

d'un autre côté, que, même depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum* par Dioclétien, les magistrats supérieurs pouvaient, quand ils étaient trop surchargés d'affaires, renvoyer les parties devant les *judices pedanei*. Mais je ne pense pas que, soit dans le premier, soit dans le troisième système, le magistrat rédigeât aucune formule. D'ailleurs, les juges pédanés du Bas-Empire étaient bien plutôt des magistrats inférieurs que de véritables jurés, comme ceux de la procédure formulaire.

Dans ce troisième et dernier système de procédure, le mot *action* perd évidemment la signification spéciale qu'il avait dans la procédure formulaire. C'est bien encore le *droit de poursuivre ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient*; mais il n'est plus nécessaire que ce droit soit accordé préalablement par un magistrat: chacun peut, à ses risques et périls, engager une instance; et l'expression *in judicio*, de la définition de Celsus, ne présente plus la signification technique qu'elle avait dans la pensée de ce jurisconsulte.

Cette dernière signification du mot *action* est, du reste, la seule qui convienne à notre procédure française actuelle.

LIVRE PREMIER.

DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX ROMAINS.

CHAPITRE PREMIER.

DU POUVOIR JUDICIAIRE (*JURISDICTIO*).

§ 17. — Distinction des divers pouvoirs sociaux chez les modernes.

Les modernes ont analysé avec beaucoup de soin les divers éléments qui, sous toutes les formes de gouvernements, constituent la puissance souveraine. On a reconnu trois pouvoirs distincts: le pouvoir *législatif*, le pouvoir *exécutif* (ou *administratif*) et le pouvoir *judiciaire*. Cette division, adoptée par Montesquieu, a été justement critiquée. Il n'est pas exact, a-t-on dit, de mettre le pouvoir législatif, qui est le pouvoir par excellence, sur la même ligne que la puissance exécutive et la puissance judiciaire, qui ne sont que des pouvoirs subordonnés. Il vaudrait mieux ne distinguer que deux pouvoirs: le *législatif*, qui ordonne et commande, et l'*exécutif*, qui obéit et applique ce que l'autre a décrété; sauf à subdiviser ensuite le pouvoir exécutif en plusieurs branches, dont l'une serait la puissance judiciaire.

Rien de moins arrêté, d'ailleurs, que les idées que les publicistes se font de ces divers pouvoirs. On entend par chacun d'eux, tantôt une chose, tantôt une autre; et, de plus, il est tel pouvoir public qu'on ne sait auquel de ceux-là rapporter. Au surplus, quel qu'en soit le mérite, cette division suffit au but que nous nous proposons en ce moment.

Cette séparation systématique des pouvoirs sociaux n'est pas demeurée à l'état de théorie scientifique: elle a fait invasion dans l'ordre pratique; elle a été acceptée comme base essentielle et fondamentale; et a présidé, dans presque toutes les constitutions modernes, à la distribution et à l'organisation de la puissance publique. Non-seulement on a évité de concentrer ces divers pouvoirs en une seule main; mais on a fait, au contraire, de leur séparation un principe fondamental d'ordre, un palladium de liberté. « Lorsque, dans la même personne, ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque, ou le même sénat, ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. — Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait le législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le

« juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. — Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers (1). »

§ 18. Continuation. — En quoi le pouvoir législatif diffère, soit du pouvoir judiciaire, soit du pouvoir exécutif.

Par pouvoir législatif, tout le monde à peu près s'accorde à entendre le pouvoir de commandement sur les hommes pris collectivement; c'est-à-dire le droit d'établir, relativement aux divers rapports sociaux, des règles dont la violation est réprimée par des peines plus ou moins graves. Le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ont également pour mission d'exécuter les résolutions législatives, mais d'une manière fort différente, comme nous allons le voir au § 19.

I. Au premier abord, rien ne paraît plus facile que de distinguer le pouvoir exécutif du pouvoir législatif: il semble qu'il ne peut exister de confusion entre deux choses aussi distinctes que le sont l'obéissance et le commandement, le précepte et l'exécution; et cependant, non-seulement il n'est pas facile d'indiquer, même *à priori*, les limites de ces deux pouvoirs; mais, en supposant ces limites clairement établies en théorie, l'application aux faits offrirait encore de sérieuses difficultés.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. vi.

La différence la plus saillante, la seule peut-être qui se présente d'une manière nette et constante, c'est que le pouvoir législatif est un pouvoir supérieur qui agit avec une liberté et une spontanéité pleines et entières; tandis que le pouvoir exécutif apparaît, au contraire, comme un pouvoir subordonné dont la mission principale est de procurer l'exécution des volontés du pouvoir législatif. Le pouvoir exécutif jouit, il est vrai, d'une certaine liberté et d'une certaine spontanéité, mais dans un cercle beaucoup plus restreint que le pouvoir législatif, puisque tous ses actes doivent tendre à l'exécution des lois. — Tous les autres caractères de différence signalés par les publicistes me paraissent douteux et obscurs, surtout quand il s'agit d'en faire l'application à notre droit public actuel. Ainsi on est assez généralement porté à considérer le pouvoir de commandement comme appartenant à l'autorité législative, quand il a un caractère de généralité et de permanence; et comme appartenant, au contraire, à la puissance exécutive, soit lorsqu'il s'applique seulement à certaines classes d'individus ou à certaines localités, soit quand il a un caractère temporaire. Qui ne voit combien ces prétendues différences sont peu constantes? Certaines lois ont un caractère essentiellement temporaire, par exemple, les lois de finances; d'autres ne s'appliquent qu'à une localité, comme celles qui autorisent une ville à contracter des emprunts, ou bien encore, celles qui autorisent l'aliénation de certaines parties du do-

maine de l'État; d'autres ne s'appliquent qu'à certaines classes d'individus, par exemple, la loi sur l'état des officiers. A l'inverse, les ordonnances royales ont très-souvent un caractère de généralité et de permanence. — Une différence plus réelle, et surtout plus importante, est que les lois seules peuvent créer des peines, des amendes. Les ordonnances émanées du pouvoir exécutif n'ont point, en général, cette puissance. Seulement il peut arriver qu'une loi prononce des peines contre ceux qui ne se conformeraient pas aux actes du pouvoir exécutif: c'est ainsi, par exemple, que l'article 471 du Code pénal établit la peine de l'amende contre ceux qui contreviendraient aux règlements de l'autorité municipale. Mais les tribunaux devant lesquels les contrevenants seraient traduits auraient le droit d'examiner si le règlement rentrait, ou non, dans les attributions de l'autorité administrative.

II. La distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est plus facile, parce que le second manque totalement de la liberté et de la spontanéité qui appartiennent si essentiellement au premier. — Le pouvoir législatif procède par formules générales et abstraites; le pouvoir judiciaire tire de ces formules des applications spéciales et concrètes. Le pouvoir législatif établit la règle; le pouvoir judiciaire donne à cette règle l'activité et la vie sans lesquelles la loi ne serait qu'une lettre morte: c'est par lui que la loi entre dans le domaine de la réalité et des faits. Le législateur ne règle que l'avenir; il se préoccupe de

l'utilité de ses commandements; le juge s'occupe seulement des faits accomplis; il leur applique aveuglément, fatalement, la règle préexistante.

§ 19. Continuation. — En quoi le pouvoir judiciaire diffère du pouvoir exécutif ou administratif.

Ces deux branches du pouvoir exécutif ont un caractère commun, celui d'être des pouvoirs subordonnés à la puissance législative; mais il y a entre elles de nombreuses et importantes différences.

1° L'autorité administrative agit spontanément; elle n'a pas besoin d'être provoquée. — L'autorité judiciaire, au moins en matière civile, n'entre jamais en action qu'autant qu'elle y est régulièrement provoquée par les demandes des parties.

2° L'autorité administrative est libre d'agir ou de ne pas agir (1). — L'autorité judiciaire, quand elle est régulièrement provoquée, est obligée d'agir, sous les peines attachées au déni de justice (2).

3° L'autorité administrative est prévoyante; elle s'occupe de l'avenir, elle fait des règlements et prend les mesures propres à prévenir le mal. — L'autorité judiciaire applique les lois à des faits individuels préexistants; elle ne peut statuer par voie de décision réglementaire et générale (3).

(1) Sauf, bien entendu, le cas où une loi aurait expressément ordonné quelque mesure.

(2) *Code civil*, art. 4. — Il en était autrement à Rome, où le juge pouvait se dispenser de prononcer, en affirmant qu'il n'était point suffisamment éclairé (*non liquet*).

(3) *Code civil*, art. 5. — *Voy.* ci-après, § 25, 28 et 55.

4° L'autorité administrative se détermine par des vues d'utilité générale. — L'autorité judiciaire n'a jamais à consulter des considérations de cette nature : son rôle se borne à appliquer les lois générales aux faits spéciaux qui lui sont soumis (1).

5° L'autorité administrative non-seulement applique les lois existantes, mais elle en étend les dispositions aux cas non prévus, au moyen de règlements généraux; de plus, et dans de certaines limites, elle fait elle-même des règlements qui donnent naissance à des droits. — L'autorité judiciaire reconnaît et déclare le droit; elle ne peut jamais lui donner naissance (2).

6° La marche de l'autorité administrative est ordinairement simple, rapide, dégagée de formes; elle varie suivant les circonstances. — Celle de l'autorité judiciaire est, au contraire, en général, environnée de formes lentes, solennelles, rigoureuses.

§ 20. — Caractères du pouvoir judiciaire chez les Romains. — 1^{er} caractère : Confusion de ce pouvoir avec le pouvoir administratif.

Chez les Romains, comme chez presque tous les peuples de l'ancien monde, le pouvoir judiciaire n'était point séparé des autres attributions de la

(1-2) Si les Romains avaient partagé nos idées sur la séparation des pouvoirs, l'Édit prétorien leur aurait paru sans doute une usurpation flagrante du pouvoir législatif.

souveraineté : nous le voyons, au contraire, dans les mains des chefs du peuple, soit pendant la guerre, soit pendant la paix, comme une partie essentielle de la puissance publique. Il appartenait incontestablement aux rois (*voy. § 40*); et quand le roi fut remplacé par deux consuls annuels, ces magistrats obtinrent, avec la plénitude du pouvoir royal (*imperium*), le droit de rendre la justice (*jurisdictio*) : aussi furent-ils souvent appelés *judices* et *prætores, quod præirent jure et exercitu*. Pareillement quand, plus tard, on démembra la puissance consulaire, pour attribuer l'administration de la justice à des magistrats spéciaux (*præteurs*), cela tint à une tout autre cause qu'à une vue systématique des avantages que peut présenter cette séparation (*voy. § 44*). Aussi le pouvoir judiciaire, dans les mains des *præteurs*, continua-t-il à être considéré comme une délégation directe et complète de la souveraineté, et comme n'ayant rien d'incompatible avec les autres fonctions publiques. Les *præteurs* étaient considérés comme les collègues des consuls (*collegæ consulum*); et, comme tels, ils étaient fréquemment chargés du commandement des armées, du gouvernement des provinces, et de diverses autres fonctions qui dépendent essentiellement du pouvoir exécutif ou administratif.

L'édilité nous offre des faits analogues (*voy. § 45*) : en sorte que cette confusion des pouvoirs judiciaire et administratif, si soigneusement évitée par les modernes, doit être considérée comme l'un

des traits les plus constants du pouvoir judiciaire chez les Romains. (*Voy. § 17.*)

§ 21. — II^e caractère du pouvoir judiciaire romain : Défaut d'unité. — Absence de hiérarchie.

Un autre caractère remarquable du pouvoir judiciaire, au moins jusqu'à l'empire, c'est l'absence complète d'unité et de hiérarchie. Chaque magistrat était souverain dans son ressort. Non-seulement il n'existait aucun tribunal suprême qui, comme notre Cour de cassation, eût pour mission de maintenir, entre les diverses parties du territoire, l'uniformité dans l'application de la loi; mais il n'y avait pas même dans la juridiction cette gradation que nous regardons comme si nécessaire, et qui permet d'attaquer devant un tribunal supérieur ce qui a été jugé par un tribunal inférieur. Aussi, pendant tout le temps de la république, il n'exista, dans la procédure civile, aucune voie pour faire réformer les jugements, soit pour *mal jugé*, soit pour *violation de la loi* (1) : tout jugement était

(1) Nous voulons parler ici de voies analogues à notre appel ou à notre recours en cassation, c'est-à-dire de voies de réformation fondées sur une organisation *hiérarchique* des tribunaux; car déjà, sous la république, il existait certains moyens d'obtenir la révocation d'une sentence inique ou illégale, ou tout au moins d'empêcher son exécution. Ces moyens sont ceux dont on dit plus tard qu'ils faisaient rescinder la sentence sans qu'il fût besoin d'appel (*voy. au Digeste, le titre Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*; et, au Code, *Quando provocare necesse non est*) : nous y reviendrons au commencement du livre IV.

en premier et dernier ressort (1). — Plusieurs causes empêchaient que cette omnipotence absolue dans l'administration de la justice ne dégénérait en abus : d'une part, les magistrats n'étaient élus que pour une année, et à leur sortie de charge on pouvait leur demander un compte sévère de leur gestion ; d'autre part, le juge prévaricateur ou incapable était responsable, envers les parties lésées, de ses mauvais jugements. C'est ce qu'on appelait *faire le procès sien* (*judex litem suam facit*).

Pour les magistrats du peuple romain, cet état de choses s'explique aisément. Comme tous les magistrats étaient nommés directement et immédiatement par le peuple entier, chacun d'eux devait naturellement être considéré comme ayant une délégation complète du pouvoir souverain, qui résidait dans le corps de la nation ; et cette origine commune empêchait qu'il n'existât entre eux une subordination assez formelle pour que l'un de ces magistrats se crût autorisé à réformer la décision des autres. On distinguait bien, il est vrai, les magistrats *supérieurs*, tels que les consuls, les préteurs, etc., des magistrats *inférieurs*, tels que les édiles, les questeurs, etc. ; mais cette distinction se référait seulement à des différences dans la nature des fonctions, dans leur importance, dans les honneurs qui y étaient attachés, et nullement à

(1) Excepté, bien entendu, en matière criminelle, où, de tout temps, le citoyen condamné avait joui du droit d'en appeler au peuple.

l'idée d'une subordination hiérarchique qui aurait soumis les actes des fonctionnaires inférieurs au contrôle et à la censure de ceux d'un rang plus élevé.

Cette explication devrait conduire à des résultats tout contraires pour les magistrats des villes municipales. Comme ils ne tenaient leur pouvoir que d'une fraction du peuple, ils ne pouvaient être considérés comme dépositaires de l'autorité souveraine ; et, dès lors, il eût été naturel que leurs jugements n'eussent point le caractère d'arrêts souverains, et qu'on pût en appeler devant les magistrats qui représentaient le corps entier de la nation. Toutefois, il paraît que, pendant assez longtemps, il en fut autrement : cela tenait sans doute à ce que, dans l'origine, les habitants des municipes d'Italie étaient, par rapport aux Romains, des alliés ou des confédérés, bien plus que des sujets ou des co-citoyens. (*Voyez § 47.*)

Au surplus, pour toutes les parties de l'empire indifféremment, l'absence de voies régulières pour obtenir la réformation des jugements pourrait aussi être expliquée d'une autre manière. Comme le juré était librement choisi par les plaideurs, on pourrait dire que chacune des parties s'était tacitement engagée à se soumettre à la sentence, quelle qu'elle fût ; mais cette explication n'est pas suffisante. D'abord, on ne voit pas pourquoi le choix d'un arbitre emporterait renonciation à faire réformer la sentence si elle est injuste : du moins il n'en est pas ainsi chez nous ; puis, bien que, sous l'em-

pire, les citoyens eussent conservé le droit de choisir leurs juges, ce choix n'était point considéré comme incompatible avec l'appel; enfin, resterait toujours à expliquer pourquoi il n'y avait pas de moyen d'attaquer la formule d'action, c'est-à-dire le jugement interlocutoire sur le droit.

§ 22. — Suite du même sujet.

La chute du gouvernement républicain dut nécessairement changer cet état de choses. Le prince étant dépositaire de toutes les fonctions politiques et religieuses qui constituaient la souveraineté, toutes les magistratures anciennes, autrefois souveraines, descendirent naturellement à l'état d'autorités subordonnées : la hiérarchie s'établit donc; et en peu de temps l'empereur nous apparaît formant pour tout l'empire un tribunal suprême, auquel on pouvait déférer les décisions de tous les magistrats (1).

§ 23. — III^e caractère du pouvoir judiciaire romain : Participation des simples citoyens à l'administration de la justice.

Mais le trait le plus saillant et le plus caractéristique de l'organisation judiciaire des Romains, tant en matière civile qu'en matière criminelle, est assurément la division des fonctions judiciaires entre le *magistrat*, qui détermine à priori les conséquences juridiques des faits allégués soit par le

(1) Voyez l'introduction au livre IV, et la note 1 du § 21.

demandeur, soit par le défendeur (*ius dicere*); et le *juge* ou *juré*, qui vérifie ces allégations, leur applique les principes indiqués à l'avance par le magistrat, et met ainsi fin au litige par une sentence définitive (*judicare*).

Dès les temps les plus anciens, le magistrat intervenait dans les procès, non pour statuer définitivement lui-même sur le point débattu; mais pour en déférer la connaissance à un ou plusieurs jurés, que les parties choisissaient elles-mêmes, et auxquels le magistrat conférait les pouvoirs nécessaires pour juger. La *judicis datio* n'est donc point un caractère particulier à la procédure formulaire; nous la trouvons, au contraire, dans la procédure la plus ancienne, celle des *legis actiones*, bien que, dans cette procédure, le rôle du magistrat n'eût probablement ni la nature ni l'importance qu'il obtint plus tard dans la procédure par formules. (Voy. § 15 et 25.)

§ 23. Continuation. — Avantages politiques de cette institution.

Cette intervention active des citoyens dans le jugement des procès donnait à la justice un caractère éminemment populaire et libéral, tout à fait en harmonie avec la constitution libre de l'État, et qui survécut même à la perte de la liberté politique.

Par là se trouvaient prévenus les abus qui auraient pu résulter du pouvoir souverain et sans contrôle dont les magistrats étaient investis. En