>7</sup> GAIUS, III, 180 (sup., c. 1, n. 4), L. 3, § 11, D., de Pecul., XV, 1.

<sup>8</sup> GAIUS, III, 181 (sup., c. 4, n. 4) ; IV, 106-108 (sup., c. 4, n. 4.)

<sup>9</sup> GAIUS, IV, 130-131 (sup., c. 2, n. 23). CIC., de Orat., I, 37.

<sup>10</sup> GAIUS, IV, 104-105 (sup., c. 1, n. 71.) On trouve des traces de cet ancien état de choses dans certains fragments du *Digeste*. L. 18, § 4, D., de Dolo, IV, 3 ; l. 32, de judic., V, 1, l. 30, § 1 ; D., ad leg. aquil., IX, 2. L. 3, § 1, D., quæ in fraud. credit., XLII, 8. L. 2, D., de div. temp. præscr., XLIV, 3.

intervalle, le demandeur n'avait point obtenu jugement, son droit était à tout jamais perdu, toute action nouvelle étant ou déclarée inadmissible ou repoussée par une exception<sup>1</sup>. C'est ce qui explique pourquoi dans les *judicia imperio continentia*, on attendait l'entrée en fonction du magistrat pour intenter l'action et réserver ainsi une année entière pour les procédures<sup>2</sup>.

Du reste il y avait plusieurs moyens qui produisaient même effet que la sentence du juge. Telle était la reconnaissance de la dette faite par le débiteur devant le magistrat. Cette reconnaissance, la loi des Douze Tables lui donnait l'effet du *judicatum* quand il s'agissait d'une somme d'argent<sup>3</sup>. Des dispositions ultérieures donnèrent le même effet à toutes les reconnaissances judiciaires, quel qu'en fût l'objet, et c'était une maxime constante que *in jure confessi pro judicatis habentur*<sup>4</sup>.

En outre quand le préteur déférait le serment sur la validité du litige à l'une ou à l'autre des parties, il fallait ou s'exécuter, ou accepter le serment, ou le déférer à son adversaire<sup>5</sup>. Cette délation ou cette référence du serment amenait les mêmes effets qu'un jugement ; en ce sens que par le serment, qu'on assimilait en ce point à la transaction, une des parties se trouvait juge de l'affaire<sup>6</sup> ; mais il y avait cette différence que cette forme de décider n'entraînait pas après elle l'exécution, il n'en résultait qu'une action ou une exception ordinaire<sup>7</sup>. La formule du serment dépendait de celui qui le déférait<sup>8</sup>.

Une transaction sur l'objet du litige avait également les effets du *judicatum*<sup>9</sup>. On pouvait aussi, durant le litige, arrêter l'instance en compromettant entre les mains d'un arbitre amiable<sup>10</sup>. Mais la décision de l'arbitre n'avait point les effets d'un *judicatum*, et il fallait actionner son adversaire en exécution de la stipulation pénale qui avait la réalisation de l'*arbitrium* pour objet<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> GAIUS, III, 181 (*sup.*, c. 4, n. 4) ; IV, 106-107 (*sup.*, c. 4, n. 4.)

<sup>2</sup> JUVÉNAL., *Sat.*, XVI, 42. SERVIUS, *ad Æn.*, II, 102. (*Inf.*, c. 6, n. 39.)

<sup>3</sup> GELLIUS, XX, 1 (*inf.*, c. 8, n. 1).

<sup>4</sup> L. *Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 21, 22, (*sup.*, c. 3, n. 38.) L. 56, D., *de Re jud.*, XLII, 1. L. 1, l. 3, 4, 6, D., *de Confes.*, XLII, 2. PAUL, *Sent. recep.*, V, 5 a, § 2, 3, 4.

<sup>5</sup> L. 34, *de Jurej.*, D., XII, 2, § 6, 7. — PAUL, *Sent. recep.*, II, 1, § 1, 2. QUINTILIEN, *Inst. orat.*, V, 6.

<sup>6</sup> *De Jurej.*, D., XII, 2, l. 1, 2. l. 5, § 2. l. 7. l. 42, § 3, *ibid.* — l. 56, D., *de Re jud.*, XII, 1. — l. 1, pr., D., *qua res*, XLIV, 5.

<sup>7</sup> D., *de Jurej.*, XII, 2. l. 7, (*sup.*, n. 30.) l. 9 pr. § 1. — l. 11, l. 26, § 10. l. 29, *ibid.* — § 11, *Inst.*, *de Act.*, IV, 6.

<sup>8</sup> D., *de Jurej.*, XII, 2. l. 3, § 4. l. 33, *ibid.* l. 34, § 5.

<sup>9</sup> L. 16, D., *de Transact.*, II, 15. L. 6. C., *de Transact.*, II, 4. L. 20.

<sup>10</sup> CIC., *pro Quint.*, c. 5. D., *de Recept.*, IV, 8, l. 1. — *Ibid.* l. 3, 4, 5, 6, 13, § 3, 4.

<sup>11</sup> PAUL, *Sent.*, V. a. § 1 ; 1, 2, D., *de Recept.*, IV, 8. — *Ibid.* l. 11, § 3. l. 27, § 7. l. 38. — l. 1, 5, C., *de Recept.*, II, 56.

## CHAPITRE VI. — Tableau d'une Instance romaine.

Dans les premiers siècles, chaque neuvième jour était consacré à l'administration de la justice ; plus tard le nombre des jours ouvrables fut considérablement augmenté<sup>1</sup> : Marc-Aurèle en porta le nombre jusqu'à 230<sup>2</sup>. Les jours où l'on ne rendait pas la justice furent appelés jours *fériés* (*dies feriati, dies feriatici*)<sup>3</sup>. Il y avait en outre des vacances pour les juges<sup>4</sup>. Dans les provinces, c'était la tenue de *conventus* qui ouvrait et fermait les tribunaux. Après l'introduction du christianisme, le seul, dimanche fut déclaré d'abord un jour férié<sup>5</sup> ; mais ensuite s'introduisit un ordre de choses entièrement nouveau, et les jours fastes et néfastes abolis, on déclara tous les jours de la semaine ouvrables pour la justice, en exceptant seulement quelques fêtes religieuses ou civiles<sup>6</sup>. Le nombre et le jour des séances dépendaient, à ce qu'il semble, du règlement que faisait le magistrat<sup>7</sup>. On distinguait aussi entre les séances proprement dites où le magistrat siégeait en tribunal, des audiences données hors du siège judiciaire et, comme on disait, *de plano*<sup>8</sup>. Les décrets qui exigeaient un examen préalable (*causæ cognitio*) ne se donnaient que *pro tribunali*<sup>9</sup>. Toutes les autres décisions moins importantes se décidaient sommairement par sentence mise au bas du *libellus*<sup>10</sup>. Cette distinction se retrouve même dans les juridictions municipales<sup>11</sup>.

Le lieu où se rendait la justice était, à Rome, le *comitium* ou le *forum*<sup>12</sup>. *Rem ubi pagunt orato, disait la loi des Douze Tables, ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conjicito*. Là se trouvait pour les magistrats supérieurs un tribunal avec une chaise curule<sup>13</sup>. Les magistrats inférieurs<sup>14</sup> et les *judices*<sup>15</sup> siégeaient sur des *subsellia*. Dans les municipes on rencontre également un forum<sup>16</sup> et un tribunal<sup>17</sup>. Dans les provinces, les séances judiciaires étaient tenues par le gouverneur dans toute la solennité des formes romaines, publiquement, le magistrat assis au tribunal sur un siège curule<sup>18</sup>. Avec le temps ces usages changèrent, et l'on s'habitua de tenir séance non seulement dans les basiliques<sup>19</sup>, mais souvent aussi dans les bureaux, les *auditoria* ou *secretaria*.

---

<sup>1</sup> MACROB., *Sat.*, I, 15, 16. DENYS, VII, 58. FESTUS, *Nundinæ*.

<sup>2</sup> CAPITOLIN, in *M. Antonin.*, 10.

<sup>3</sup> L. 2, l. 6, D., *de Feriis*, II, 12.

<sup>4</sup> *Sup.*, c. 1, notes 25-26.

<sup>5</sup> L. 17, C. Th., *de Feriis*, II, 8. 1. 3, C., *de Feriis*, III, 12.

<sup>6</sup> L. 19, 21, 22, 24, C. Th., *de Feriis*, II, 8. L. 7, 8. C., *de Feriis*, III, 12. Les fêtes religieuses étaient la quinzaine de Pâques, Noël, l'Épiphanie, et quelques fêtes d'apôtres. Les fêtes civiles étaient l'anniversaire de la naissance de l'empereur et de son avènement à l'empire, l'anniversaire de la fondation de Rome et de Constantinople, et l'époque de la moisson et de la vendange.

<sup>7</sup> L. 5. D., *de Feriis*, II, 12. 1. 1, § 7-10, D., *quando appell.*, XLIX, 4.

<sup>8</sup> L. 2, D., *quis ordo*, XXXVIII, 15, § 1, § 2. — *Fr. Vat.*, 156, 161, 163, 165.

<sup>9</sup> L. 3, § 8, D., *de Bon. poss.*, XXXVII, 1. L. 4, C., *de Dilat.*, III, 11. — l. 2, C., *quemadm. Testam.*, VI, 32.

<sup>10</sup> L. 9, § 1, D., *de off. Proc.*, I, 16.

<sup>11</sup> *Frag. Vat.*, 112.

<sup>12</sup> *Auctor ad Herenn.*, II, 13. GELLIUS, XX, 1. PLAUT, *Pœnulus*, III, 6 ; V, 12.

<sup>13</sup> DIONYS., II, 29. TACITE, *Ann.*, I, 75. SUET., *Cæsar*, 84.

<sup>14</sup> (ASCON.) in *Divin.*, 48.

<sup>15</sup> GELL., XIV, 2. PLINE, *Ep.*, VI, 33.

<sup>16</sup> PAUL, *Sent.*, IV, 6, § 2.

<sup>17</sup> SUET., *de Claris Orat.*, 6. ORELLI, *Insc.*, 3219. Et *sup.*, n. 11.

<sup>18</sup> CIC., in *Verr.*, II, 33. SAINT-JEAN, XIX, 13. *Act. apost.*, XVIII, 12, 16, 17.

<sup>19</sup> PLINE, *Ep.*, II, 14 ; V, 21 ; VI, 33. PAUL, *Sent.*, IV, 6, § 2.

Éloquence et tribunaux, sous le régime nouveau, tout se réduisait à des proportions mesquines : *Quantum virium, s'écrie Tacite, detraxisse orationi auditoria et tabularia credimus in quibus jam fere plurimæ causæ explicantur ? Nam quomodo nobiles equos cursus et spatia probant, sic est aliquis oratorum campus, per quem nisi liberi et soluti ferantur, debilitatur ac frangitur eloquentia*<sup>1</sup>. Sans liberté politique, pas : d'éloquence même civile. Cet usage de juger dans d'étroites enceintes, conforme au génie d'un gouvernement peu soucieux de la publicité, devint général, et le tribunal même fut placé dans le *secretarium*<sup>2</sup>. Au reste les procédures eurent lieu publiquement, portes ouvertes<sup>3</sup> et en présence de l'*officium*<sup>4</sup>. C'était même un privilège des personnes de rang élevé d'avoir un siège d'honneur auprès du juge<sup>5</sup> ; mais souvent aussi un rideau tendu cachait le tribunal au reste de l'auditoire et permettait ainsi dans l'ombre des bassesses impunies : *Cessent*, dit Constantin avec une énergie qui montre assez la profondeur du mal, *cessent jam nunc rapaces officialium manus, cessent inquam ; nam si moniti non cessaverint, gladiis præcedentur. Non sit venale iudicis velum, non ingressus redempti, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa præsidis cum pretio : œque aures judicantis pauperrimis ac divitibus reserentur*<sup>6</sup>.

Dans les premiers temps de la législation, c'était au demandeur à amener son adversaire devant le tribunal. A cet effet la loi des Douze Tables l'autorisait, après sommation préalable et refus constaté par témoins, d'employer la force pour traîner le défendeur à l'audience<sup>7</sup>. Ce dernier pouvait néanmoins résister à cette sommation brutale en offrant caution solvable et qui se portât fort pour l'affaire ; cette caution se nommait *vindex*<sup>8</sup>. Ce principe de laisser au demandeur le soin d'amener le défendeur en justice se maintint en vigueur jusque fort tard<sup>9</sup> ; mais, tout en respectant le principe, l'édit et la jurisprudence introduisirent dans la pratique des adoucissements notables soit en faveur de certaines personnes<sup>10</sup> que leur dignité ou le respect devait mettre à l'abri de cette mesure violente, soit pour quelques époques privilégiées, telles que la moisson et la vendange<sup>11</sup>. Enfin on ne pouvait vous saisir en toute place<sup>12</sup>, et, comme chez tous les peuples libres, la maison du citoyen était un asile inviolable, où nul, pas même un créancier, ne pouvait pénétrer : *Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri*. Peu à peu

<sup>1</sup> *Dialog. de causis corr. eloq.*, 39. l. 6, l. 9, C. Th., *de off. Rect.*, I, 16.

<sup>2</sup> LYDUS, *de Magist.*, II, 16, 17 ; III, 11, 30.

<sup>3</sup> L. 9, *de off. Rect.*, C. Th., I, 16.

<sup>4</sup> L. 10, C. Th., *de off. Rect.*, I, 16.. — l. 6, C., *de Sent.*, VII, 45. — LYDUS, *de Magist.*, II, 15 ; III, 35.

<sup>5</sup> L. 1, C., *de off. jud. civ.*, I, 45. 1. 3. C., *de off. div. jud.*, I, 48. l. 5. C. Th., *de proxim*, VI, 26. *Ibid.*, l. 7. l. 16.

<sup>6</sup> C. Th., *de off. Rect.*, l. 16. l. 5, C., *de Naufrag.*, XI, 5. GOTHOFRED, *ad l. 1. C. Th. de off. Rect.*, I, 7.

<sup>7</sup> CIC., *de Legib.*, II, 4. FESTUS, v° *Struere, ut in XII Tab.* GELL., XX, 1. HORAT., *Sat.*, I, 9, v. 74-78. PLAUT, *Persa*, IV, 9, v. 8-10. *Curcul.*, Act. V. sc. 2, v. 23 et ss.

<sup>8</sup> GELLIUS, XVI, 10, (*In XII Tab.*), IV, 46 (*sup.*, c. 2, n. 13). FESTUS, *Vindex*. — l. 22, § 1. D., *de in jus voc.*, II, 4.

<sup>9</sup> GELL., XIII, 13. l. 1, 2, 3. C., *de injus voc.*, II, 2.

<sup>10</sup> GAIUS, IV, 46 (*sup.*, c. 2, n. 13), 183 ; l. 2. D., *de in jus voc.*, II, 4 ; l. 3-8, 22, 23, 24. — § 3. *Inst.*, *de Pæna temer. litig.*, IV, 16.

<sup>11</sup> L. 1, D., *de Feriis*, II, 12 ; l. 2, § 1, D., *si quis in jus*, II, 5. 31.

<sup>12</sup> L. 18, D., *de in jus voc.*, II, 4.

l'emploi direct de la force, quoique toujours reconnu par la loi<sup>1</sup>, devint inutile, grâce à une action que donna l'édit<sup>2</sup> et à certaines contraintes judiciaires<sup>3</sup> ; une caution ordinaire (*fidejussor*) fut aussi admise à remplacer le *vindex*<sup>4</sup>, et voici comment s'engagèrent alors les procédures. Au lieu de l'*in jus vocatio*, les parties convinrent, par stipulation spéciale dite *vadimonium* (*satisdatio, stipulatio in judicio sistendi causa facta*, dans les Pandectes) ; de se présenter à jour donné devant la justice<sup>5</sup> ; et la rigueur de l'ancienne procédure ne s'exerça plus, sinon au cas où la partie laissait passer le jour fatal sans se présenter<sup>6</sup>. Quand le défendeur était absent ou si bien caché qu'on ne pouvait lui faire de sommation, le préteur décrétait l'envoi en possession de ses biens<sup>7</sup>.

A Rome, devant le tribunal, l'affaire s'engageait, s'il était possible, immédiatement ; dans les provinces, où à l'époque du *conventus* les affaires se présentaient en foule ; le sort décidait à l'ouverture de la session du jour où l'affaire serait appelée<sup>8</sup>. Quant à la marche des procédures elle était dans les premiers temps donnée par les *legis actiones*. Dans la procédure formulaire l'instance s'engagea par la communication de la demande faite par le demandeur au défendeur<sup>9</sup>, ce qui se nommait *editio actionis*, en même temps on faisait connaître à l'adversaire la formule dont on entendait se servir<sup>10</sup>.

Quand le point litigieux avait dans l'édit sa formule spéciale, l'action était suffisamment intentée par simple référence à l'édit du préteur. *Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album, et demonstret quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit*<sup>11</sup>. Mais, quand l'édit faisait dépendre l'obtention de la formule d'un examen préalable<sup>12</sup> (*causæ cognitio*) du préteur, ou quand il s'agissait d'un acte que l'édit n'avait pas prévu<sup>13</sup>, ou enfin quand il était évident que la plainte n'avait aucune base<sup>14</sup>, le préteur pouvait refuser l'action. Entre plusieurs actions également admissibles le demandeur avait le choix<sup>15</sup> ; il pouvait aussi jusqu'à la litis contestation rectifier la formule ; mais passé la litis contestation toute modification était impossible<sup>16</sup>. Le demandeur jouant le rôle principal dans le choix de la formule, c'était lui qui portait toute la responsabilité de son élection, et quand le préteur avait dressé la formule du *judicium* sur une donnée vicieuse du demandeur, il pouvait arriver que par la mauvaise rédaction

---

<sup>1</sup> L. 2.1, D., *de in jus voc.* — l. 3, § 1. D., *qui satisd.*, II, 8.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 46 (*sup.*, c. 2, n. 13).

<sup>3</sup> L. 2, § 1, D., *si quis in jus*, II, 5. l. 1, § 3, *de insp. ventre*, D., XXV, 4.

<sup>4</sup> L. 1, 2, D., *in jus vocar.*, II, 6 ; l. 1, 2, 5. § 1, D., *qui satisd*, II, 8.

<sup>5</sup> CIC., *pro Tullio*, 20. — *Pro Quint.*, 5, 6.

<sup>6</sup> HORATIUS, *Sat.*, I, 9, v. 36, 37, 74-78 (*sup.*, n. 26).

<sup>7</sup> CIC., *pro Quint.*, 19. GAIUS, III, 78 ; l. 17, *de injus voc.*, II, 4. l. 7, § 1, D., *Quib. ex caus.*, XLII, 4.

<sup>8</sup> CICÉRON, *in Verr.*, II, 15. — *Ibid.* 18. — SERVIUS, *ad Æneid.*, II, 102 ; VI, 431.

<sup>9</sup> L. 1, pr., D., *de edendo*, II, 13. § 1. — L'opinion autrefois généralement reçue que l'*editio actionis* était précédée ou accompagnée d'une *postulatio actionis*, d'une demande spéciale afin d'agir, est dénuée de toute espèce de preuves.

<sup>10</sup> Le demandeur soumettait la formule au préteur ainsi que le prouvent GAIUS, IV, 35 (*sup.*, c. 2, n. 18) ; 41 (*sup.*, c. 2, n. 19), 86. 131 (*sup.*, c. 2, n. 23) ; CICÉRON, *in Verr.*, III, 65.

<sup>11</sup> L. 1, § 1, D., *de edend.*, II, 13 (*sup.*, n. 40).

<sup>12</sup> Voyez des exemples de cette *cognitio*, l. 2, pr. D., *quod cum eo*, XIV, 5. l. 10, pr. D., *quæ in fraud.*, XLII, 8. l. 1, pr. D., *de Superfic.*, XLIII, 18. L'édit portait mention des cas où la *causæ cognitio* serait nécessaire : *Actionem causa cognita dabo*, disait le préteur.

<sup>13</sup> L. 7, § 2, D., *de Pact.*, II, 14.

<sup>14</sup> CICÉRON, *pro Flacc.*, 21. GAIUS, IV, 54 (*sup.*, c. 3, n. 30). l. 26, 27, pr. D., *de V. O.* (XLV, 1).

<sup>15</sup> CICÉRON, *pro Cæcina*, c. 3.

<sup>16</sup> L. 3, C., *de edendo*, II, 1. l. 4, § 3, D., *de Noxal. act.*, IX, 4.

de la formule toute l'affaire fût perdue<sup>1</sup>, ce qui explique comment la dresse des formules demandait un talent tout spécial et faisait une partie importante de la science du jurisconsulte<sup>2</sup>. Du reste, quand le demandeur doutait de certaines qualités de son adversaire, qualités qu'il avait besoin de connaître pour dresser régulièrement sa plainte, il pouvait le contraindre à s'expliquer devant le préteur<sup>3</sup>.

Après la demande venait la défense de l'adversaire<sup>4</sup>, et quand cette défense consistait en une exception, venait l'ex-posé de la clause exceptionnelle à introduire dans la formule<sup>5</sup>. Toute cette procédure était orale, mais il est certain que dès un temps reculé on dressait procès-verbal du dire des parties et de l'interlocutoire du magistrat<sup>6</sup>. Quand l'affaire ne se pouvait terminer en un même jour, le défendeur devait garantir par un *vadimonium* qu'il se présenterait au, nouveau jour indiqué<sup>7</sup>. S'il ne se présentait pas, et qu'il n'eût point d'excuse suffisante<sup>8</sup>, le demandeur dressait acte de cette absence en présence de témoins<sup>9</sup>, et il pouvait alors ou exiger la somme stipulée par le *vadimonium*<sup>10</sup>, ou poursuivre le défaillant, comme si ce dernier eût perdu son procès, soit en suivant par contrainte personnelle d'après la rigueur de l'ancien droit, soit en demandant l'envoi en possession d'après l'édit<sup>11</sup>. Pareille contrainte avait lieu contre le défendeur qui comparaisait, mais refusait de répondre<sup>12</sup>.

Les procédures injure terminées, le préteur résumait leur résultat dans la formule destinée au *judex*<sup>13</sup> ; il passait ensuite à la nomination du juge, et enfin le *judicium* ainsi constitué ; la *litis contestatio* s'accomplissait. Il semble qu'à l'origine toutes ces formalités s'exécutaient immédiatement ; plus tard, il y eut un délai de trente jours<sup>14</sup> pour que le préteur rédigeât à loisir la formule. La *litis contestatio* accomplie ; les deux parties, à moins de délais donnés par le préteur pour faire la preuve ou pour quelque autre raison légitime<sup>15</sup>, devaient se présenter devant le juge le troisième jour ; nommé *dies perendinus*, *dies comperendinus*<sup>16</sup> C'est à ce moment qu'au temps des *legis actiones* se donnaient peut-être ces cautions (*vades*, *subvades*) dont parle la loi des Douze Tables<sup>17</sup> ;

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 57 (sup., c. 5, n. 6), 67, 68. *Fragm. Vat.*, 53. CICÉRON, *de Invent.*, II, 19 ; *de Orat.*, I, 36. QUINTILIEN, *Inst. orat.*, III, 6, § 69.

<sup>2</sup> CICÉRON, *Topic.*, c. 17.

<sup>3</sup> L. 1, D., *de interrogatoribus injure faciendis et interrogatoriis*, XI, 1 et 61. — *Ibid.*, l. 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 20, 21.

<sup>4</sup> CIC., *Orat. partit.*, c. 28, explique avec sa netteté ordinaire le mécanisme de la procédure formulaire.

<sup>5</sup> CIC., *de Invent.*, II, 19.

<sup>6</sup> Voyez des exemples de cette procédure, *Fragm. Vat.*, § 112. — l. 21, D., *de Auct. tut.*, XXVI, 8. — l. 3, D., *de his quæ in testam. dolent.*, XXVIII, 4. — SPANGENBERG, *Tabulæ neg. solem*, n° 63.

<sup>7</sup> GAIUS, IV, 184, 187. — CIC., *pro Quint.*, c. 7, S. GELLIUS, VII, 1.

<sup>8</sup> L. 2, 3, 4, D., *si quis caution.*, II, 11.

<sup>9</sup> CIC., *pro Quint.*, 6, 17. l. 22, pr. D., *ex quib. caus. maj.*, IV, 6.

<sup>10</sup> GAIUS, III, 224 ; IV, 185, 186.

<sup>11</sup> L. *Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 21, 22 (sup., c. 3, n. 38). CIC., *pro Quint.*, 15, 18. l. 2, pr. D., *quib. ex caus. in posses.*, XLII, 8.

<sup>12</sup> L. *Rubria*, c. 21, 22. — l. 52, D., *de R. J.*, l. 17.

<sup>13</sup> (ASCON.) *in Verr.*, 11, 12 (Orelli, p. 211).

<sup>14</sup> GAIUS, IV, 15, 18 (sup., c. 3, n. 35). (ASCON.) *in Verr.*, I, 9. SERVIUS, *ad Æn.*, VI, 431 (sup., n. 33).

<sup>15</sup> L. 7, 10, *de Feriis*, II, 12. l. 36, pr. — l. 45, pr. D., *de Judic.*, V, 1. l. 1-4. C., *de Dilat.*, III, 11.

<sup>16</sup> GAIUS, IV, 15. — CIC., *pro Muren.*, 12 (sup., c. 3, n. 15). FESTUS, *Res comperendinata*. — GALLIUS, X, 24. (ASCON.) *in Verr.*, I, 9, a en certainement le Gaius sous les yeux.

<sup>17</sup> GAIUS, XVI, 10. VARRO, *de Ling. lat.*, *Sponsor* et *Præs* et *Vas*.

mais à coup sûr on ne les donnait plus à l'époque de la procédure formulaire<sup>1</sup>. Il y avait seulement certains cas exactement déterminés dans lesquels on devait donner caution pour l'exécution du *judicatum*<sup>2</sup>, et dans cette garantie se trouvait naturellement compris l'engagement à comparaître *in judicio*<sup>3</sup>.

Voici maintenant quelle était la marche de la procédure engagée devant le *judex*. On exposait d'abord l'affaire en bref<sup>4</sup>, ce qui se nommait *causæ conjectio* ou *causæ collectio* ; c'était en quelque sorte des conclusions posées ; puis on plaidait en détail. Il n'y avait point de procédure spéciale pour la preuve : cette preuve mêlée aux procédures se faisait sans forme particulière<sup>5</sup>. C'était aux *patroni* de montrer leur talent en produisant ou récusant à propos les témoins amis ou adverses<sup>6</sup>. Les témoins étaient communément interrogés en personne, mais on pouvait aussi produire leur déposition écrite<sup>7</sup>. Les témoins fortifiaient leur déposition par une prestation de serment<sup>8</sup>. Jusqu'au règne de Justinien on ne fut pas forcé de déposer en matière civile ; ce fut ce prince qui introduisit ce changement<sup>9</sup>. Les autres moyens de preuves étaient les titres, la notoriété publique et les aveux, arrachés par la torture<sup>10</sup>. Ce moyen infâme, et que dans des questions civiles nul prétexte apparent ne pouvait justifier, était employé contre les esclaves en certains cas déterminés, lorsqu'il s'agissait par exemple des biens dépendant d'une succession<sup>11</sup>. Le *judex* pouvait faire compléter par le serment une preuve qu'il jugeait incomplète<sup>12</sup>, et probablement aussi une partie pouvait devant le *judex*, comme devant le préteur, déférer le serment à son adversaire<sup>13</sup>. Après les plaidoyers en règle on récapitulait les points principaux dans une vive discussion où les deux parties se pressaient d'interrogations et de réponses<sup>14</sup>, puis le jugement était prononcé. Quand il y avait plusieurs *judices*, c'était la majorité qui décidait<sup>15</sup>. Quand le juge n'était pas suffisamment éclairé par les plaidoiries, la cause était ajournée (*lis ampliata*), et l'on recommençait une seconde et une troisième fois les plaidoiries<sup>16</sup>. La sentence devait se prononcer de vive voix<sup>17</sup>, mais ordinairement elle était écrite avant le prononcé, et c'était sur la *tabella*<sup>18</sup> qu'on la lisait. Si le défendeur faisait défaut au *judicium* ; il était cité trois fois, soit par dénonciation orale (*denunciatio*) soit par dénonciation

---

<sup>1</sup> (ASCON.) *in Verr.*, I, 9 (*sup.*, n. 64).

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 88-91 (*sup.*, c. 3, n. 17), 96-102. — Pr., § 1. *Inst.*, de *Satisdat.*, IV, 11. CIC., *pro Quint.*, 7, 8.

<sup>3</sup> L. 5, § 2, D., *judicat. solvi*, XLVI, 7, l. 6, *ibid.* l. 13, *ibid.*

<sup>4</sup> GELLIUS, V, 10. (ASCON.) *in Verr.*, I, 9 (*sup.*, n. 63). l. 1, D., de *R. J.*, l. 17. GAIUS, IV, 15 (*sup.*, n. 63).

<sup>5</sup> CIC., *pro Rosc. comœd.*, 14 ; *pro Quintio*, 18. — FERRATIUS, *Epist.*, I, 3, a cru d'après un discours de Cicéron (*pro Cæcina*, c. 9, 10), que les témoins étaient entendus avant la plaidoirie ; mais ce discours ne peut servir de preuve, puisque la plaidoirie pour Cæcina avait lieu par suite d'une *ampliatio*.

<sup>6</sup> QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 7.

<sup>7</sup> QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 7, § 1. — CIC., *pro Rosc. comœd.*, 14. — l. 3, § 4, D., de *Testib.*, XXII, 5.

<sup>8</sup> CICÉRON, *pro Rosc. comœd.*, c. 15. QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 7, § 5.

<sup>9</sup> QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 7, § 9. I. 16. 1. 17, C., de *Testib.*, IV, 20.

<sup>10</sup> QUINTIL., *Inst. orat.*, V, 1-5.

<sup>11</sup> PAUL, *Sent.*, V, 15, § 6. — V, 16, § 2, *ibid.* — l. 2, D., de *App. rec.*, XLIX, 5.

<sup>12</sup> DENYS, II, 75. l. 31, D., de *Jurej.*, XII, 2. — l. 3, C., de *Reb. cred.*, IV, 1.

<sup>13</sup> L. 25, § 3, D., de *Probat.*, XXII, 3.

<sup>14</sup> QUINTIL., *Inst. orat.*, VI, 4.

<sup>15</sup> VAL. MAX., VII, 7, 1 ; l. 36, 38, pr., D., de *Re jud.*, XLII, 1.

<sup>16</sup> De là ces expressions de *prima*, *secunda*, *tertia actio*, que nous rencontrons dans CICÉRON, *pro Flacc.*, 20 ; *pro Cæcina*, 2, 33. (ASCON.) *in Verr.*, I, 9 (*sup.*, n. 63). — GELLIUS, XIV, 2.

<sup>17</sup> L. 1, C., de *Sententiis ex periculo recitandis*, VII, 44.

<sup>18</sup> SUET., *Claude*, 15. — ORELLI, *Inscr.* 3071. — SPANGENBERG, *Tab. neg.*, 81.

écrite (*litteris*), soit par affiche (*edictis*)<sup>1</sup> ; après ces formalités, la procédure se continuait malgré son absence, et le jugement rendu avait la force d'un jugement contradictoire<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> PAUL, *Sent.*, V, 53, § 7. — l. 68-71, p., *de Judic.*, V, 1, l. 72, *ibid.* — l. 26, § 29, D., *de Fideic. libert.*, XL, 5. — l. 7, 3, 9, C., *Quomodo et quando judex*, VII, 43.

<sup>2</sup> L. 73, D., *de Judic.*, V, 2.

## CHAPITRE VII. — Des Changements introduits sous les Empereurs.

Sous l'empire, les consuls conservèrent jusqu'au quatrième siècle<sup>1</sup> quelque pouvoir judiciaire. La juridiction des préteurs dura plus longtemps<sup>2</sup> Mais le préfet de la ville prit une part importante de leurs fonctions<sup>3</sup>.

Hors de Rome, dans l'Italie et dans les provinces, la juridiction fut partagée entre les magistrats municipaux et les gouverneurs. L'empire, jaloux des franchises municipales, avait réduit de beaucoup la compétence des magistrats municipaux la juridiction criminelle leur avait été complètement enlevée, et de la juridiction civile il ne leur était resté qu'une compétence fort étroite et bornée aux actes qui intéressaient la *jurisdictio*, sans intéresser l'*imperium*<sup>4</sup>. Au-dessus de tous ces magistrats s'élevait l'empereur, juge suprême de l'empire. Il décidait les causes portées devant lui soit en les examinant par lui-même<sup>5</sup>, soit en déléguant le jugement tantôt au sénat<sup>6</sup>, tantôt à un magistrat, ou à quelque particulier faisant fonction de *judex*<sup>7</sup>.

En ce qui concerne les procédures, on s'en tint aux anciennes formes. Le magistrat engageait l'affaire, puis renvoyait devant un *judex*. Ainsi agirent le préfet de la ville et celui du prétoire<sup>8</sup>. Ainsi agissaient également les *præsides* et les *legati* dans les provinces<sup>9</sup>. Mais, par une suite naturelle de l'arbitraire du gouvernement, on s'éloigna souvent de l'ancien ordre de choses, et l'on crut inutile de s'astreindre à la régularité et aux longueurs de l'ancienne procédure ; ce fut d'abord le *judex* nommé par l'empereur<sup>10</sup> qu'on affranchit des règles antiques ; mais le changement gagna rapidement. Il s'établit donc une distinction entre les procédures ordinaires et les *cognitiones extratordinariæ*<sup>11</sup> ou *persecutiones*<sup>12</sup>. On agissait par instance *extra ordinem* quand le principe sur lequel se fondait la demande n'était pas reconnu par le droit civil ou l'édit, et ne pouvait ainsi s'appuyer que sur une décision *extraordinaria* de l'empereur<sup>13</sup> ; dans ce cas, le magistrat introduisait l'instance (*jus dicebat*), non pas dans la forme régulière, comme magistrat, mais *extra ordinem* et comme commissaire<sup>14</sup>. Ces cas extraordinaires se multiplièrent rapidement<sup>15</sup>. Dans ces nouvelles

---

<sup>1</sup> GAIUS, II, 278.

<sup>2</sup> L. 17, C., de Appel., VII, 68. — L. 18, C., de Præd. min., V, 71. — L. 16, C. Th., de Off. præet., VI, 4. SYMMACH., Epist., VIII, 21, X, 39, Nov. 13, c. 1.

<sup>3</sup> L. 1. D., de Off. præf. urb., I, 12. L. 1, S 2. D., de Obseq. parent., XXXVII, 15 — WALTER, Histoire de la Constitution romaine, ch. XXVIII.

<sup>4</sup> L. 26, pr., D., ad Municip. l. 1. — L. 4, D., de Jurisd., II, 1. — L. 1, l. 4, § 3, 4, D., de Damn. inf., XXXIX, 2.

<sup>5</sup> SUÉTONE, Claude, 14, 15 ; Néron, 15 ; Domitien, 8. DIO CASS., LIX, 18 ; LX, 4 ; LXIX, 7 ; LXXI, 6 ; LXXVII, 17.

<sup>6</sup> CAPITOL., M. Anton., c. 10.

<sup>7</sup> PAUL, Sent., V, 5a, § 1. — L. 3, D., quis a quo appell., XLIX, 3. — ORELLI, Inscript. 3671. BÆCKH, Inscript. græc., t. I, n° 1732.

<sup>8</sup> L. 12, § 1, D., de Judic., V, 1. — L. 1, pr. D., quis a quo appell., XLIX, 3.

<sup>9</sup> L. 7, 8, de Off. præsid., I, 18.

<sup>10</sup> L. 1, § 4, D., a quib. appell., XLIX, 2. — L. 5, C., de Judic., III, 1.

<sup>11</sup> SUÉTONE, Tibère, 31 ; Claude, 15.

<sup>12</sup> L. 178, § 2, D., de V. S. GAIUS, II, 278 (sup., n. 1).

<sup>13</sup> L. 7, D., de log. Cornel. de fals., XLVIII, 10.

<sup>14</sup> L. 7, § 2, de Off. proc., I, 16.

<sup>15</sup> L. 5, pr. D., de Exir. cogn., l. 13, 1. 170, de V. S., § 1, Inst., II, 23 ; l'action contre les publicains, TACITE, Ann., XIII, 51 ; l'action à fin d'honoraires, l. 1, 4, D., de Exir. cogn., l. 13. Ibid.

procédures on ne s'astreignait ni à attendre l'époque du *conventus*<sup>1</sup>, ni à observer la solennité des formules<sup>2</sup> ; on ne nommait point non plus de *judex*, et c'était le magistrat qui seul examinait et décidait le litige (*cognoscebat*)<sup>3</sup>. Il n'était plus nécessaire que la citation fût faite par le demandeur, et c'était souvent le préteur qui faisait assigner<sup>4</sup>. Si le défendeur faisait défaut, il était trois fois cité en la forme ordinaire, puis l'instance se poursuivait et le jugement se rendait en son absence<sup>5</sup>.

Ces procédures *extraordinariæ*, singulièrement favorisées par un gouvernement peu soucieux de toutes les formes qui gênaient l'arbitraire du juge, on s'habitua de jour en jour à voir le magistrat juger directement sans l'aide d'un *judex*. Dioclétien fit de cette forme, jadis exceptionnelle, la régie générale<sup>6</sup>. Il fut néanmoins permis aux gouverneurs de nommer des juges subalternes et permanents, chargés de l'examen des petites affaires (*judices pedanei*)<sup>7</sup> ; et en fait l'usage de renvoyer le litige au jugement d'un *judex*<sup>8</sup> continua de subsister pour le simple magistrat comme pour l'empereur ; ce fut même dans ce but que Zénon et Justinien établirent dans Constantinople des collèges de juges permanents<sup>9</sup>. Également il est vrai que dans ce nouvel ordre de choses les parties eurent comme autrefois le droit de récuser le *judex* sans donner aucun motif de récusation, et le privilège de remettre la décision de l'affaire à un ou plusieurs arbitres librement choisis<sup>10</sup>. Mais ce qui distingua profondément le nouvel état de choses de l'ancien, c'est que tous ces juges subalternes, commissaires ou arbitres, ne furent plus, comme autrefois, assujettis dans l'examen du procès par une étroite formule ; il n'y eut aucune différence entre leur manière d'agir et celle du magistrat ; en résumé, dès lors, et en toute circonstance, la procédure fut toujours *extra ordinem*<sup>11</sup>. Du reste, dans l'administration de la justice le magistrat continua de s'aider de ses assesseurs<sup>12</sup> ; mais c'étaient de simples conseils, quoique chargés quelquefois d'informer sur certains détails, et il leur était sévèrement défendu de prononcer une décision qu'il appartenait de rendre au seul magistrat<sup>13</sup>. Le juge délégué s'entourait aussi de tels conseils ou assesseurs<sup>14</sup>.

---

<sup>1</sup> THÉOPHILE, III, 12, pr. *Bonerum emptio*.

<sup>2</sup> L. 47, § 1. D., *de Negot. gest.*, III, 5. ULP., XXV, 12. GAIUS, II, 278.

<sup>3</sup> L. 8, *de Off. præsid.*, D., I, 18. L. 9, *ibid.*

<sup>4</sup> L. 1, § 1, D., *de Feriis*, II, 12. L. 1, § 2, 3. D., *de Imp. venir.*, XXV, 4 (*sup.*, c. 6, n. 34).

<sup>5</sup> *Sup.*, ch. 6, n. 83, 84. BETHMANN-HOLLWEG (*Handbuch*, I, 286, 288) a cru que la procédure ordinaire se distinguait de la *cognitio extraordinaria* en ce que dans la première la citation se faisait par *denuntiatio*, tandis que, dans la seconde, elle se faisait par *edictum* ; mais cette opinion ne peut se soutenir devant la loi 26, § J, D., *de Fideic. libert.*, XI, 5.

<sup>6</sup> L. 2, *de Pedan. judic.*, III, 3.

<sup>7</sup> L. 5, C., *de Pedan. jud.*, III, 3. Ce sont les *judices pedanei* du Bas empire ; l'ancien *judex* portait aussi quelquefois ce surnom de *pedaneus*, dont on ne connaît pas l'origine, M. Bethmann-Hollweg diffère avec nous d'opinion en ce qu'il croit que ces nouveaux *judices pedanei* n'avaient pas plus que les anciens une compétence toujours subsistante, et qu'ils tenaient leur pouvoir de la délégation à eux faite par chaque affaire, *Handbuch.*, I, § 13.

<sup>8</sup> L. 2 ; C., *de Pedan. jud.*, III, 3 (*sup.*, n. 21). L. 3, C., *Ubi et ad quem*, II, 47. L. 14, 16, 18, C., *de Judic.*, III, 1. — *Nov.* 53, c. 4, pr.

<sup>9</sup> Ces *judices* portaient aussi le nom de *judices pedanei*, *arbitri pedanei*, *Nov.* 82. — L. 6, pr. C., *de Adv. div. jud.*, II, 8. — L. 27, C., *de Procur.*, II, 13. — JOANN. LYDUS, *de Magistr.*, III, 65.

<sup>10</sup> L. 16, C., *de Judic.*, III, 1.

<sup>11</sup> § 8. *Inst.*, *de Interd.*, IV, 15. — *Pr. Inst.*, *de Succes. subl.*, III, 12.

<sup>12</sup> L. 2, D., *quod quisque juris*, II, 2.

<sup>13</sup> *Nov.* 60, C., 2. — *Nov.* 82, C., 2. l. 2, C., *de Asses.*, I, 51.

<sup>14</sup> *Nov.* 60, C., 2, § 2. *Nov.* 82, C., 1, § 1.

L'introduction d'instance se modifia sous Marc-Aurèle. A côté du *vadimonium*, qui se maintint en usage<sup>1</sup>, il fut permis d'employer une autre forme et de citer le défendeur par simple dénonciation de l'action intentée<sup>2</sup>. Suivant une ordonnance de Constantin, cette dénonciation devait se faire devant le préfet de la province, ou devant un officier ayant le *jus actorum conficiendorum*<sup>3</sup>. Cette forme devint d'un usage général. Après un délai légal, qui commençait à courir du jour de la dénonciation, les procédures s'engageaient devant le tribunal<sup>4</sup>. Mais comme ce mode d'introduction d'instance entraînait encore après soi des longueurs inutiles, on affranchit de ces formalités un assez grand nombre d'actions, dans lesquelles l'affaire s'engageait et se décidait devant le juge compétent, immédiatement et sans dénonciation préalable<sup>5</sup>.

Plus tard la dénonciation tomba complètement en désuétude, et il n'en est plus question dans le recueil de Justinien. L'instance s'introduisit uniformément au moyen d'un *libellus* signé du demandeur et contenant un court exposé de l'objet et des motifs de la demande<sup>6</sup>, *libellus* que le magistrat faisait remettre au défendeur par un exécuteur (*executor*<sup>7</sup>, *viator*), en y joignant une citation orale ou écrite<sup>8</sup>. A cette forme nouvelle on transporta les effets que l'ancien droit attribuait à la citation et à l'*editio actionis*<sup>9</sup>. Le défendeur devait après un délai de vingt jours, accordés à la réflexion, donner un reçu écrit de la citation<sup>10</sup>, et assurer qu'il défendrait à la demande et resterait dans l'instance jusqu'au jugement, soit en donnant caution, ce qui était la forme la plus ordinaire, soit en prêtant serment, soit même quelquefois par une simple promesse<sup>11</sup>. Mais il y avait cette différence entre l'ancienne et la nouvelle procédure, que dans cette dernière, lorsqu'on agissait en son nom propre on n'était plus astreint, comme autrefois, à donner caution *judicatum solvi*<sup>12</sup>. *Hodie*, dit Justinien dans les *Instituts*, *sive quis in rem actione convenitur, sive in personam, suo nomine nullam satisfactionem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suæ promissioni eum jurejurondo quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem vel satisfactionem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

En l'absence d'une caution solvable, l'exécuteur devait s'assurer de la personne assignée<sup>13</sup>, et il était tenu, sous peine d'amende, de la représenter (*exhibere*) pendant toute la durée de l'instance. Quant aux mesures à prendre pour amener

---

<sup>1</sup> COLL. LEG. MOSAÏC., II, 6. PAUL.

<sup>2</sup> AUREL. VICTOR, *de Cæsar.*, 16.

<sup>3</sup> C. Th., *de Denunt.*, II, 4, l. 2.

<sup>4</sup> L. 4, C. Th., *de Denunt.*, II, 4. — SYMM., *Ep.*, X, 52.

<sup>5</sup> L. 6, C. Th., *de Denunt.*, II, 4.

<sup>6</sup> *Consult. vet. jurisc.*, C., 6. L. 3, C., *de Ann. excepr.*, VII, 40.

<sup>7</sup> *Inst.*, *de Act.*, IV, 6.

<sup>8</sup> L. 17, § 1, C., *de Dignit.*, XII, 1. *Nov.* 123. C., 8.

<sup>9</sup> § 3 ; *Inst.*, *de Poena temer. litig.*, IV, 6. — l. 4, C., *de in jus voc.*, II, 2.

<sup>10</sup> *Nov.* 53, C., 3. — l. un. C., *de his qui potent. nom.*, II, 15.

<sup>11</sup> *Nov.* 53, *præf.* C, 3, (*sup.*, n. 33.) § 2. *Inst.*, *de Satisd.*, IV, 11. — l. 4, § 1. C., *de Sportul.*, III, 2. — l. 17, C., *de Dignit.*, XII, 1. — l. 25, § 1. c. 33, § 3. C., *de Episc.*, I, 3.

<sup>12</sup> *Pr.*, § 1, 2, *Inst.*, *de Satisd.*, IV, 11. Voyez cap. 6, n. 66.

<sup>13</sup> L. 1, *de Sportul.*, III, 2. — On faisait exception pour quelques personnes privilégiées telles que les médecins (l. 6, C., *de Medic.*, X, 52), les femmes (*Nov.* 134, c. 9.) les Décurions (*Nov.* 151, c. 1.)

les parties devant le juge et préparer l'instance, c'étaient les bureaux du magistrat qui en étaient chargés<sup>1</sup>.

Au jour indiqué, le demandeur exposait sa plainte en détail. Les anciennes formules abolies dès le règne de Constantin, le demandeur frit tout à fait libre dans la rédaction de sa demande<sup>2</sup>. Mais néanmoins les anciennes distinctions et désignations d'actions se maintinrent pour la plus grande part dans la pratique, et de la conception des formules il resta même une procédure préparatoire ayant pour objet l'impétration de l'action, qui ne fut abolie que par Théodose II<sup>3</sup>. Le demandeur reconnaissait-il le bien fondé de la demande, cette reconnaissance produisait le même effet que l'ancienne *confessio injure*<sup>4</sup>. Y avait-il contradiction, le débat était dès lors considéré comme engagé, et c'est à ce moment qu'on rattachait le nom et les effets de l'ancienne litiscontestation<sup>5</sup>. Les exceptions ; les répliqués, les dupliques continuèrent de subsister, mais elles ne dépendirent plus de la conception d'une formule, et par une conséquence naturelle les exceptions dilatoires n'entraînèrent plus après elles la perte de l'action<sup>6</sup>. La procédure consista en plaidoiries et réponses dont procès-verbal était dressé par les *officiales*<sup>7</sup> ; le juge dirigeait l'instance, et n'arrêtait les plaidoiries que lorsqu'il jugeait l'affaire suffisamment instruite<sup>8</sup>. Les témoins assignés par les *officiales*<sup>9</sup> prêtaient serment avant de déposer ; ainsi l'avait établi Constantin<sup>10</sup>. On les interrogeait en présence des deux adversaires<sup>11</sup>, procès-verbal était tenu de leurs dépositions<sup>12</sup> ; et ce procès-verbal était communiqué aux parties<sup>13</sup>. On fit à cette époque des lois, toutes spéciales sur la preuve par titres<sup>14</sup> ; et l'écriture jouant alors un rôle important dans les transactions, on employait d'ordinaire, pour la rédaction des actes les tabellions établis dans les villes en des bureaux (*stationes*) situés sur les places publiques<sup>15</sup>.

Voici maintenant quels principes réglaient la matière des jugements. La sentence devait, sous peine de nullité, être mise en écrit et lue sur la minute (*periculum*)<sup>16</sup>. On l'insérait ensuite dans le registre des arrêts ; le juge la signait, et on en délivrait copie aux parties avec extrait du procès-verbal<sup>17</sup>. En Orient, depuis Arcadius, il fut permis de rédiger les jugements en langue grecque<sup>18</sup> ; mais à Constantinople l'usage de la langue latine se maintint jusqu'à Justinien<sup>19</sup>. Il ne

---

<sup>1</sup> L. 7, C. Th., de Off. rect. prov., I, 16. — I. 7, § 6, C., de Adv. div. jud., II, 8. — Nov. 82, c. 7, § 1. C'était l'*ab actis* qui jouait le principal rôle dans cette circonstance. LYDUS, de Magist., III, 20.

<sup>2</sup> L. 1, C., de From., II, 58.

<sup>3</sup> L. 2, C., de From., II, § 8.

<sup>4</sup> C'est ce que prouve l'intitulé des tit. 2, D. XLII, et 59, C., VII, de Confessis.

<sup>5</sup> L. un. § 1, C. Th., de Act. cert. temp., IV, 14. — I. 14, § 1, C., de Judic., III, 1. C'est en ce sens qu'a été interpolée la loi de Sévère (L. un. C., de Lit. contest., III, 9.). — Voyez ch. 4, n. 1.

<sup>6</sup> § 10, Inst., de Except., IV, 13.

<sup>7</sup> LYDUS, de Magist., III, 20, 27, 1. 32, § 2, C., de Appell., VII, 62.

<sup>8</sup> L. 1, C. Th., de Judic., II, 18.

<sup>9</sup> SYMM., Epist., X, 45.

<sup>10</sup> L. 9, pr., C., de Testib., IV, 20. Sur l'ancien droit voyez ch. 6, n. 72.

<sup>11</sup> L. 19, C., de Testib. — I. 18, C., de Fide instrum., IV, 21. — Nov. 90, c. 9.

<sup>12</sup> L. 20, C., de Testib., IV, 20. — Nov. 90, c. 3, 5, 6.

<sup>13</sup> Nov. 90, c. 4.

<sup>14</sup> L. 16, l. 20, C., de Fide instrum., IV, 21. Nov. 49, c. 2. Nov. 73, c. 3, 4, 6, 7. Toutes ces lois ont pour principal objet la vérification d'écritures.

<sup>15</sup> L. 17, C., de Fide instrum., IV, 21. Nov. 44. Nov. 73, c. 2, 5, 7, 8.

<sup>16</sup> L. 2, C., de Sent. ex peric. recit., VII, 44. Ibid., l. 3. — I. 1, 2, 3, C. Th., de Sent. ex peric. recit., IV, 17. Nov. 93, in ppio.

<sup>17</sup> LYDUS, de Magist., III, 11.

<sup>18</sup> L. 12, C., de Sent. et interloc., VII, 45.

<sup>19</sup> LYDUS, de Magist., II, 12 ; III, 11, 20, 42.

fut plus nécessaire que la condamnation portât toujours sur une somme d'argent ; elle pouvait avoir pour objet la chose même qui avait occasionné le litige<sup>1</sup>. Mais comme, dans le nouvel ordre de choses, on admettait, ainsi que dans l'ancien, les décisions amiables du *judex*, la distinction des *actiones arbitrariæ* continua d'exister<sup>2</sup>. Dans les questions difficiles, le juge, au lieu de prononcer lui-même, avait le droit de renvoyer la décision à l'empereur<sup>3</sup>. Dans ce cas, une fois les procédures terminées, il transmettait à l'empereur, par un de ses *officiales*, le procès-verbal de l'affaire, son avis et les conclusions des parties<sup>4</sup>. La décision était remise à lice commission composée du questeur du palais et de deux autres *personæ illustres*<sup>5</sup>. Plus tard Justinien eut le courage d'abolir ces *relationes*, qui, en favorisant la paresse ou la timidité du juge, éternisaient les procès<sup>6</sup>.

Quand le défendeur se tenait caché pour éviter la citation<sup>7</sup> ou quand, après la citation faite et la caution donnée, il ne se présentait pas<sup>8</sup> ou qu'il se retirait de la procédure<sup>9</sup>, l'affaire se continuait sans liai après les trois citations d'usage<sup>10</sup> et si le jugement lui était contraire, on accordait au demandeur l'envoi en possession des biens du défendeur<sup>11</sup> ou la possession de l'objet litigieux quand l'action était réelle<sup>12</sup>.

Au lieu de suivre l'ordre général des procédures, il était permis de s'adresser immédiatement à l'empereur, ce qui avait lieu par un *libellus supplicationis*<sup>13</sup> ; à la présentation duquel la jurisprudence attachait les effets de la litiscontestation<sup>14</sup>. Ordinairement l'empereur n'examinait pas lui-même l'affaire ; il renvoyait le demandeur devant le juge ordinaire ou devant un juge délégué, et ce renvoi avait lieu par un rescrit rédigé par le questeur et signé par l'empereur<sup>15</sup>. Le demandeur communiquait au juge ce rescrit avec le *libellus*, et le juge à son tour communiquait ces deux pièces au défendeur<sup>16</sup>. Aussi longtemps que la litisdénonciation fût en usage<sup>17</sup>, l'*editio rescripti* en tint lieu et fit courir les mêmes délais<sup>18</sup>. Le reste des procédures suivait la marche accoutumée.

Un changement qui se fit sentir dans toutes les parties de la procédure fut l'introduction des *sportulæ* pour les officiers de justice. Constantin avait défendu, mais en vain, cet abus, qui depuis longtemps subsistait dans les provinces<sup>19</sup> ; et

---

<sup>1</sup> § 32, Inst., de Act., IV, 6. — l. 17, C., de Fideic. libert., VII, 4.

<sup>2</sup> Sup., ch. 5, note 11.

<sup>3</sup> L. 1, C. Th., de Relat., XI, 29. — l. 55, C. Th., de Appell., XIII, 30. — WALTER, Constitution romaine, ch. 31, n. 124.

<sup>4</sup> L. 5, C. Th., de Relat., II, 29. — l. 1, 8, 24, 29, 31, C. Th., de Appell., XI, 30. l. 1., C., 9, de Relat., VII, 61. Nov. 82, c. 14. — On peut voir des exemples de ces *Relationes* dans SYMM., Ep., II, 30, X, 39, 50.

<sup>5</sup> L. 34, C., de Appell., VII, 62.

<sup>6</sup> Nov. 125.

<sup>7</sup> L. 1, C., quorum appell., VII, 65. L. 9, C., de bon. auct. jud. possid., VII, 72.

<sup>8</sup> Nov. 53, c. 4, § 1. — Nov. 69, c. 3, pr.

<sup>9</sup> L. 13, § 3, C., de Judic., III, 1.

<sup>10</sup> Sup., cap. 6, note 83 ; c. 7, n. 20.

<sup>11</sup> Sup. n. 68, 69, 70.

<sup>12</sup> L. 8, § 3, C., de Præscr. trig. ann., VII, 29.

<sup>13</sup> L. 8, C., de precib. Imp. offer., I, 19.

<sup>14</sup> L. 10, C. Th., de div. resc., I, 2. — l. 1, C., quando libel., I, 20.

<sup>15</sup> L. 6, l. 7, C., de divers. resc., I, 23.

<sup>16</sup> L. 2, C. Th., unde vi., IV, 22. — l. un. C. Th., de Act. cent. temp., IV, 14. — Nov. 112, c. 3, pr.

<sup>17</sup> Sup., n. 31, 35.

<sup>18</sup> L. 4, C. Th., de Denunt., II, 4, (sup., n. 33), l. 5, ibid. SYMM., Ep., X, 39.

<sup>19</sup> L. 7, C. Th., de off. Rect. pro., I, 16 (sup., c. 6, n. 25).

au cinquième siècle, on dut se contenter de mettre des bornes à un arbitraire excessif en établissant une taxe légale. Il y eut dès lors des *sportulæ*, reconnues par la loi pour l'insinuation et la citation<sup>1</sup>, pour l'introduction d'instance, pour la rédaction et la signification des actes<sup>2</sup> et le reste. Les *judices pedanei* eurent également, des *sportulæ* dont la loi, quand le litige montait à plus de cent *aurei*, fixa le chiffre à quatre *aurei* pour chacune des parties<sup>3</sup>, somme lourde assurément. Certaines personnes avaient le privilège de ne rien payer<sup>4</sup> ou de payer moins que la taxe ordinaire<sup>5</sup>, et ce, privilège profitait à leurs adversaires<sup>6</sup>. Dans les affaires de peu de valeur<sup>7</sup>, ou dans les procès concernant les clercs et portés devant une juridiction ecclésiastique<sup>8</sup>, on procédait, pour éviter les frais de justice, sans écritures, par simple citation de vive voix, et l'on se contentait de tenir une notation sommaire des procédures et du jugement.

---

<sup>1</sup> THÉOPH., IV, 6, § 34, nous apprend que ce droit était de demi pour cent de la somme réclamée. L. 29, § 1, 3, C., de *Episc. aud.*, I, 4.

<sup>2</sup> L. 12, § 1, C., de *proxim.*, XII, 19. l. 4, C., de *Castrens.*, XII, 26.

<sup>3</sup> Nov. 82, c. 7, 9.

<sup>4</sup> L. 7, § 6, C., de *adv. div. jud.*, II, 8. Nov. 123, c. 28.

<sup>5</sup> L. 25, § 2, l. 33, § 5, C., de *Episc.*, l. 3 ; v. aussi la note 82.

<sup>6</sup> L. 6, C., de *fruct.*, VII, 51. — l. 12, § 4, C., de *proxim.*, XII, 19.

<sup>7</sup> L. 3, § 4, C., de *privil. schol.*, XII, 30. — Nov. 17, c. 3. Nov. 28, c. 3. Nov. 82, c. 5. LYDUS, de *Magist.*, III, 15.

<sup>8</sup> Nov. 83, præf. pr.

## CHAPITRE VIII. — De l'Exécution.

D'après la loi des Douze Tables, le condamné, avait pour s'exécuter un délai de trente jours<sup>1</sup> ; ce délai expiré, son adversaire pouvait l'amener devant le magistrat et intenter contre lui la *legis actio* par *manus injectio*. L'effet de cette *legis actio* était tel que si le défendeur ne présentait pas caution suffisante, le demandeur l'emmenait prisonnier<sup>2</sup>. On le gardait captif durant soixante jours, et pendant ce délai, son nom et le montant, de la dette étaient publiquement criés par trois jours de marché. Si cet appel n'avait point de résultat, on pouvait tuer le débiteur ou le vendre à l'étranger<sup>3</sup>. Cette exécution avait lieu non seulement pour les dettes d'argent, mais en toute espèce de jugements (*rebusque jure judicatis*<sup>4</sup>), ainsi même quand la condamnation avait pour objet la restitution d'une chose, ou, quelque autre prestation personnelle<sup>5</sup>. Avec une telle puissance accordée au demandeur sur la personne de son débiteur, il eût été bien superflu de joindre une exécution judiciaire sur les biens ; aussi était-elle inconnue dans ces anciens jours.

Le principe qui laissait l'exécution au demandeur se maintint dans la législation prétorienne ; mais il devint possible de saisir directement les biens sans s'adresser à la personne<sup>6</sup>. Quand le débiteur n'exécuta pas le jugement dans le délai donné<sup>7</sup>, on obtint du magistrat un *decretum*<sup>8</sup>, qui autorisa le demandeur à s'emparer, avec l'aide des officiers judiciaires<sup>9</sup>, de tout l'avoir du débiteur<sup>10</sup>. Cet envoi se nommait *missio in possessionem rei servandæ causa*. On attribua un interdit spécial<sup>11</sup> à cet envoi en possession qui avait pour but de conserver la chose<sup>12</sup> : ..... *Rei servandæ causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione cusodiæ causa*, dit Ulpien. Du même coup le demandeur obtenait sur la chose saisie et un droit de gage que protégeait le préteur<sup>13</sup> et le droit de faire vendre<sup>14</sup>. La poursuite n'avait pas lieu par la forme ancienne de la *manus injectio*, mais au moyen d'une action ordinaire, dont l'objet était

---

<sup>1</sup> GELLIUS, XV, 13 ; XX, 1.

<sup>2</sup> LIV., II, 23, 24, 27, 28. — GELLIUS, XX, 1. GAIUS, IV, 21, 25.

<sup>3</sup> GELLIUS, XX, 1.

<sup>4</sup> SAVIGNY, dans son *Mémoire sur le prêt d'argent chez les Romains*, est d'une opinion contraire à la nôtre ; mais il a été réfuté par BETHMANN-HOLLWEG, *Handbuch*, I, § 28, 29.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 48.

<sup>6</sup> Il semblerait d'après l'édit que rapporte Tite-Live, II, 24, qu'il eût été loisible d'agir ainsi des les premiers temps. Mais cet édit ne parle que des *nexi* pour lesquels arriverait le jour d'échéance pendant qu'ils sont occupés à la guerre ; l'édit les protège contre le droit rigoureux de leurs créanciers.

<sup>7</sup> GAIUS, 78. — L. 2, 4, § 5. L. 7, 29, 31, *de Re jud.*, D., XLII, 1.

<sup>8</sup> L. 15, *pr.*, § 1, D., *de Rejud.*, XLII, 1. Les magistrats municipaux n'avaient point le droit de rendre ce décret ; ce droit appartenait en Italie au préteur, dans les provinces au gouverneur. *L. Rubria de Gallia Cisalp.*, c. 21, 22. L. 26, D., *ad Municip.*, I, 1 (*sup.*, c. 7, n, 4). — L. 4, D., *de Jurisd.*, II, 1.

<sup>9</sup> L. 3, D., *ne vis fiat*, XLIII, 4, § 1. — L. 5, § 27, D., *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4.

<sup>10</sup> L. 1, D., *quibus ex caus. in poss. eatur*, XLII, 4. — Le décret d'exécution avait force même pour les biens situés dans une autre province. CICÉRON, *pro Quint.*, 6, 7, 25.

<sup>11</sup> L. 1, *pr. D.*, *ne vis fiat ei*, XLIII, 4.

<sup>12</sup> CICÉRON, *pro Quint.*, 27, l. 3, § 23, *de acq. poss.*, XLI, 2. — *Ibid.*, l. 10, § 1. — L. 5, *pr. D.*, *ut in poss. leg.*, XXXVI, 4.

<sup>13</sup> L. 26, D., *de Pign. act.*, XIII, 7, § 1. — L. 35, D., *de Rebus auct. jud.*, XLII, 5.

<sup>14</sup> L. 6, § 1, D., *quibus ex caus.*, XLII, 4. *Ibid.*, § 2. *Ibid.*, l. 14, § 2.

l'exécution de l'obligation qu'avait engendrée le *judicatum*<sup>1</sup>. Seulement il est aisé de comprendre que le défendeur n'avait contre cette action que des moyens de défense fort restreints<sup>2</sup>, et encore lui fallait-il donner caution<sup>3</sup>. En outre, le refus d'exécuter le *judicatum* entraînait après soi la peine du paiement au double de la somme réclamée<sup>4</sup>. Cette exécution- par envoi en possession avait également lieu contre les absents, contre ceux qui se cachaient, contre ceux qui ne suivaient pas sur le *vadimonium*, et enfin contre ceux qui refusaient de répondre devant le prêteur<sup>5</sup>.

Ce fut sous l'empire que pour la première fois le magistrat fut chargé de l'exécution directe. Cette forme nouvelle s'introduisit probablement à l'occasion des *cognitiones extraordinariæ*. Quand la condamnation était pécuniaire, après l'expiration d'un délai calculé sur la situation de fortune dans laquelle se trouvait le débiteur<sup>6</sup>, un officier de justice saisissait et gardait comme *séquestre* des créanciers<sup>7</sup> quelques-uns des biens du condamné<sup>8</sup>. Si ce dernier ne rachetait pas le gage dans les deux mois, le prêteur faisait vendre les biens saisis<sup>9</sup> ; et quand aucun acheteur ne se présentait, il les adjugeait au créancier à un taux déterminé<sup>10</sup>. Par une suite naturelle de ce nouveau principe, quand le jugement ordonna la restitution d'une chose, cette restitution se fit par la main de la justice<sup>11</sup>. Il fut permis néanmoins (et sans doute au choix du créancier) de se tenir à l'ancienne forme d'exécution par envoi en possession, et Justinien fortifia même le droit de gage que le prêteur avait donné dans ce but<sup>12</sup>. Il y eut seulement cette modification que le créancier n'obtint plus, comme dans l'ancienne législation, l'envoi en possession de tous les biens du débiteur, mais seulement de portion suffisante pour lui assurer satisfaction *usque ad modum debiti*<sup>13</sup>. On pouvait employer cette voie d'exécution contre celui qui ne s'était pas présenté pour se défendre ; mais pour autoriser ce moyen, il ne suffisait plus, comme autrefois, du seul défaut : il fallait qu'après une procédure régulière, jugement eût été prononcé contre l'absent<sup>14</sup>. Les mesures que nécessitait l'exécution étaient du ressort de l'*officium*, auquel il fallait s'adresser en ce cas<sup>15</sup>. Du reste pour décider le débiteur à s'exécuter volontairement (car ce principe de l'ancienne législation était resté dans l'esprit de la nouvelle), Théodose ordonna, en l'an 380, que si le débiteur ne payait pas dans un délai de deux mois, les intérêts de la dette courraient contre lui à raison de 24 pour cent : *Quod a nobis*, dit l'empereur, *exemplo œquabili ex juris prisca est formulis introductum, ut, quia malæ fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, œque malæ fidei*

---

<sup>1</sup> L. 3, § 11, D., *de Pecul.*, XV, 1. — L. 1, pr. D., *quæ sentent.*, XLIX, 8.

<sup>2</sup> L. 56, D., *de Re jud.*, XLII, 1. — L. 28, § 8, D., *de Jurej.*, XII, 2. — L. 75, D., *de Jud.*, V, 1.

<sup>3</sup> GAIUS, IV., 25 (*sup.*, c. 3, n. 41), 102. V. *sup.*, ch. 6, n. 66 ; ch. 7, n. 42.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 9. — *Ibid.*, 171. — PAUL, *Sent.*, I, 19, § 1. — CIC., *pro Flacco*, 21.

<sup>5</sup> *Sup.*, cap. 6, n. 38, 58, 59, 84.

<sup>6</sup> L. 31, D., *de Re jud.*, XLII, 1.. — L. 9, C., *de Exc. rei jud.*, VII, 53.

<sup>7</sup> L. 10, D., *qui potior.*, XX, 4. — L. 1, C., *si in causa jud.*, VIII, 23.

<sup>8</sup> L. 15, pr., *de Re jud.*, D., XLII, 1, § 2. *Ibid.*, § 8.

<sup>9</sup> L. 31, D., *de Re jud.*, XLII, 1. — L. 50, D., *de Evict.*, XXI, 2. — L. 2, C., *is in causa jud.*, VIII, 23.

<sup>10</sup> L. 15, § 3, *de Re jud.*, D., XLII, 1. — *Ibid.*, § 6. — L. 3, C., *si in causa jud.*, VIII, 23.

<sup>11</sup> L. 68, *de Rei vind.*, VI, 1. Voyez aussi cap. 5, n. 10.

<sup>12</sup> L. 2, C., *de Præt. pign.*, VIII, 22.

<sup>13</sup> L. 6, § 3, 4, C., *de his qui ad Eccl.*, I, 12, Nov. 53, c. 4, § 1.

<sup>14</sup> *Sup.*, ch. 7, n. 70-75.

<sup>15</sup> LYDUS, *de Magist.*, III, 11, 12.

*debitores, simile damni periculum persequantur*<sup>1</sup>. Justinien étendit le délai de deux à quatre mois et réduisit le taux de l'intérêt de 24 à 12 pour cent<sup>2</sup>.

A côté de l'exécution sur les biens, la contrainte personnelle par réduction en servitude se maintint en Italie<sup>3</sup> et dans les provinces<sup>4</sup>. Elle subsista sous les empereurs<sup>5</sup> jusque dans les derniers temps<sup>6</sup>, non seulement pour les dettes pécuniaires ; mais pour d'autres causes également. Seulement les magistrats municipaux, qui n'avaient plus le droit d'accorder l'*immissio in bona*, ne pouvaient non plus accorder la contrainte que pour les dettes pécuniaires d'un chiffre déterminé<sup>7</sup>.

Aussi longtemps que les *legis actiones* furent en usage, l'exécution eut lieu par la forme de la *manus injectio*<sup>8</sup>, plus tard par simple *actio iudicati*. La position de l'*adjudicatus* fut alors sensiblement adoucie : ce ne fut plus un esclave de fait<sup>9</sup> ; ce fut un travailleur forcé de donner sa peine jusqu'à ce que la dette fût amortie, mais réservé son droit d'ingénuité<sup>10</sup>. Établir des prisons particulières fut défendu sous peine du crime de lèse-majesté<sup>11</sup>, et on empêcha également d'étendre la peine du père aux enfants en faisant travailler ces innocents<sup>12</sup>.

Le fisc exerçait contre ses débiteurs une contrainte personnelle des plus rigoureuses ; on n'y pouvait échapper même par la cession de biens ; ce remède ordinaire de l'infortune : *Ne quis omnino fisci debitor..... bonorum faciens cessionem liberum, a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitæ quantitatis, congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur*. Ainsi s'explique une loi cruelle rendue par Théodose<sup>13</sup>. Il y eut pour les dettes résultant de l'impôt quelques adoucissements qui n'attestent que trop quelle était alors la rapacité du fisc et la grandeur du despotisme<sup>14</sup>.

Quand il y avait plusieurs créanciers en concurrence, ils pouvaient, d'après la loi des Douze Tables, couper en morceaux le débiteur commun, atrocité qui ne fut jamais mise à exécution ou du moins dont l'histoire n'a gardé aucune trace<sup>15</sup>. Mais la procédure de l'édit était la même, qu'un seul ou plusieurs créanciers demandassent l'*immissio*. On envoyait en possession des biens pendant trente jours (quinze seulement si le débiteur était mort)<sup>16</sup>. La vente était annoncée par des

---

<sup>1</sup> L. un., C. Th., de Usur. rei jud., IV, 19.

<sup>2</sup> L. 2, 3, C., de Usur. rei jud., IV, 19.

<sup>3</sup> DENYS, XVI, 9. — LIVIUS, XXIII, 14. — L. Rubria, c. 21, 22.

<sup>4</sup> PLUTARCH., Lucullus, 20. — CICÉRON, pro Flacco, 20, 21. En Égypte la contrainte par corps pour dettes était défendue de toute antiquité (DIODORE, I, 79), et ce précieux privilège fut consacré par une constitution impériale, ainsi que le prouve l'édit de Tiberius Alexander.

<sup>5</sup> SENECA, de Benef., III, 8. — GELLIUS, XX, 1. — PAUL, Sent., V, 26. L. 34, D., de Re jud., XLII, 1. — L. 1, C., qui Bon., ced., VII, 71.

<sup>6</sup> L. 8, C., qui Bon., ced., VII, 71. — Nov. 135, c. 1.

<sup>7</sup> L. Rubria, c. 21, 22. Voyez sup., n. 8.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 25.

<sup>9</sup> LIV., II, 23 ; VIII, 28. — GAIUS, III, 189, 199. — L. 9, C., de liber. caus., VII, 16.

<sup>10</sup> QUINTIL., Inst. orat., V, 10, 60 ; VII, 3, 27 ; Declam., 311, 340, 342.

<sup>11</sup> L. 1, C., de Privat. carcer., IX, 5. — L. 23, C., de Episc. aud., I, 4. Il ne faudrait pas conclure de ces passages que dans ces derniers temps la contrainte par corps consistât seulement en un emprisonnement dans une maison d'arrêt publique.

<sup>12</sup> L. 12, C., de Obl. et act., IV, 10. — Nov. 134, c. 7.

<sup>13</sup> L. 9, § 6, D., ad. l. jul. pecul., XLVIII, 13. — L. 1, C. Th., qui bon., IV, 20. — L. 4, C. Th., de fisci debit., X, 16.

<sup>14</sup> L. 3, C. Th., de Exact., XI, 7. L. 7, ibid.

<sup>15</sup> GELLIUS, XX, 1. — DIO CASS., Exc. Mai., 12. — QUINTIL., Inst. orat., III, 6, § 84. TERTULL., Apol., 4.

<sup>16</sup> GAIUS, III, 79 (sup., n. 7).

affiches (*libelli*) mises aux places les plus fréquentées de la ville<sup>1</sup>. Ces affiches servaient en même temps, d'avis aux créanciers qui ne s'étaient pas présentés<sup>2</sup>. Pendant le cours de ces délais, le débiteur, ou quelque autre pour lui, pouvait arrêter l'envoi en possession, soit en offrant de payer, soit en alléguant des motifs d'opposition légitime ; mais on n'écoutait la défense qu'après caution donnée<sup>3</sup>. Le délai écoulé, les créanciers choisissaient parmi eux un syndic (*magister*) qui, après un second délai<sup>4</sup>, adjugeait les biens à celui qui promettait aux créanciers le dividende le plus élevé<sup>5</sup>. A offre égale, la préférence appartenait au créancier d'abord, puis ensuite au parent du débiteur<sup>6</sup>. Quand il y avait des retards à la vente, ou qu'il était nécessaire de la reculer dans l'intérêt même des créanciers, ces derniers, d'accord avec le prêteur, nommaient un *curator*<sup>7</sup>.

Pour obvier à des aliénations frauduleuses faites avant ou pendant l'*immissio*, on avait établi l'*actio Pauliana*, à fin de dommages-intérêts, et l'*interdictum fraudatorium*, à fin de restitution de la chose vendue<sup>8</sup>. L'*actio Pauliana* s'intentait même contre le débiteur, encore bien qu'elle ne pût donner contre lui que la contrainte personnelle : c'était la punition de la fraude<sup>9</sup>. L'acquéreur se trouvait en tous les droits du débiteur, comme eut fait un successeur, à titre universel<sup>10</sup>, mais, seulement en vertu du droit prétorien<sup>11</sup>. Pour obtenir la possession de la chose, il avait un interdit spécial (*interdictum possessorium*)<sup>12</sup>. Du reste sa propriété n'était que prétorienne<sup>13</sup>, et les obligations et les dettes ne lui étaient pas transmises directement, mais seulement au moyen et en prenant la forme de l'action *Rutiliana* ou de l'action *Serviliana*<sup>14</sup>. Dans la rigueur du droit, le débiteur restait obligé, et, s'il revenait à meilleure fortune, pouvait être poursuivi pour ce qu'il restait devoir<sup>15</sup>. En outre l'*immissio* et l'*actio* entraînaient après elles une tache d'infamie<sup>16</sup>. Cette infamie atteignait le débiteur même après sa mort, quand le concours s'ouvrait sur sa succession : mais le défunt pouvait éviter cette tache à sa mémoire en instituant héritier un esclave, sur lequel s'opéraient

---

<sup>1</sup> CIC., *pro Quint*, 6, 15, 19. SENECA, *de Benef.*, IV, 12. — Théophile, III, 12, explique au long toute cette procédure ; je le traduis : On mettait dans les places les plus fréquentées de la ville une affiche (προγράφη) ainsi conçue : N. notre débiteur est tombé en déconfiture ; nous, ses créanciers, nous vendons son patrimoine ; qui veut acheter se présente. Peu de jours après il y avait une nouvelle convocation de créanciers dans laquelle se décidaient les conditions de la vente (*lex bonorum vendundorum*) ; et alors on ajoutait à l'affiche une clause de ce genre : L'acquéreur répondra aux créanciers de la moitié des dettes du débiteur, de façon que celui à qui sont dus cent solidi en reçoive cinquante, et que celui à qui on doit deux cents solidi en reçoive cent. L'analogie de cette procédure de la Bonorum emptio avec celle de nos faillites est frappante en plus d'un point.

<sup>2</sup> CIC., *pro Quint*, 23. — L. 12, pr., D., *de reb. aut. jud.*, XLII, 5.

<sup>3</sup> SENECA., *de Benef.*, IV, 12 (*sup.*, n. 46). — L. 33, § 1, D., *de reb. aut. jud.*, XLII, 5.

<sup>4</sup> GAIUS, III, 79. CIC., *pro Quint*, 15 ; *ad Att.*, I, 1 ; VI, 1, 12.

<sup>5</sup> THÉOPHILE, III, 12, *pr.*

<sup>6</sup> L. 16, D., *de rebus aut. jud.*, XLII, 5.

<sup>7</sup> L. 2, *pr.*, *de Curat. bon. dando*, XLII, 7, § 1. — L. 6, § 2, D., *quib. ex. caus. in poss.*, XLII, 4. — L. 14, *pr. D.*, *de reb. aut. jud.*, XLII, 5.

<sup>8</sup> L. 1, *pr.*, D., *quæ in fraud. credit.*, XLII, 8. — *Ibid.* l. 10. — § 6, *Inst.*, *de Act.*, IV, 6.

<sup>9</sup> L. 25, § 7. *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8. — L. 6, C., *de Revoc.*, VII, 75.

<sup>10</sup> GAIUS, II, 98 ; III, 77, 78.

<sup>11</sup> THÉOPHILE, III, 12, *pr.* GAIUS, III, 80.

<sup>12</sup> GAIUS, IV, 145.

<sup>13</sup> GAIUS, III, 80.

<sup>14</sup> GAIUS, III, 81 ; IV, 35 (*sup.*, c. 2, n. 18) ; III, *ibid.* — THÉOPH., III, 12, *pr.*

<sup>15</sup> GAIUS, II, 155.

<sup>16</sup> *Lex tabulæ Heracl.*, lin. 115-117. — TERTULL., *Apolog.*, c. 4.

la poursuite et la vente<sup>1</sup>. Un autre effet de l'*immissio* était qu'en toute action ultérieure ; le failli était obligé de donner caution pour l'exécution du *judicatum*<sup>2</sup>.

Sous les empereurs la législation s'adoucit. Une loi *Julia*<sup>3</sup>, de César<sup>4</sup> ou d'Auguste permit au débiteur décéder volontairement ses biens à ses créanciers. La vente en ce cas se faisait dans les formes suivies lors de l'envoi en possession<sup>5</sup>. Le débiteur n'était pas à tout jamais libéré par cette mesure<sup>6</sup> ; mais il était du moins affranchi et de la contrainte corporelle<sup>7</sup> et de l'infamie<sup>8</sup>. Ce bénéfice, accordé seulement aux citoyens romains, fut plus tard étendu aux provinces par les constitutions impériales<sup>9</sup>. En outre quand le saisi était de rang sénatorial, un sénatus-consulte permit, comme forme régulière, la vente en détail par un *curator* nommé par le magistrat<sup>10</sup>. Néanmoins l'exécution réelle par *immissio* resta la règle ; mais la vente traîna démesurément en longueur (du moins quand l'envoi s'accordait en l'absence du défendeur) depuis qu'aux termes d'une loi de Justinien, il fut permis aux autres créanciers de se joindre à la poursuite dans le délai de deux et de quatre ans<sup>11</sup>. La vente de l'universalité des biens du débiteur disparut avec les *judicia ordinaria*<sup>12</sup>, et sous l'empire de la législation nouvelle les créanciers vendirent pièce à pièce les biens du débiteur, l'excédant mis en réserve par le juge pour les créanciers qui viendraient à se présenter<sup>13</sup>.

La procédure de la *sectio bonorum* se rapprochait beaucoup de celle que nous venons d'exposer. La *sectio bonorum*, c'était la vente, faite au profit de l'État (*publice*)<sup>14</sup>, de l'universalité des biens d'une personne ; c'est par ce dernier trait que la *sectio* se distinguait de l'*auctio*, qui était aussi une vente publique, mais d'objets certains seulement. La *sectio bonorum* avait lieu par suite d'une condamnation publique, d'une proscription<sup>15</sup> ou lorsqu'une juste confiscation faisait regorger des richesses illicitement acquises dans l'exercice des magistratures<sup>16</sup>. Le préteur donnait la possession aux questeurs<sup>17</sup>, et ceux-ci vendaient le tout au plus offrant enchérisseur<sup>18</sup>. Comme la vente se faisait *sub hasta* par l'État<sup>19</sup>, l'acheteur (*sector, manceps*) acquérait immédiatement le

---

<sup>1</sup> GAIUS, II, 154, § 1, Inst., *quib. manum.*, I, 6 — L. 3, C. Th., *de inoff. test.*, II, 19.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 102.

<sup>3</sup> GAIUS, III, 78 (*sup.*, n. 55.) ; l. 4, *qui bon. ced.*, VII, 71.

<sup>4</sup> Nous connaissons plusieurs dispositions de César faites dans ce même esprit de douceur pour le débiteur malheureux. CÉSAR, *de B. C.*, III, 1. SUET., Jul. Cæs., 42. TACITE, *Ann.* VI, 16. DIO CASS., LVIII, 2 1.

<sup>5</sup> GAIUS, III, 78-81. L. 3. L. 5, D., *de cess. bon.*, XLII, 3.

<sup>6</sup> L. 4, D., *de cess. bon.*, XLII, 3. L. 6, l. 7, *ibid.* — L. 1, C., *qui bonis*, VII, 71.

<sup>7</sup> La foi faisait une exception pour les débiteurs du fisc (*sup.*, n. 42). L. 1, C. Th., *qui bonis*, IV, 20. L. 4, C. Th., *de fisci debit.*, X, 16.

<sup>8</sup> L. 11, C., *ex quib. caus. infam.*, 11-12.

<sup>9</sup> L. 4, C., *qui nobis*, VII, 71.

<sup>10</sup> L. 5, l. 9, *de curat. fur.*, D., XXVII, 10. L. 4, 5, D., *de curat.*, XLII, 7.

<sup>11</sup> L. 10, pr., C., *de bon. aut. jud. poss.*, VII, 72.

<sup>12</sup> Pr., Inst., *de success. sublat.*, III, 12. THÉOPHILE, III, 12, pr.

<sup>13</sup> L. 10, § 1, C., *de bon. aut. jud.*, VII, 72, § 1, Inst., *de hered. qual.*, II, 49.

<sup>14</sup> GAIUS, III, 154.

<sup>15</sup> CIC., *pro Rosc. Amerin.*, 43.

<sup>16</sup> LIVIUS, XXXVIII, 58, 60. CIC., *pro Rabir.*, 4.

<sup>17</sup> LIVIUS, XXXVIII, 60, CIC., *in Verr.*, II, 1, 20. De là l'expression *bona publice possideri*, qui se trouve dans deux anciennes lois : *fragm. l. Acil. repet.*, l. 9. (HAUBOLD, *Monum.*, p. 75) ; *fragm. l. Servil.*, c. 17.

<sup>18</sup> (ASCON.) *in Verr.*, II, 1, 20, 23. — Anonym., *in Verr.*, II, 1, 20. — CICÉRON, *pro Rosc. Amer.*, c. 8.

<sup>19</sup> CICÉRON, *Phil.*, II, 26. FESTUS, *Hastæ*.

domaine quiritaire<sup>1</sup>. Il avait comme l'*emptor bonorum* un interdit particulier pour obtenir la possession (l'*interdictum sectorium*<sup>2</sup>), et, comme l'*emptor* aussi, il prenait à sa charge les dettes qui affectaient les biens<sup>3</sup>. La vente d'une hérédité dévolue au fisc se faisait en vertu des mêmes principes<sup>4</sup>. Il est fort remarquable que cet acheteur acquérait les *actiones hereditariæ*<sup>5</sup>. Rappelons enfin l'ancien usage d'adjuger, sous le nom de biens du roi Porsenna, les objets qui venaient en vente publique<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> VARRO, *de Re rust.*, II, 10. — GAIUS, III, 80.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 146.

<sup>3</sup> (ASCON.), *in Verr.*, II, 23 (*sup.*, n. 79) ; l. 2, 3, D., *de Sent. pass.*, XLVIII, 23.

<sup>4</sup> L. 1, C., *de hered. vend.*, IV, 39.

<sup>5</sup> L. 54, pr., D., *de hered. petit.*, V, 3.

<sup>6</sup> LIVIUS, II, 14. — DENYS, V, 34.

## CHAPITRE IX. — Des voies d'appel.

Sous la république, contre tout acte judiciaire du préteur, depuis la *formula concepta*<sup>1</sup> jusqu'à l'exécution<sup>2</sup>, on pouvait invoquer l'intervention de l'autre préteur<sup>3</sup>, des consuls<sup>4</sup> ou des tribuns<sup>5</sup> ; cette intervention de droit commun pour tous les actes des magistrats, arrêta court le jugement de l'affaire. Sous l'empire, la toute-puissance de l'empereur, et le caractère nouveau des magistrats, firent prendre à cette intervention une forme nouvelle qui s'accorda mieux avec les principes de la nouvelle constitution. L'appel fut introduit. A Rome, on appela des préteurs au préfet de la ville<sup>6</sup> ; en Italie, des magistrats municipaux, aux correcteurs<sup>7</sup> ; dans les provinces, aux légats et aux gouverneurs<sup>8</sup>, dans une foule de cas, au sénat<sup>9</sup> ; et enfin, à l'empereur<sup>10</sup>. Du *judex* donné on appelait à celui qui l'avait établi<sup>11</sup>. Depuis Constantin la nouvelle constitution modifia sensiblement toutes ces juridictions<sup>12</sup>.

Pour que l'appel fût régulièrement porté, il fallait l'interjeter soit immédiatement, et de vive voix, *apud acta*<sup>13</sup>, soit dans un délai donné<sup>14</sup> et au moyen d'un *libellus*<sup>15</sup>. Le juge remettait à l'appelant, pour qu'il pût suivre sur la nouvelle instance, un acte constatant qu'il avait interjeté appel ; cet acte se nommait *litteræ dimissorie*, ou, par un nom grec, *apostoli*<sup>16</sup>. A ces *litteræ* on joignait une copie des disputes de la procédure (*acta*)<sup>17</sup>. L'appelant devait remettre ces pièces au tribunal supérieur dans un délai légal<sup>18</sup>. Quand ce fut à l'empereur que se porta l'appel, il fut en usage depuis le IV<sup>e</sup> siècle, que le juge dressât une *relatio* ou *consultatio* détaillée de l'affaire ; cette *consultatio* était communiquée aux parties, qui y mettaient leurs dires, et des messagers transmettaient le tout de l'*officium* à la chancellerie impériale. Symmaque nous a conservé dans ses lettres plusieurs de ces *relationes*, et quelques-unes des plus intéressantes pour l'histoire, du droit<sup>19</sup>. De la chancellerie, l'affaire était portée au *consistorium* pour y être examinée et décidée<sup>20</sup>. Tel était l'usage pour les appels des proconsuls, du comte d'Orient, du préfet d'Égypte, des vicaires des diocèses, appels qui, sauf

---

<sup>1</sup> CICÉRON, *pro Tullio*, c. 38.

<sup>2</sup> LIVIUS, VI, 27 ; XXXVIII, 60. GELLIUS, VII, 19. CICÉRON, *pro Quint.*, 7, 20, 21.

<sup>3</sup> CÉSAR, *de Bello civ.*, III, 20. CICÉRON, *in Verr.*, II, 1, 46.

<sup>4</sup> VAL. MAX., VII, 7, § 6.

<sup>5</sup> GELLIUS, XIII, 12.

<sup>6</sup> VOPISC., *Florian.*, 5, 6. L. 38, D., *de Min.*, IV, 4.

<sup>7</sup> L. 1, l. 4, § 3, 4, D., *de Damn. inf.*, XXXIX, 2. — *Fragm. Vat.*, § 232.

<sup>8</sup> L. 2, D., *quis a quo appell.*, XLIX, 2.

<sup>9</sup> SUÉT., *Nero*, 17. TACITE, *Ann.*, XIV, 28. CAPITOL., *M. Anton.*, 10. VOPISC., *Probus*, 13.

<sup>10</sup> DIO CASS., LI, 19 ; LII, 33 ; LIX, 8. — L. 40, *de Reb. cred.*, D., XII, 1.

<sup>11</sup> L. 1, D., *quis a quo appell.*, XLIX, 3. *Ibid.*, l. 3. — L. 1, § 3, l. 21, § 1, D., *de Appell.*, XLIX, 1.

<sup>12</sup> WALTER, *Histoire de la Constitution Romaine*, ch. XLII, et *inf.*, n. 22.

<sup>13</sup> L. 2, D., *de Appell.*, XLIX, 1. — L. 14, C., *de Appell.*, VII, 62.

<sup>14</sup> L. 5, § 4, D., *de Appell.*, XLIX, 1. — L. 1, § 5-15, D., *quando app.*, XLIX, 4. *Nov.* 23, pr., c. 1.

<sup>15</sup> L. 1, § 4, D., *de App.*, XLIX, 1. — *Ibid.*, l. 3.

<sup>16</sup> L. un, D., *de libella dimiss.*, XLIX, 6. — PAUL, *Sent.*, V, 34. — I. 6, § 6, C., *de Appell.*, VII, 62.

<sup>17</sup> L. 24, C., *de Appell.*, VII, 62. — *Nov.* 126, c. 3.

<sup>18</sup> L. 5, C., 9, *de Appell.*, VII, 62. — L. 63, C. Th., *de Appell.*, XI, 30. — L. 3, C. Th., *de reparat. Appell.*, XI, 31. — L. 2, 5, C., 9, *de temp. et rep. appell.*, VII, 63.

<sup>19</sup> L. 5, C. Th., *de Relat.*, XI, 29. — L. 8, C. Th., *de Appell.*, XI, 30. — *Ibid.* I, 16, 29, 32, 34, 47. — SYMM., *Ep.*, X, 48, 52, 53.

<sup>20</sup> L. 2, C., *de Leg.*, I, 14. Voyez *sup.*, ch. 7, n. 67.

quelques exceptions<sup>1</sup>, se portaient directement à l'empereur<sup>2</sup>. Plus tard, Théodose II ordonna de juger ces appels dans la forme ordinaire, et institua dans ce but une commission permanente ; composée du préfet du prétoire et du questeur. Ne, dit l'empereur, ne nostris occupationibus quibus pro utilitate mundi a singulorum nonnunquam negotiis avocamur, aliena defraudari commoda videantur<sup>3</sup>. La forme de la *consultatio* n'eut donc plus lieu que lorsqu'on appelait des jugements rendus par les plus hauts fonctionnaires de l'empire<sup>4</sup>.

Du reste, les appels n'étaient reçus que des jugements définitifs, et ce n'est que par exception qu'on admettait l'appel de certains interlocutoires<sup>5</sup>. Encore Justinien le défendit-il absolument *ne lites in infinitum extendantur*<sup>6</sup>. Combien de fois pouvait-on appeler dans une même affaire, cela dépendait du degré hiérarchique occupé par le magistrat qui avait rendu la sentence ; dans le dernier état de droit on pouvait appeler deux fois au plus<sup>7</sup>. Il va de soi qu'on ne pouvait appeler de l'empereur, qui n'avait point de supérieur<sup>8</sup> ; ne pouvait non plus appeler du préfet du prétoire<sup>9</sup>. Pour les seuls appels portés devant l'empereur on exigeait que le litige fût de certaine valeur<sup>10</sup> ; encore cette condition fut-elle abolie<sup>11</sup>. Les appels inadmissibles étaient punis d'une amende<sup>12</sup>. Ceux qui se trouvaient mal fondés entraînaient la perte d'une certaine somme consignée par avance et le paiement au quadruple dès frais du procès<sup>13</sup> ; plus tard, on introduisit des pénalités nouvelles, marquées de ce cachet de rapacité et de mépris pour les hommes qui reparaît dans toutes les institutions du Bas-Empire<sup>14</sup>.

Au IV<sup>e</sup> siècle s'introduisit l'usage des *supplicationes* ou *retractationes* contre les sentences du préfet du prétoire, dont on ne pouvait appeler. Ce fût en réalité une voie indirecte d'appel<sup>15</sup>.

Indépendamment de l'appel il y avait d'autres causes qui pouvaient paralyser une sentence rendue. Ainsi, un jugement qui violait évidemment les règles et les formes établies, et qui manquait de certaines conditions essentielles à sa validité, pouvait sans appel être considéré comme nul et rescindé<sup>16</sup>. Peut-être est-ce cette rescision qui dans l'ancienne législation s'exerçait par une *sponsio* au

---

<sup>1</sup> L. 57, 61. C. Th., de Appell., XI, 30. — L. 2, 3, C. Th., de Off. præf. urb., I, 6.

<sup>2</sup> L. 16, C. Th., de App., XI, 30. *Ibid.*, l. 29. — L. 32, C., de App., VII, 62.

<sup>3</sup> L. 32, pr., § 2, 3, 4, C., de App., VII, 62. — Nov. 126. — LYDUS, de Magist., II, 15, 16.

<sup>4</sup> L. 32, § 5, 1. 37, 39, § 1, 2, C., de App., VII, 62. — L. 5, § 2, C., de temp. app., VII, 63. — Nov. 23, c. 2 ; Nov. 62.

<sup>5</sup> L. 2, 25, 37, 40, 44, 65, C. Th., de App., XI, 30. — L. 1, 2, 3, 11, 18, 23, C. Th., quor. appell., XI, 3G. SYMM., Ep., X, 36, 58.

<sup>6</sup> L. 36, C., de App., VII, 62. La constitution est grecque ; je suis la traduction de Lecomte. — L. 16, C., de Judic., III. — Malgré cette prohibition générale, une exception est restée ; I, 2. D., de App. recip., XLIX, 5.

<sup>7</sup> L. un, C., ne liceat in ead. caus., VII, 70.

<sup>8</sup> L. 1, § 1, D., a quib. app., XLIX, 2. — L. 34, C., de Appell., VII, 62.

<sup>9</sup> L. un, § 1, D., de Off. præf. præt., I, 11. — L. 17, D., de Minor., IV, 4. — L. 16, C. Th., de Appell., XI, 30.

<sup>10</sup> L. 10, § 1, de Appell., XLIX, 1. — Nov. Valent., III, tit. XII, § 17, éd. Ritter.

<sup>11</sup> L. 20. L. 37, C., de App., VII, 62. La Nov. 23, c. 3, introduisit une exception à ce sujet.

<sup>12</sup> *Sup.*, n. 25.

<sup>13</sup> TACITE, *Ann.*, XIV, 28. — PAUL, *Sent.*, V, 33, 37.

<sup>14</sup> L. 3, C., Th. de Off. præf. præt. I, 5. — L. 6, § 4, C., de Appell., VII, 62.

<sup>15</sup> L. 5, C., de Precib. imp. off., I, 19. — Nov. Theod., tit. VI, ed. Ritter. L. un., C., de Sent. præf. præt., VII, 42. — L. 35, C., de Appell., Vif, 62. — Nov. 119, c. 3.

<sup>16</sup> L. 1, 2, 3, D., quæ Sent. sine app., XLIX, 8. — L. 1, 2, 4, 7, C., quando provocare non est necesse, VII, 64.

double, *revocatio in duplum*<sup>1</sup>. Enfin, et dans certains cas définis, on pouvait demander extraordinairement *urge restitutio* contre des jugements comme on l'eût fait contre tout autre préjudice légal<sup>2</sup>, et cette restitution pouvait atteindre les sentences du préfet du prétoire et de l'empereur, car en ce cas, c'était le préfet ou l'empereur qui restituaient eux-mêmes contre le jugement qu'ils avaient rendu<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> PAUL, *Sent.*, V, 5a, § 5, 7, 8. L. 1, *C. Greg.*, X, 1.

<sup>2</sup> L. 16, § 5, D., *de Minor.*, IV, 4. — *Ibid.*, l. 18, pr. l. 42. — L. 2, 4, 5, C., *si adv. rem judic. rest.*, II, 27.

<sup>3</sup> L. un., § 2, D., *de Off. præf. præt.*, I, 11 ; 1. 17, *de Minor.*, D., IV, 4. *Ibid.*, l. 18, § 1, 4.

## CHAPITRE X. — Procédures particulières. - Interdicta. - Controversiæ agrariæ. - Restitutio in integrum.

La procédure des *legis actiones*, puis, à l'époque formulaire, la *condemnatio* qui n'avait pour objet qu'une somme d'argent, étaient des, moyens tout à fait insuffisants dès qu'il s'agissait soit de l'exhibition ou de la restitution la plus prompte possible d'une chose, soit de la cessation immédiate d'un acte préjudiciable. L'édit énuméra donc une suite de cas particuliers<sup>1</sup> dans lesquels le préteur ordonnait ou défendait de faire certaines choses. Si l'on n'obéissait pas, le préteur à Rome, et dans les provinces le proconsul, après une audition sommaire des parties<sup>2</sup>, décrétait directement l'exhibition ou la restitution de la chose ; ou bien encore il interdisait l'acte préjudiciable. Ces défenses se nommaient *interdicta*, et, d'une division prise de leur objet, on les nommait restitutoires, exhibitoires et prohibitoires<sup>3</sup>.

Quand il ne s'agissait que de restitution ou d'exhibition, le défendeur pouvait demander immédiatement la nomination d'un arbitre, et le préteur accordait une formule rédigée en ce sens. Si le défendeur était condamné, il échappait à la *pæna sponsionis* en s'exécutant dans les délais voulus<sup>4</sup> ; le jugement était *sine periculo*. Si au contraire il ne s'exécutait pas ; on déférait au demandeur le serment estimatoire dont nous avons exposé plus haut les graves conséquences<sup>5</sup>. Si le défendeur ne demandait pas d'arbitre ; ou si, quand il s'agissait d'une prohibition, il n'obéissait pas à l'interdit, le demandeur se présentait de nouveau devant la justice, et au moyen d'une *sponsio* provoquait son adversaire par cette espèce de gageure, offrant de prouver que ce dernier avait fait ce que l'édit défendait, ou n'avait pas fait ce que l'édit lui ordonnait de faire. La décision était émise à un *judex* ou à des *recuperatores*, par la voie ordinaire de la formule, et dans la somme de la *sponsio* était comprise en même temps une peine pour le mal fondé de l'assertion ou du déni<sup>6</sup>. Quand l'interdit était double<sup>7</sup>, il y avait lieu à une double *sponsio*<sup>8</sup>. Si le défendeur ne se présentait pas, alors, comme dans la procédure ordinaire, on prononçait l'envoi en possession de ses biens<sup>9</sup>.

Les interdits proposés dans l'édit embrassaient les intérêts les plus divers. Il y en avait pour protéger les choses saintes, religieuses, ou consacrées à l'usage public, d'autres concernaient les questions relatives aux personnes, ou celles relatives aux biens ; il y en avait qui s'occupaient de la propriété, et d'autres qui ne regardaient que la possession<sup>10</sup>. Dans ce dernier cas ils pouvaient avoir pour but, ou de procurer une possession qu'on n'avait pas encore obtenue, ou de

---

<sup>1</sup> PAUL., *Sent.*, VI, 6. L. 1, C., de *Interd.*, VIII, 1.

<sup>2</sup> THÉOPHILE, IV, 15, *pr.*

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 130, 140. — L. 1, de *Interd.*, D., XLIII, 1. Les interdits étaient des actions en prenant ce mot dans le sens le plus étendu. L. 37, *pr.*, D., de *Obl. et Act.*, XLIV, 7 ; mais souvent aussi on oppose les interdits aux actions proprement dites. L. 35, 2. L. 30, D., de *Proc.*, III, 3.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 141. *Ibid.*, 162, 164. ULPIONI, *Fragm. Vind.* (publié dans les *Flores juris antejust.*, p. 232).

<sup>5</sup> *Sup.*, ch. 5, n. 18.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 141, 162. — CICÉRON, *pro Cæcina*, 8. — *Ad Famil.*, VII, 21 ; *pro Tullio*, 53.

<sup>7</sup> GAIUS, IV, 156-160. — L. 2, *pr.*, D., de *Interd.*, XLIII, 1.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 166-167.

<sup>9</sup> L. 3, § 14, D., de *homine lib. exhib.*, XLIII, 29.

<sup>10</sup> L. 1, *pr.* D., de *Interd.*, XLIII, 1. — *Ibid.*, l. 2, § 1-2. CICÉRON, *pro Cæcina*, 13.

maintenir dans une possession troublée, ou de rétablir dans une possession perdue, *vel adipiscendæ possessionis causa comparata sunt interdicta, vel retinendæ possessionis causa, vel recuperandæ*<sup>1</sup>. Les interdits *adipiscendæ possessionis causa* se donnaient en certains cas favorables, mais qui du reste lavaient rien de commun<sup>2</sup>. Les interdits *retinendæ possessionis causa* reposaient sur ce principe qu'une possession tranquille, publique, et à titre de propriétaire *nec vi, nec clam, nec precario* a droit sinon à cette protection absolue qui couvre la propriété envers et contre tous ; du moins à cette protection de bonne police qui écarte et punit la violence. Dans ce but de garantie, le préteur accordait deux interdits, doubles tous deux<sup>3</sup>. Le premier, l'*interdictum UTI POSSIDETIS*, concernait les fonds de terre<sup>4</sup> ; il donnait lieu, indépendamment de la double *sponsio*, à une procédure spéciale, nommée *judicium cicscellianum* ou *secutorium*. Par ce *judicium*, la possession pendant le litige était adjugée à celle des deux parties qui offrait le plus haut, prix des fruits à échoir jusqu'au jour du jugement définitif. De la l'usage de stipuler que, si l'adjudicataire des fruits venait à perdre le procès, non seulement il aurait à payer la double *sponsio* et à restituer les fruits réellement perçus, mais qu'en outre il perdrait son prix d'adjudication comme peine de sa possession téméraire. Du reste, en pouvait, laissant de côté la *stipulatio fructuaria*, agir par action spéciale afin d'obtenir le prix d'adjudication des fruits. Cette action se nommait *fructuarium* et même *secutorium judicium*<sup>5</sup>. L'autre interdit, *interdictum UTRUBI*, concernait les meubles et s'accordait à la personne qui, durant la dernière année, avait été le plus longtemps en possession<sup>6</sup>. Dans le droit Justinien on suivit la règle adoptée pour les immeubles, et la possession fut adjugée au dernier détenteur sans égard à la durée de la possession<sup>7</sup>. Dans la procédure formulaire ces deux interdits servaient en outre à introduire une *vindicatio* quand la contestation portait à la fois sur la possession et la propriété<sup>8</sup>.

Les interdits *recuperandæ possessionis causa* reposaient en partie sur les mêmes principes que les précédents. L'application la plus importante de ces interdits était pour les cas de dépossession faite de vive force. Pour recouvrer la possession, violemment enlevée, l'ancien droit accordait deux interdits distincts<sup>9</sup>, l'un quand il y avait simple violence (*vis*)<sup>10</sup>, l'autre quand il y avait voie de fait et invasion à main armée (*vis armata*)<sup>11</sup>. Tous deux n'avaient lieu que pour les immeubles ; car pour les meubles, on avait pour se défendre d'autres actions<sup>12</sup>, notamment l'interdit *utrubi*, et plus tard les ordonnances impériales qui punissaient par la perte de sa chose l'audacieux qui se faisait justice par ses mains<sup>13</sup>. Du reste, entre ces deux interdits, il y avait dans l'ancien droit plusieurs

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 143. — L. 2, § 3, D., de Interd., XLIII, 1.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 144-147. — L. 2, § 3, D., de Int.

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 160.

<sup>4</sup> L. 1, pr., D., uti possid., XLIII, 17. § 1. GAIUS, IV, 148-150, 160. FESTUS.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 166, 167, 168, 169.

<sup>6</sup> L. un, pr., D., de utrubi, XLIII, 31. § 7. — GAIUS, IV, 145-152, 160 (*sup.*, n. 7). — PAUL, Sent., V, 6, § 1. — THÉOPHILE, IV, 15, § 4.

<sup>7</sup> § 4. Inst., de Interd., IV, 15. La l. un, § 1, D., de utrubi, est interpolée.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 148. — L. 1, § 3, D., uti possid., XLIII, 17. — L. un, C., uti possid., VIII, 6. — THÉOPHILE, IV, 15, § 4.

<sup>9</sup> CICÉRON, pro Cæcina, 32.

<sup>10</sup> CICÉRON, pro Tullio, c. 44. Pro Cæcina, 16.

<sup>11</sup> CIC., pro Cæcina, 19-21 ; Pro Tullio, 3. — L. 1, de Vi, D., XLIII, 16. PAUL, Sent., V, 6, 54.

<sup>12</sup> L. 1, D., de Vi, XLIII, 16, § 6. — PAUL, Sent., V, 6, § 5.

<sup>13</sup> L. 3, C. Th., unde vi, IV, 22. — L. 7, C., unde vi, VIII, 4, § 1. Inst., de vi bon rapt. IV, 2, § 6. Inst. de interd., IV, 15.

différences qui sont disparues dans le nouveau<sup>1</sup>. L'interdit *de vi* ne se donnait pas contre les personnes à qui l'on devait quelque respect, tandis que l'interdit de *vi armata* s'accordait même contre ces personnes à cause de la gravité de l'outrage<sup>2</sup>. Le premier ne se donnait que dans l'année de la violence<sup>3</sup>, l'autre même après ce délai expiré<sup>4</sup>. Pour le premier, l'édit exigeait expressément que le demandeur eût eu la possession, tandis que cette exigence n'avait pas lieu pour le second, la simple détention suffisait<sup>5</sup>. Enfin dans l'ancien droit (ce qui fut corrigé plus tard)<sup>6</sup> on admettait contre l'interdit *de vi* l'exception que le demandeur lui-même avait possédé *vi, clam, ou precario*<sup>7</sup>, exception qui n'était point reçue contre l'interdit de *vi armata*<sup>8</sup>. Dans les derniers temps, l'interdit *de vi* et *vi armata* prit le nom de *momentaneæ possessionis interdictum, momenti reformatio*<sup>9</sup>.

Il y avait, en outre, d'autres interdits qu'on nommait doubles, *duplicia*, en ce sens qu'ils servaient aussi bien à obtenir une possession qu'on n'avait jamais eue qu'à récupérer une possession perdue<sup>10</sup>. Tel était l'interdit (*interdictum QUEM FUNDUM*) qui, dans les vindications d'immeuble, se donnait contre celui qui ne défendait pas à l'action<sup>11</sup>, notamment en ne fournissant pas la *satisfactio* exigée<sup>12</sup>. Pareils interdits se donnaient dans la vindication d'une hérédité (*interdictum QUAM HEREDITATEM*)<sup>13</sup> ou d'un usufruit (*interdictum QUEM USUM FRUCTUM*)<sup>14</sup>.

Sous les empereurs, la forme des interdits servit longtemps à engager l'instance, encore bien que dans la nouvelle procédure la décision fût remise, non plus au *judex*, mais au magistrat<sup>15</sup>. Pour abréger, on affranchit alors les interdits de la forme de la *litis denunciatio*<sup>16</sup>, Mais le magistrat eut le droit de remplacer la procédure des interdits par une instruction complète *extra ordinem*<sup>17</sup>, et la sentence fut en ce, cas exécutée par voie de contrainte directe<sup>18</sup>. Cette forme nouvelle finit par devenir la règle commune, et ce fut à cette *extraordinaria cognitio* qu'on appliqua les principes qui autrefois régissaient les interdits<sup>19</sup>.

---

<sup>1</sup> De là la confusion de ces deux interdits dans le titre du Digeste *de vi et vi armata*, XLIII, 16.

<sup>2</sup> L. 1, § 43, D., *de Vi*, XLIII, 16.

<sup>3</sup> L. 1, pr.

<sup>4</sup> CICÉRON, *ad Famil.*, XV, 16.

<sup>5</sup> CICÉRON, *pro Cæcina*, 31-32.

<sup>6</sup> § 6, Inst., *de Interd.*, IV, 15. — L. 1, pr., D., *de Vi*, XLIII, 16.

<sup>7</sup> CICÉRON, *pro Tullio*, 44-45 ; *pro Cæcina*, 32, *ad Famil.*, VII, 13. — GAIUS, IV, 154. — PAUL, *Sent.*, V, § 7.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 155.

<sup>9</sup> SYMM., *Ep.*, X, 48-53. — L. 3, C., *qui legit person.*, III, 6. — L. 8, C., *unde vi*, VIII. — L. 1-4, C. Th., *unde vi*, IV, 22. — L. un, C., Th., *si de momento*, XI, 37.

<sup>10</sup> *Duplicia* est pris ici dans un sens fort différent de celui que nous lui avons vu donner (*sup.*, n. 7). — L. 2, § 3, D., *de interd.*, XLIII, 1. — ULP., *Fragm. Vindob.*, § 6.

<sup>11</sup> ULP., *Fragm. Vindob.* Rudorff a fait une excellente dissertation à ce sujet dans le journal de Savigny, IX, 2.

<sup>12</sup> *Fragm. Vat.*, § 92. — *Sup.*, ch. 3, 16-17. Ainsi s'expliquent : l. un, C., *uti possid.*, VIII, 6 ; l. 80, D., *de rei vind.*, VI, 13.

<sup>13</sup> ULP., *Frag. Vind.* PAUL, *Sent.*, I, 11, § 1.

<sup>14</sup> *Fragm. Vat.*, § 92.

<sup>15</sup> SYMM., *Ep.*, X, 43, 5, 3. 1. 9, C. Th., *de infirm. his*, XV, 14.

<sup>16</sup> L. 5, C. Th., *de Denunt.*, II, 4, l. 6, *ibid.* Voyez *sup.*, c. 7, n. 31-35.

<sup>17</sup> L. 3, C., *de Interd.*, VIII, 1.

<sup>18</sup> L. 1, § 1, D., *de insp. vent.*, XXV, 4. — L. 1, § 2, n., *si vent. nom.* ; XXV, 5. — L. 3, pr., § 1, D., *ne vis fiat*, XLIII, 4.

<sup>19</sup> § 6, Inst., *de Interd.*, IV, 15. L. 3, C., *de Interd.*, VIII, 1. L. 2, 4, C., *unde vi*, VIII, 4. C'est dans ce sens qu'a été interpolée la l. 4, C., *de Interd.*, VIII, 1, tirée de la l. 6, C. Th., *de Denunt.*, II, 4.

Il y avait encore certaines procédures qui tenaient, aux interdits. Avait-on exercé sur le fonds d'autrui, soit violemment, soit clandestinement, quelque acte préjudiciable, la personne lésée avait un interdit spécial à fin de restitution (*interdictum QUOD VI AUT CLAM*)<sup>1</sup>. S'agissait-il d'un œuvre en construction<sup>2</sup> celui qui se croyait lésé par ce nouvel œuvre (et chaque citoyen avait ce droit quand il s'agissait de biens communs)<sup>3</sup> pouvait, au moyen d'une opposition faite suivant une certaine forme (*operis novi nuntiatio*)<sup>4</sup> contraindre le constructeur soit à suspendre son travail jusqu'après le jugement rendu, soit du moins à donner caution<sup>5</sup>. Si ce dernier ne s'arrêtait pas devant la *novi operis nuntiatio*, il s'exposait à l'interdit restitutoire<sup>6</sup> ; mais à son tour, après la caution donnée, il avait un interdit prohibitif contre le dénonciateur qui, au mépris de cette garantie, voulait entraver les travaux<sup>7</sup>. Contre une œuvre menaçant ruine le voisin pouvait, même après la loi *Æbutia*, procéder par *legis actio*<sup>8</sup>. D'après l'édit, il pouvait demander une garantie, *damni infecti cautio*, qui, suivant les circonstances, consistait ; tantôt en une caution et tantôt en une simple stipulation<sup>9</sup>. Au refus de donner caution, le demandeur réclamait l'envoi en possession provisoire<sup>10</sup> de la chose<sup>11</sup>, possession défendue ; comme toutes les immissions prétoriennes, par un interdit<sup>12</sup>. Si le refus se prolongeait, le demandeur obtenait l'envoi en possession définitive<sup>13</sup> avec droit de propriété prétorienne<sup>14</sup> et capacité pour usucaper<sup>15</sup>. Le droit d'imposer caution appartenait dans l'origine aux magistrats municipaux ; mais la caution non fournie ils n'avaient pas le droit d'accorder l'immission ; ils donnaient seulement une action ordinaire<sup>16</sup>. Plus tard, ils n'eurent pas même le droit d'imposer caution<sup>17</sup>, sinon en cas d'urgence<sup>18</sup>.

Quand le dommage menacé venait d'un ouvrage d'art changeant le cours naturel des eaux pluviales, il y avait en ce cas, sans doute par un emprunt de la loi des Douze Tables<sup>19</sup>, une action spéciale afin de rétablissement des choses dans l'ordre naturel (*actio aquæ pluviae arcendæ*), si l'on n'aimait mieux donner caution<sup>20</sup>. Dans des provinces qui manquaient d'eau, comme l'Afrique, ce n'était

<sup>1</sup> CIC., *pro Tullio*, 53. L. 1, *pr.*, D., *quod vi*, XLIII, 24. *Ibid.*, l. 1, §. 1-8. — L. 7, § 5, *ibid.*

<sup>2</sup> L. 1, *pr.*, D., *de op. nov. nunt.*, XXXIX, 1. *Ibid.*, l. 1, § 1, 11-14. — L. 3, *pr.*, l. 5, § 10.

<sup>3</sup> L. 1, § 16, 17 ; l. 3, § 4 ; l. 4, 5, § 9 ; D., *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1.

<sup>4</sup> L. 1, § 2, D., *de o. n. n.* XXXIX, 1. § 4, § 5. L. 5, § 2. *Ibid.*, § 3, 4, 7.

<sup>5</sup> L. 1, *pr.* L. 5, § 17, D., *de o. n. n.*, XXXIX, 1. — L. 8, § 4, 5. L. 20, § 5. L. 21, *pr.*, § 1.

<sup>6</sup> L. 20, *pr.* § 1. L. 21, § 1.

<sup>7</sup> L. 20, § 9. § 19. § 11.

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 31.

<sup>9</sup> L. *Rubria Gall. Cisalp.*, c. 20. — L. 7, *pr.*, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2. — L. 1, § 38, D., *de Aqua cotid.*, XLIII, 20. — L. 1, *pr.*, D., *de Cloac.*, XLIII, 28.

<sup>10</sup> Cette possession n'était point une possession juridique, mais une simple garde de la chose. L. 3, § 23, D., *de Possess.*, XLI, 2. — L. 9, *de Rei vind.*, VI, 1. — L. 3, § 8, D., *uti possid.*, XLIII, 17.

<sup>11</sup> L. 7, *pr.*, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2. *Ibid.*, l. 15, § 11. — L. 1, D., *quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

<sup>12</sup> L. 1, *pr.*, D., *ne vis fiat.*, XLIII, 4. *Ibid.*, § 1, 2, 4.

<sup>13</sup> L. 7, *pr.*, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2. *Ibid.*, l. 15, § 21, 22.

<sup>14</sup> L. 15, § 10, D., *de Damn. inf.*, XXXIX, 2. *Ibid.*, § 17, 33. — L. 7, § 1, D., *de Usuf.*, VII, 1.

<sup>15</sup> L. 5, *pr.*, l. 15, § 16, 26. D., *de damn. inf.*, XXXIX, 23.

<sup>16</sup> L. *Rubria de Gall. Cisalp.*, c. 20.

<sup>17</sup> L. 4, D., *de Jurisd.*, II, 1. L. 26, D., *ad municip.*, 4, 1.

<sup>18</sup> L. 1, D., *de damn. inf.*, XXXIX, 2. *Ibid.*, l. 4, § 3, 4.

<sup>19</sup> L. 21, *pr.*, D., *de statu lib.*, XI, 7.

<sup>20</sup> L. 1, *pr.*, D., *de aq. et aq. pluv.*, XXXIX, 3. *Ibid.*, § 13, 17.1. 6 ; § G, 7. L. 14, § 2, 3. — CIC., *Top.*, 9 ; *Pro Muren.*, 9.

pas l'envoi des eaux, c'était leur détournement qui était considéré comme un dommage<sup>1</sup>.

Enfin, une branche de procédure tolite spéciale s'occupait des *controversiæ agrariæ* ; les *agrimensores* comptent quinze sortes de ces controverses<sup>2</sup>. Ce qu'il y avait de commun en toutes, c'est que sur la question technique ce n'était pas le juge qui décidait, mais bien des *agrimensores* appelés à cet effet, et qui devaient prononcer d'après les règles spéciales de leur art<sup>3</sup>. La première controverse portait sur la position des bornes<sup>4</sup>. Ces bornes existaient dans les *agri limitati*, non seulement aux limites des centuries, mais aussi dans leur intérieur au point de partage de chaque lot de terre (*termini comportionales*), que ce partage résultât de la division originaire<sup>5</sup> ou de la division héréditaire<sup>6</sup>. Dans les terres qui n'avaient pas été publiquement bornées (*agri occupatorii, arcifinales*), ces bornes, placées sans l'intervention de l'autorité publique, servaient, comme toute autre espèce de limites, à indiquer la contenance primitive de la possession<sup>7</sup>.

La seconde controverse portait sur le *rigor*<sup>8</sup>. C'est ainsi qu'on nommait le sillon de terre qui courait en droite ligne d'une borne à l'autre, dans les *agri limitati*<sup>9</sup>. Dans les *agri vectigales* des provinces, quand le sol était limité, le *rigor* était ce qu'était le limes pour les *agri assignati*, et comportait également une certaine largeur<sup>10</sup>.

La troisième controverse portait sur le *finis* de cinq pieds de large qu'avait établi la loi *Mamilia*. Cette controverse avait un rapport intime avec la précédente. L'établissement et le rétablissement du *finis* étaient du ressort de l'*agrimensor*<sup>11</sup>. Dans les terres limitées, les bornes indiquaient facilement où était la fin de chaque possession<sup>12</sup> ; mais dans les terres non limitées (*sine forma*), sur les flexuosités desquelles on laissait souvent un *finis* comme ceux que prescrivait la loi *Mamilia*<sup>13</sup>, on avait recours aux usages locaux pour régler la forme et

---

<sup>1</sup> AGGENUS, p, 74. SIMPLICIUS, p. 76 (éd Gœs).

<sup>2</sup> Trois écrits contenus dans la collection confuse connue sous le nom de *Rei agrariæ Auctores* sont ici d'une importance majeure. Le premier se compose des fragments du FRONTINUS, *de Controv.* (Gœs., p. 36-43) ; le second morceau est certainement d'HYGINUS, qui vivait sous le règne de Trajan ; Hyginus, comme Frontinus, immédiatement après avoir parlé de *conditionibus agrorum* (Gœs., p. 205-211), traitait des *genera controversiarum*. Cet écrit a été publié par Blume dans le *Rhein. Museum*, VII, 138-172. Le troisième morceau est le commentaire d'AGGENUS URBICUS, qui vivait probablement dans le cinquième siècle ; ce commentaire est pris des deux autres. A ce traité d'Aggenus appartient le fragment publié par erreur sous le nom de *Simplicius*. Nous devons très prochainement à M. Giraud d'Aix une édition nouvelle et correcte des principaux *Auctores rei agrariæ*. Ce sera un très grand service rendu à la jurisprudence, pour laquelle, ces fragments sont d'une importance majeure ; ce sera en même temps un travail philologique des plus importants, car les textes donnés par Gœsius sont d'une incorrection telle, que la lecture de ces anciens écrits est presque impossible.

<sup>3</sup> De là la distinction de l'*ars mensoria* et du *jus ordinarium*. FRONTIN, *de Controv.*, p. 41, 42, 43. AGGENUS, p. 56, 66, 67.

<sup>4</sup> FRONTIN, p. 49. AGGENUS, p. 51, 77. — L. 8, D., *fin. reg.*, X, 1, § 1.

<sup>5</sup> HYGINUS, p. 156, 181-185, 195, 293.

<sup>6</sup> AGGENUS, p. 51.

<sup>7</sup> SICULUS FLACCUS, *de Condit. agror.*, p. 4, 5, 6.

<sup>8</sup> FRONTIN, p. 40. AGGENUS, p. 52.

<sup>9</sup> FRONTIN, p. 31. — SICUL. FLAC., p. 5, 6, 13. — AGGENUS, p. 46.

<sup>10</sup> HYGIN., *de Limit. const.*, p. 198, FRONTIN, p. 38. AGGENUS, p. 46, 47.

<sup>11</sup> FRONTIN, p. 40. HYGINUS, *de gen. controv.* (*Rhein. mus.*, p. 158). AGGENUS, p. 53, 82.

<sup>12</sup> L. 4, C. Th., *fin. regund.*, II, 20. *Ibid.*, l. 5.

<sup>13</sup> FRONTIN, p. 40. — SICULUS FLACCUS, p. 8. — AGGENUS, p. 79.

l'importance des différentes espèces de bornes employées<sup>1</sup>. Ces usages, par le cours du temps et par suite de la confusion de la limitation primitive, finirent par régir même le sol limité<sup>2</sup>. Nous avons parlé jusqu'à présent des signes qui indiquaient la limite de deux champs séparés par un intervalle sans culture ; mais il va de soi qu'il y avait aussi des bornes pour indiquer le point où deux champs, sans intervalle séparatif, confinaient l'un à l'autre. Dans toutes ces difficultés de bornage, les *agrimensores* n'étaient point juges, mais seulement experts destinés à assister<sup>3</sup> les trois *arbitri* voulus par la loi des Douze Tables ou l'arbitre unique établi par la loi *Mamilia* pour juger les procès de bornage<sup>4</sup>.

La quatrième controverse sur le locus, c'est-à-dire sur l'intervalle séparatif excédant la largeur de cinq pieds du *finis* ; n'était du ressort des *agrimensores* qu'en tant qu'il s'agissait d'une question de bornage, et que la propriété n'était pas en jeu<sup>5</sup>. La cinquième controverse, portant sur le modus, avait pour but de déterminer la contenance primitive du lot dans les terres assignées, mais en tenant compte toutefois des changements survenus. Dans les terres non limitées, la controverse portait sur la détermination de la contenance énoncée au contrat<sup>6</sup>. Dans la sixième controverse qui avait pour objet la propriété, la seule question dont les *agrimensores* eussent à s'occuper, c'était de déterminer au besoin l'étendue des terres labourables, prés ou pâtures, qui avaient été assignées<sup>7</sup>. La septième controverse, qui concernait la possession, ne les regardait pas<sup>8</sup>. Dans la huitième controverse relative à l'alluvion, il s'agissait d'empêcher que le fleuve, en enlevant ou en rapportant des terres, ne changeât la contenance primitive des terres limitées, qui ne recevaient point l'alluvion quand le fleuve ne faisait pas partie, de la concession<sup>9</sup>. Dans la neuvième controverse concernant le *territorium*, les *agrimensores* avaient, à maintenir dans son intégrité le territoire appartenant à un municipe ou à une colonie<sup>10</sup>. Dans la dixième controverse, concernant, les *subseciva*<sup>11</sup> ; dans la onzième, concernant les communaux du peuple romain ou des cités<sup>12</sup> ; dans la douzième, qui s'occupait des portions du sol qu'on n'avait pas compris dans l'assignation des terres limitées<sup>13</sup> ; enfin dans la treizième, qui s'occupait des *loca sacra et religiosa*, exemptés à ce titre de toute limitation, il s'agissait d'empêcher les usurpations particulières en rétablissant les bornes primitives<sup>14</sup>. La quatorzième controverse, relative au cours des eaux pluviales, n'était du ressort des

---

<sup>1</sup> SICULUS FLACCUS, p. 3-13. FRONTIN, p. 38. AGGENUS, in *Frontin.*, p. 45, 48. HYGINUS, *de gener. contr.*, (*Rhein. mus.*, p. 153-163). AGGENUS, *de Controv.*, 53, 78, 79, 87, 89, 308.

<sup>2</sup> SICULUS FLACCUS, p. 13, 14, 15. HYGIN., *de Limit.*, p. 60. — *de Condit. agr.*, p. 205. — AGGENUS, p. 54. L. 11, D., *fin. reg.*, X, 1. L. 2, C., *fin. reg.*, III, 39.

<sup>3</sup> AGGENUS, p. 79. — L. 8, § 1, D., *fin. reg.*, X, 1.

<sup>4</sup> CICÉRON, *de Leg.*, I, 21. — L. 3, C. Th., *fin. reg.*, II, 26.

<sup>5</sup> FRONTIN, p. 40. — HYGIN., *de gener. contr.* (*Rhein. mus.*, VII, p. 163-166.) — AGGENUS, p. 53, 54, 79, 80. — L. 3, 5, C. Th., *fin. reg.*, II, 26.

<sup>6</sup> FRONTIN, p. 40. — HYGIN., *de Controv. agr.* — AGGENUS, p. 51, 80-81. — L. 7, D., *fin. reg.*, X, 1.

<sup>7</sup> FRONTIN, p. 41. — AGGENUS, p. 55, 66.

<sup>8</sup> FRONTIN, p. 41. — AGGENUS, p. 56.

<sup>9</sup> FRONTIN, p. 41. HYGIN., *de gener. contr.* (*Rhein. mus.*, VII, p. 156-158.) AGGENUS, p. 56, 60-71.

<sup>10</sup> FRONTIN, p. 41. — AGGENUS, p. 57, 71.

<sup>11</sup> FRONTIN, p. 42. — AGGENUS, p. 50. C'étaient les lisières qui restaient en dehors du tracé régulier qui avait précédé l'assignation. Ces *subseciva* appartenaient à la colonie comme biens communaux. Mais l'usurpation de ces terres était fréquente, ainsi que nous l'apprend AGGENUS, p. 68.

<sup>12</sup> FRONTIN, p. 42. — AGGENUS, p. 59, 60, 72.

<sup>13</sup> FRONTIN, p. 42. — AGGENUS, p. 60, 73.

<sup>14</sup> FRONTIN, p. 42. — AGGENUS, p. 61, 73.

*agrimensores* qu'autant qu'il était nécessaire de rétablir le *finis* déplacé par les eaux ; il en était de même pour les cloaques<sup>1</sup>. Enfin la quinzième controverse, relative aux chemins, n'avait lieu que dans les *agri limitati*, parce que dans ces terres les limites servaient de voie publique<sup>2</sup>.

Pour finir ce chapitre, nous nous contenterons de mentionner encore une procédure spéciale : c'est la restitution en entier, remède extraordinaire que donnait le magistrat<sup>3</sup> après, information préalable<sup>4</sup> et sans renvoyer devant un *judex*. La restitution s'accordait en certains cas déterminés par l'édit<sup>5</sup> contre le préjudice<sup>6</sup> causé, soit par un contrat valable dans la rigueur du droit<sup>7</sup>, soit par quelque acte judiciaire ; elle se donnait jusqu'à l'exécution<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> FRONTIN, p. 43. — AGGENUS, p. 62, 74.

<sup>2</sup> FRONTIN, p. 43. — AGGENUS, 62, 75.

<sup>3</sup> L. 16, § 5. — L. 17, 18, D., *de Minor.*, IV, 14.

<sup>4</sup> L. 3, *de in int. rest.*, D., IV, 1.

<sup>5</sup> L. 1, D., *de in int. rest.*, IV, 1. — L. 2. — L. 1, D., *de Minor.*, IV, 4. 1. 1, § 1. D., *ex quib caus. major.*, IV, 6. PAUL, *Sent. recept.*, 17, 2.

<sup>6</sup> L. 4, *de in integ. rest.*, IV, 1.

<sup>7</sup> L. 16, *pr.*, D., *de Minor.*, IV, 4. §, 1, 2, *ibid.*

<sup>8</sup> GAIUS, IV, 57, 125. — L. 7, 64, D., *de Minor.*, IV, 4. — L. 9, *pr.*, l. 18, § 2 et 3.

## CHAPITRE XI. — Des Mesures prises pour diminuer les Procès.

Il y avait plusieurs institutions dont le but était de diminuer les procès, soit directement, soit indirectement. Telle était, par exemple, la prescription de l'action. L'ancien droit ne connaissait point cette prescription, ce fut l'édit qui borna au délai d'un an le droit d'intenter la plupart des actions qu'il accordait<sup>1</sup>. Plus tard, il y eut une prescription contre les actions par lesquelles on réclamait la propriété. Cette mesure était nécessaire pour protéger la longue possession des fonds provinciaux qui n'étaient point susceptibles d'usucapion<sup>2</sup>. Enfin Théodose II établit la prescription de trente ans contre toute espèce d'actions<sup>3</sup>. Une action intentée, mais demeurée en suspens ; se prescrivit également par trente ans<sup>4</sup>, et depuis l'ordonnance de Justinien par quarante ans comptés du jour de la dernière *cognitio*<sup>5</sup>. Dans l'ancien droit, nous avons vu que le droit d'action était anéanti<sup>6</sup>, même quand la procédure avait eu son cours régulier, si le litige n'avait pas été décidé dans un temps voulu ; cette disposition ne se maintint dans le nouveau droit qu'en certains cas donnés<sup>7</sup>.

La défense d'acheter des droits litigieux avait également pour but d'empêcher l'augmentation des procès. Un édit d'Auguste déclara cette vente invalide et la punit d'une amende<sup>8</sup> ; Justinien augmenta la peine<sup>9</sup>. On défendait même une aliénation faite avant la fin du procès, quand cette aliénation devait aggraver la position du défendeur, et en ce cas, on donnait à ce dernier une action en dommages-intérêts<sup>10</sup>.

Une demande exagérée, quand l'action était *certi*, entraînait la perte du procès, et sous le régime des *legis actiones*<sup>11</sup> et dans le système formulaire<sup>12</sup>. Zénon et Justinien remplacèrent cette perte du litige par des peines pécuniaires<sup>13</sup>. Il est fort remarquable que dans l'ancien droit on perdait à demander moins qu'on n'avait droit, ou à agir par une seule action quand on en avait plusieurs à sa disposition ; car si plus tard on demandait le surplus de la dette, ou si au moyen d'une autre action on agissait pendant la même préture, la demande se trouvait paralysée par les exceptions spéciales : *litis dividuæ et litis residuæ*<sup>14</sup>. Ces exceptions ne se sont point maintenues dans le nouveau droit<sup>15</sup>.

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 110. § 3.

<sup>2</sup> L. 9, D., de div. temp. præsc., XLIV, 3.

<sup>3</sup> L. un, C. Th., de Act. cert. temp. fin., IV, 14. — pr., Inst., de perp. et temp. Act., IV, 12.

<sup>4</sup> L. un, C. Th., de Act. cert. temp. fin., IV, 14, § 1.

<sup>5</sup> L. 9, C., de præsc. trig. ann., VII, 39.

<sup>6</sup> Chap. 5, n. 24, 25.

<sup>7</sup> Par ex., I, 8, C., de dolo, II, 21.

<sup>8</sup> *Fragm. de jure fisci*, § 8. GAIUS, IV, 117. — L. 1, pr., D., de jure fisci, XLIX, 14. — L. 1, 2, de litig., XLIV, 6.

<sup>9</sup> L. 4, C., de Litig., VIII, 37. Nov. 112, c. 1.

<sup>10</sup> L. 1, D., de alien. jud. mut. caus., IV, 7. § 1. — L. 3, § 4.

<sup>11</sup> CICÉRON, de Orat., I, 36. PLAUT., *Mostell.*, III, 1, v. 123.

<sup>12</sup> CICÉRON, pro Rosc. comæd., c. 4. GAIUS, IV, 53-65, 57-60, 68, § 33. Inst., de Act., IV, 6. SUÉT., Claude, c. 14. — *Frag. Vat.*, § 53. *Consult. vet. jurisc.*, c. 5.

<sup>13</sup> L. 1, 2, C., de plus petit., III, 10, § 33. Inst., de Act., IV, 6.

<sup>14</sup> GAIUS, IV, 56, 122.

<sup>15</sup> § 34, Inst., de Act., IV, 6.

Enfin il y avait plusieurs dispositions légales, évidemment dirigées contre les procès mal fondés<sup>1</sup>. Il y avait déjà une peine pour le défendeur téméraire dans la perte du *sacramentum*, et plus tard dans la *sponsio* pénale qui avait lieu en certains cas, par exemple, dans les interdits<sup>2</sup>, ou dans les actions *certi et constitutæ pecuniæ*<sup>3</sup>. En d'autres actions, le déni entraînait après soi peine du double (*inficiando lis crescit*)<sup>4</sup>. Cette peine, pour quelques-unes au moins de ces actions, s'est maintenue dans le nouveau droit<sup>5</sup>. Quand il, n'y avait lieu ni à la *sponsio* ni à la peine du double (*quum statim ab initio non pluris quam simpli sit actio*), le demandeur avait droit d'exiger du défendeur le *juramentum calumniæ*<sup>6</sup>. Justinien fit de ce serment le préliminaire indispensable de tout procès<sup>7</sup>. Enfin, et moins pour couper court aux procès que pour punir la mauvaise foi<sup>8</sup>, il y avait certaines condamnations qui emportaient tache d'infamie<sup>9</sup>.

A son tour, la défense était protégée contre d'injustes demandes<sup>10</sup>. Le défendeur pouvait exiger de son adversaire le *juramentum calumniæ*, et si la vexation se pouvait prouver, il avait droit de demander par le *judicium calumniæ* des dommages-intérêts du dixième du litige dans les actions ordinaires, et du quart dans les interdits<sup>11</sup>. Ce *judicium* tomba en désuétude, mais le *juramentum*, devenu d'usage général en certaines demandes<sup>12</sup>, finit par être, sous Justinien, une obligation légale en toute espèce d'actions<sup>13</sup>. Au lieu de ce *judicium*, il y avait dans l'ancien droit pour quelques actions, même sans preuve de l'intention de vexation, un *judicium contrarium* afin d'obtenir le dixième ou le quart comme dommages-intérêts ; mais ce *judicium* n'était plus admissible dès qu'on avait exigé du demandeur et que ce dernier avait prêté le serment de calomnie<sup>14</sup>. Enfin, dans tous les cas où il y avait *sponsio* pénale on pouvait agir contre le demandeur en vertu de la *restipulatio*<sup>15</sup>.

Une des peines du plaideur téméraire était encore l'obligation de payer à l'adversaire les frais du procès<sup>16</sup>. Ces frais étaient toujours à la charge de la partie qui perdait son procès, à moins de preuve évidente de sa bonne foi<sup>17</sup>, et le juge pouvait en outre, suivant les circonstances, imposer une amende fiscale d'un dixième en sus<sup>18</sup>. Il n'était point d'abord nécessaire que la condamnation

---

<sup>1</sup> Pr., Inst., de *pœna temere litig.*, IV, 16.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 141, 162-167.

<sup>3</sup> GAIUS, IV, 13, 171. CICÉRON, *pro Rosc. comæd.*, 4, 5.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 9, 171. PAUL, I, 19, § 1, § 2. CICÉRON, *pro Flacco*, c. 1.

<sup>5</sup> § 1. Inst., de *pœna temere litig.*, IV, 16, § 26. Inst., de *Act.*, IV, 6, § 7. Inst., de *obl. quasi ex contr.*, III, 27.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 172. — L. 44, § 4, D., *Famil. hercise.*, X, 2. — CIC., *pro Rosc. comæd.*, I, fait allusion à ce serment.

<sup>7</sup> L. 2, pr., C., de *Jurej. propter calumn.*, n. 59.

<sup>8</sup> CIC., *pro Rosc. Amerin.*, 38. — *Pro Rosc. comæd.*, c. 6. — *Pro Cæcina*, 2, 3.

<sup>9</sup> GAIUS, IV, 182. § 2. Inst., de *pœna temere litig.*, IV, 10. — L. 1, pr., D., de *his qui not.*, III, 2.

<sup>10</sup> GAIUS, IV, 174.

<sup>11</sup> GAIUS, IV, 175-179. — *Cons. vet. jur.*, c. 6.

<sup>12</sup> Par ex., l. 6, § 2 ; l. 9, § 3, de *edendo*. D., II, 13 ; l. 5, § 14, D., de *op. nov. nunc.*, XXXIX, 1, l. 13, § 3. D., de *damn. inf.*, XXXIX, 2.

<sup>13</sup> L. 2, Inst., de *pœna tem. litig.*, IV, 10. — L. 2, pr., C., de *Jurej. propt. calum.*, II, 59.

<sup>14</sup> GAIUS, IV, 177-179.

<sup>15</sup> GAIUS, IV, 13, 180, 181.

<sup>16</sup> L. 79, pr., D., de *Judic.*, V, 1. — § 1. Inst., de *pœna temer. litig.*, IV, 16.

<sup>17</sup> L. 1, C. Th., de *fruct. et lit. exp.*, IV, 18. — L. 5, C., de *fruci. et lit. exp.*, VII, 51. — L. 13, § 6, C., de *Judic.*, III, 1.

<sup>18</sup> L. 5, C., de *fruct. et lit. exp.*, VII, 51.

aux frais fût exprimée<sup>1</sup>. Plus tard on imposa aux juges cette obligation à peine de payer les frais du litige<sup>2</sup>. Pour éviter des demandes exorbitantes, le juge déférait le serment sur le chiffre des frais qu'il déterminait à l'avance<sup>3</sup>. Les sportules en faisaient naturellement partie ; mais comme les sportules, et notamment ces sportules proportionnelles au chiffre du litige qu'avait à payer le défendeur lors de la citation, pouvaient, entre les mains d'un demandeur qui exagérait l'objet de sa demande, devenir un odieux moyen de chicane, Justinien condamna le demandeur à rembourser au triple ces frais exagérés<sup>4</sup>, et en outre l'empereur voulut que le demandeur donnât caution d'effectuer la litiscontestation dans les deux mois, sous peine de payer au double les frais déjà faits<sup>5</sup>. Suivant une autre constitution du même prince, pour garantir la poursuite de l'instance et le paiement des frais, il fallut fournir caution pour une somme égale au dixième du litige<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> L. 1, C. Th., *de fruct. et lit. exp.*, IV, 18.

<sup>2</sup> L. 3, 5, C., *de fruct. et lit. exp.*, IV, 18. — L. 13, § 6, C., *de Judic.*, III, 1.

<sup>3</sup> L. 13, § 6, C., *de Judic.*, III, 1. Nov. 82, c. 10.

<sup>4</sup> § 24. Inst., *de Act.*, IV, 6. — THÉOPHILE, IV, 6, § 24.

<sup>5</sup> Nov. 36, *præf.*, c. 1.

<sup>6</sup> Nov. 112, c. 2.

## CHAPITRE XII. — Des Procuratores et des Advocati.

Au temps des *legis actiones*, il n'était pas permis à un citoyen d'agir en justice pour autrui<sup>1</sup> ; dans la procédure formulaire, cette représentation devint possible quand le demandeur, par des paroles solennelles, prononcées injure, en présence de son adversaire, désigna la personne qui devait le remplacer. Ce représentant, ainsi constitué, se nommait *cognitor*<sup>2</sup>. Il figurait dans la litiscontestation comme demandeur, mais pour la chose d'autrui<sup>3</sup>. L'*intentio* était prise de la personne du demandeur véritable, du *dominus litis*, et dans la *condemnatio* seule figurait la personne du *cognitor*<sup>4</sup> ; mais une fois le jugement rendu, on sortait de la fiction, et le *judicatum* avait des effets directs pour et contre le *dominus litis*, car le *cognitor* n'était que son représentant<sup>5</sup>.

Plus tard on admit comme représentants légitimes les tuteurs, les curateurs, le *procurator*, nommés sans les formes solennelles qui présidaient au choix du *cognitor*<sup>6</sup>, et même, suivant l'opinion de quelques-uns, le simple *negotiorum gestor*<sup>7</sup>. Cette opinion néanmoins ne fit jamais règle<sup>8</sup>. Ces *negotiorum gestores* n'étaient du reste admis qu'en certains cas privilégiés<sup>9</sup>. Quand un *procurator* figurait au litige, la formule était rédigée comme si c'était un *cognitor* qui fût chargé du procès<sup>10</sup> ; mais comme pour assurer la qualité de ce représentant on n'avait pas l'aveu formel du *dominus*, le procureur, dans la rigueur du droit, agissait à ses risques et périls ; et tandis que le *cognitor* était considéré pendant toute la durée du litige comme le simple représentant du demandeur, qu'il était toujours *domini loco*, comme parle Gaius, le procureur au contraire devenait par la litiscontestation véritable maître du litige, *dominus litis*<sup>11</sup>, et le *judicatum* engendrait *actio* et *exceptio* pour ou contre lui, et non plus pour ou contre le demandeur originaire<sup>12</sup>. Cette rigueur formaliste s'adoucit par degrés. D'abord on admit les tuteurs et les curateurs à poursuivre en justice les droits afférents à leur pupille<sup>13</sup>, et dans ce cas, le *judicatum* profita ou nuisit directement au mineur<sup>14</sup>. Plus tard on assimila au *cognitor* le procureur nommé *apud acta* : *nam*, disent les FRAGMENTA VATICANA, *cum apud acta non nisi a presente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est*<sup>15</sup>. Enfin, et pour le procureur<sup>1</sup>, et

---

<sup>1</sup> GAIUS, IV, 82. — Le *Pr.*, *Inst.*, de *iis per quos agere*, IV, 10, joint à ces deux causes privilégiées le *pro tutela* ; on ne sait pas au juste quelle était cette exception.

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 83. — *Interpret. ad l.* 7, C. Th., de *Cognit.*, II, 12. — *Fragm. Vat.*, § 318, 319. FESTUS, *Cognitor*. — ASCON., in *Divin.*, 4.

<sup>3</sup> CICÉRON, *pro Rosc. comœd.*, c. 18.

<sup>4</sup> GAIUS, IV, 86.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 96-98. *Fragm. Vat.*, § 317. — PAUL, *Sent.*, I, 2, § 4. (*Tit. de Cognitoribus*). — L. 7, C. Th., de *Cognit.*, II, 12.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 82, 83, 84. — PAUL, I, 3, § 1. (ASCON.) in *Divin.*, 4. *Frag. Vat.*, § 335.

<sup>7</sup> GAIUS, IV, 84.

<sup>8</sup> L. 6, § 12, D., de *Neg. gest.*, III, 5. — L. 5, § 4, D., *Prœsc. verbis*, XIX, 5.

<sup>9</sup> L. 35, pr., D., de *Proc.*, III, 3. — L. 40, § 4, *ibid.* l. 41. — L. 8, pr., de *Neg. gest.*, D., III, 5. *Id.*, l. 31, § 6.

<sup>10</sup> GAIUS, IV, 86. THÉOPHILE, IV, 10, § 2.

<sup>11</sup> GAIUS, IV, 97. — L. 11, pr., D., de *Doli exe.*, XLIV, 4. — L. 4, § 5, D., de *App.*, XLIX, 1. — L. 22, 23, C., de *Procur.*, II, 13.

<sup>12</sup> *Fragm. Vat.*, § 317.

<sup>13</sup> L. 22, D., de *Adm. et pede. tut.*, XXVI, 7. — L. 17, § 2, D., de *Jurej.*, XII, 2.

<sup>14</sup> L. 2, pr., D., de *Adm. et peric. tut.*, XXVI, 7. — L. 6, D., *quando ex facto*, XXVI, 9. — L. 11, § 7, D., de *Exc. rei jud.*, XLIV, 2. — L. 1, C., *quando ex facto*, V, 39.

<sup>15</sup> *Frag. Vat.*, § 317, 331, 332. — L. 7, C. Th., de *Cognit.*, II, 12.

même pour le simple *negotiorum gestor* qui faisait ratifier après coup sa gestion<sup>2</sup>, on décida que ces représentants avaient mission de suivre l'instance (*rem in iudicium deducere*) pour le compte d'autrui, et l'*actio iudicati* fut attribuée non plus au représentant, mais au représenté. Cette modification acceptée, on cessa d'établir des *cognitores*, dont la nomination était astreinte à certaines formes<sup>3</sup>, et dans les Pandectes on a interpolé les passages des anciens jurisconsultes pour remplacer leur nom par celui de *procuratores*. En même temps on fit disparaître tous les passages où l'on rappelait la distinction que la loi établissait, entre le *procurator* d'un absent et le *procurator* d'une personne présente<sup>4</sup>.

Quand c'était un *cognitor* qui intentait l'action, son caractère le dispensait de donner caution pour la ratification de son mandat ; tous les autres représentants devaient donner cette caution de *rato* ; car dans la rigueur du droit, le *dominus litis* pouvait agir de nouveau, comme n'ayant point été partie dans l'instance<sup>5</sup>. C'était une règle générale, en ce point, que *nemo defensor in aliena resine satisdatione idoneus esse creditur*. Quand on modifia la dureté des anciens usages on dispensa les tuteurs de cette formalité<sup>6</sup> ; les procureurs constitués *apud acta* par le *dominus litis* jouirent du même privilège<sup>7</sup>. Dans le droit Justinien, il n'y a plus que le procureur d'une personne qui ne comparait pas, ou le *negotiorum gestor* agissant sans mandat, à qui soit imposée l'obligation de donner caution *ratam rem dominum habiturum*<sup>8</sup>.

Il en fut de la défense comme de la demande ; on admit d'abord la représentation par *cognitor*, puis on reçut plus tard les autres représentants dont nous venons de parler<sup>9</sup>. On admit même, dans l'intérêt public, un défenseur se présentant sans mandat pour un intimé absent<sup>10</sup>. La formule fut modifiée dans ce sens de la représentation, et l'*intentio* restant prise de la personne du défendeur, la *condemnatio* porta sur la personne du mandataire<sup>11</sup>. L'*actio iudicati* n'eut d'abord d'effet direct contre le défendeur qu'autant qu'un *cognitor* l'avait représenté<sup>12</sup>. Plus tard, il en fut de même quand ce fut un procureur<sup>13</sup> ou un tuteur<sup>14</sup> qui se chargea de la défense. Alors même qu'un défenseur sans mandat s'était présenté devant le juge, le défendeur profitait de l'*exceptio*, car le droit du demandeur était consommé, *quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit*<sup>15</sup>. Mais le *iudicatum* ne donnait point d'action contre le défendeur absent, car il n'était point partie au litige. *Sed et si defensor meus*

---

<sup>1</sup> L. 11, § 7, D., de Exc. rei jud., XLIV, 2. — L. 28, D., de Proc., III, 3. — L. 6, § 3, D., quod Cujusc. univ., III, 4. — L. 86, D., de Solut., XLVI, 3.

<sup>2</sup> L. 56, D., de Judic., V, 1. — L. 27, pr., de Proc., III, 3. — L. 66, *ibid.* — L. 25, § 2, D., de Exc. rei jud., XLIV, 2. — L. 21, C., quib. res jud., VII, 56.

<sup>3</sup> Tit. Inst., de iis per quos agere, IV, 10.

<sup>4</sup> Comparez, par exemple, les § 228, 332 des *Fragm. Vatic.* avec la loi 67, D., de Procur., III, 3.

<sup>5</sup> GAIUS, IV, 97, 98 Pr., Inst., de Satisd., IV, 11.

<sup>6</sup> GAIUS, IV, 99. — L. 23, D., de Adm. et per., XXVI, 7. — THÉOPH., IV, 11, pr. — L. 1, C., de Procur., II, 13.

<sup>7</sup> *Fragm. Vat.*, § 317, 333.

<sup>8</sup> § 3, Inst., de Satisd., IV, 11.

<sup>9</sup> GAIUS, IV, 82-84.

<sup>10</sup> L. 33, § 2, D., de Proc., III, 9. — L. 1, D., de Neg. gest., III, 5.

<sup>11</sup> GAIUS, IV, 87. — THÉOPH., IV, 10, § 2. — L. 1, C., de Sent., VII, 45.

<sup>12</sup> *Frag. Vat.*, § 317-332. — PAUL, *Sent.*, I, 2.

<sup>13</sup> L. 4, pr., D., de Re jud., XLII, 1. — L. 28, D., de Proc., III, 3. *Ibid.* L. 31, 40, § 2, 61.

<sup>14</sup> L. 1, § 2, pr., D., de Adm. et per., XXVI, 7. — L. 7, D., quand. ex fact., XXVI, 9. L. 15, D., si quis caut., II, 11. L. 4, § 1, D., de Re jud., XLII, 1 ; l. 1, C., quand. ex fact., V, 39.

<sup>15</sup> L. 11, § 7, D., de Exc. rei jud., XLIV, 2.

*satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec iudicati mecum agi potest*<sup>1</sup>.

Du reste, toutes les fois qu'on se défendait par autrui, il fallait donner caution *iudicatum solvi* ; c'était le *dominus litis* qui fournissait caution quand son représentant était un *cognitor* ; dans le cas contraire, c'était le mandataire lui-même qui donnait cette garantie<sup>2</sup>. Dans le dernier état du droit, où le point qui nous occupe est à peu près le seul où l'on exige encore cette caution<sup>3</sup>, la loi distingue. Quand c'est le *dominus litis* qui vient en justice constituer un procureur, c'est lui aussi qui donne caution ; mais s'il ne comparait pas ; c'est à celui qui prend le rôle de défenseur de fournir cette sûreté<sup>4</sup>. En certains cas, le représentant doit aussi donner caution *ratam rem dominum habiturum*<sup>5</sup>.

Il y avait certaines personnes à qui l'édit défendait de se faire représenter par un *cognitor*, et certaines autres que le préteur déclarait incapables de cette fonction ; ces dispositions furent appliquées aux *procuratores*<sup>6</sup> ; les infâmes, par exemple, ne pouvaient ni instituer, ni être institués procureurs<sup>7</sup>, du moins jusqu'à l'époque où Justinien abolit cette prohibition, *ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur*<sup>8</sup> ; mais par un trait caractéristique de l'époque, Valentinien défendit, comme méseant aux personnes de haute condition, de comparaître en personne devant la justice, et ce, sous peine de perdre leur procès<sup>9</sup>.

Au temps de la république on appelait un jurisconsulte pour décider la marche du procès qu'on voulait intenter<sup>10</sup>. Quant aux plaidoiries, on en chargeait quelque orateur (*patronus*), que l'amitié ou l'amour de la gloire décidait à entreprendre cette tâche difficile de la parole<sup>11</sup> ; c'était un service rendu sans espoir de salaire, et la loi *Cincia*, de l'an 550, avait même sévèrement défendu toute espèce de rémunération en argent pour un service que l'honneur seul et l'estime publique pouvaient dignement payer<sup>12</sup>. Mais quand se perdit la noblesse de ces premiers sentiments, le *patronatus* devint un métier lucratif, et après des efforts inutiles pour rétablir les anciennes prohibitions, Claude finit par permettre d'accepter des honoraires qui ne pouvaient toutefois, sous peine d'être poursuivi comme concussionnaire, dépasser la somme de dix mille sesterces ou cent *aurei*<sup>13</sup>. A cette époque s'éteignit l'éclat de l'éloquence judiciaire, et les anciens orateurs furent remplacés par des avocats (*causidici, advocati, patroni*)<sup>14</sup>. Les

---

<sup>1</sup> L. 28, D., de Proc., III, 3. — L. 61, *ibid.*

<sup>2</sup> GAIUS, IV, 101 ; *Frag. Vat.*, 317.

<sup>3</sup> Chap. 7, n. 42.

<sup>4</sup> § 4, 5, Inst., de Satisd., IV, 11. La l. 10, D., *judic. solvi*, XLVI, 7, a été évidemment interpolée pour la rendre conforme aux nouvelles dispositions de la loi ; dans la première phrase le mot *cognitor* devait remplacer le mot *procurator*.

<sup>5</sup> L. 6, D., *rat. rem habit.*, XLVI, 8. — L. 39, § 5, 67. L. 40, § 2, D., de Proc., III, 3.

<sup>6</sup> *Frag. Vat.*, 322-323. — GAIUS, IV, 124.

<sup>7</sup> PAUL, *Sent.*, 1, 2, § 1. — *Frag. Vat.*, 320, 321, 324.

<sup>8</sup> § 11, Inst., de Except., IV, 13. — THÉOPH., IV, 13, § 11.

<sup>9</sup> L. 25, C., de Proc., II, 13. — *Nov.* 71.

<sup>10</sup> CIC., *pro Murena*, 12 ; *Topic.*, c. 17.

<sup>11</sup> (ASCON.) *in Divin.*, 4. CIC., *pro Quint.*, 8 ; *pro Cluent.*, 40 ; *de Orat.*, III, 33.

<sup>12</sup> TACITE, *Ann.*, XI, 5. CICÉRON, *de Orat.*, II, 71 ; *de Senect.*, c. 4.

<sup>13</sup> DIO CASS., LIV, 18. TACITE, *Ann.*, XI, 6, 7 ; XIII, 5, 42, et les notes de BURNOUF. — SUET., *Nero.*, 17. — PLINIUS, *Ep.*, V, 4, 14, 21. — LAMPRID., *Alex. Sev.*, 44. — L. 1, § 10-13. D., de *Extraord. cogn.*, 413.

<sup>14</sup> TACITE, *de Causis corr. eloq.*, c. 1. — D., de *Postul.*, III, 1.

jurisconsultes en renom ne se donnèrent plus à la direction des procédures, et se bornèrent à donner des consultations.

Du reste, la postulation était libre et permise à tous ceux que l'édit ne déclarait pas incapables ; cette incapacité frappait principalement les femmes, à cause de leur sexe, et les personnes tachées d'infamie<sup>1</sup>. Le magistrat avait aussi le droit de prononcer l'interdiction des fonctions d'avocat<sup>2</sup>. Dans les derniers temps la profession d'avocat fut organisée sur une base beaucoup plus restreinte : il y eut près de chaque tribunal un nombre limité<sup>3</sup> d'avocats dont on avait d'avance éprouvé la naissance, les études et les connaissances acquises<sup>4</sup>. Ceux qui se trouvaient en dehors du nombre limités les surnuméraires, devaient attendre une vacance<sup>5</sup>. Les avocats inscrits formaient un collège ayant tous les droits d'une corporation<sup>6</sup>. Ils jouissaient de privilèges personnels assez étendus<sup>7</sup>, mais étaient soumis à une discipline particulière pour ce qui concernait les devoirs de leur état<sup>8</sup>.

La charge d'avocat du fisc, établie par Adrien, avait une relation étroite avec cette organisation. Cette charge, dans le tribunal du préfet de l'Orient, appartenait aux deux plus anciens du collège, et en récompense, après une année d'exercice, ils étaient appelés à un rang plus élevé<sup>9</sup>. Dans les autres tribunaux, un seul avocat était chargé de cette fonction, et ce n'était qu'après deux années d'exercice qu'on l'élevait à un titre de dignité plus élevé<sup>10</sup>.

## FIN DE L'OUVRAGE

---

<sup>1</sup> L. 1, *pr.*, § 1, 3, 6, 7, 8, 11. D., *de Postul.*, III, 1.

<sup>2</sup> L. 6, § 1. — L. 8, D., *de Postula*, III, 1. L. 9, *pr.*, D., *de Panis*, XLVIII, 19. *Ibid.*, § 1-8.

<sup>3</sup> L. 2, C. Th., *de Postul.*, II, 10. — L. 8, 11, 13. C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7. — L. 3, 5, *pr.*, 1.7 ; *pr.*, C., *de Adv. div. jud.*, II, 8.

<sup>4</sup> L. 11, C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7, § 1. — L. 17, *pr.*

<sup>5</sup> L. 11, § 1, C., *de Adv. div. judicior.*, A, 7. *Ibid.* l. 13. — *Nov. Theod.*, tit. XVI (éd. Ritter).

<sup>6</sup> L. un, C., *de Incert. person.*, VI, 48.

<sup>7</sup> La l. 3, C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7, les exempte des fonctions municipales, la plus lourde oppression du Bas-Empire ; la loi 6 au même titre les exempte d'une foule de contributions : *Nulla logatis inspectio, nulla peræquatio ingeratur, nulla operis constructio, nulla discussio, nullum ratiocinium imponatur*, etc. *Nov. Theod.*, tit. XVI, éd. Ritter.

<sup>8</sup> L. 7, § 2, 3, *de Adv. div. jud.*, II, 8. Trois ans d'absence les faisaient rayer du tableau. — L. 12, C., *de Exc.*, VIII, 36. Voyez encore l. 13, § 9, C., *de Judic.*, III, 1, qui permet au juge de punir l'avocat d'une amende de deux livres d'or, quand le procès est retardé par son fait, et les l. 5, 7, C., *de Postul.*, II, 6, et l. 4, C. Th., *de Postul.*, II, 10.

<sup>9</sup> L. 8, 10, C., *de Adv. div. judic.*, II, 7. — L. 4, § 1 ; C., *de Adv. div. jud.*, II, 3.

<sup>10</sup> L. 12, 13, 16. C., *de Adv. div. judicior.*, II, 7. — L. 3, 5, C., *de Adv. div. jud.*, II, 8.