

effet, comme le magistrat n'intervenait que pour instituer les juges et assurer l'exécution de leur sentence, il en résultait que les parties étaient réellement jugées par les juges qu'elles-mêmes avaient choisis, et qui, par cela même, leur offraient toutes les garanties désirables. C'est ainsi que, chez nous, l'intervention des jurés rend à peu près sans danger les erreurs ou les préventions des chambres de mise en accusation.

Cet arrangement, en déchargeant les magistrats de la partie la plus longue et la plus fastidieuse des procès, à savoir, la vérification des allégations contradictoires des plaideurs, offrait encore cet avantage, que les magistrats les plus élevés de la république pouvaient, malgré leur petit nombre, s'occuper de toutes les affaires, même les plus minimes. Ainsi, d'une part, les citoyens les plus pauvres trouvaient dans la position élevée des magistrats des garanties précieuses, puisqu'ils n'avaient point à redouter l'influence qu'un adversaire puissant aurait pu exercer sur des fonctionnaires moins haut placés; et, d'autre part, toutes les affaires étant également soumises à des magistrats revêtus de la toute-puissance républicaine, la juridiction en tirait un caractère de grandeur et de dignité qui exerçait sur l'administration de la justice la plus salutaire influence.

§ 25. Continuation. — Avantages techniques de cette institution.

I. Il est vraisemblable qu'au temps des *legis actiones*, le rôle du magistrat se bornait à présider aux

actes solennels dont se composait la *legis actio*, et à constituer le juge, sans donner d'ailleurs à celui-ci aucune instruction sur les principes qu'il aurait à appliquer à la cause.

Dans la procédure qui remplaça les actions de la loi, le magistrat entra plus avant dans l'examen de l'affaire. Il ne se bornait plus à instituer le juge choisi par les parties; mais il rédigeait une instruction destinée à le guider dans le jugement de la cause. Et comme cette instruction (*formula*) non-seulement précisait le point débattu, mais décidait souverainement d'après quels principes la question serait jugée; et, même fort souvent, autorisait le juge à baser sa décision sur des principes que le droit civil rigoureux ne reconnaissait pas; il arrivait de là que le magistrat exerçait une influence très-directe, non-seulement sur chaque cause en particulier, mais aussi sur la formation du droit en général. — Bien qu'elle choque nos idées modernes sur la subordination du pouvoir judiciaire envers le pouvoir législatif, cette action des magistrats romains sur la législation ne pouvait qu'être très-favorable au perfectionnement général du droit. Par la nature du rôle qu'il était appelé à jouer dans la procédure, le magistrat se trouvait dans les conditions les plus désirables qu'on puisse imaginer, pour reconnaître les vices de la législation et y porter remède. D'un côté, en effet, il était assez près de la réalité des faits pour ne point se fourvoyer dans les voies hasardeuses de théories purement spéculatives; et, d'un autre côté,

comme il avait seulement à s'occuper des conséquences juridiques des faits allégués par les plaideurs, et non à en vérifier la vérité, il ne se fatiguait point aux détails oiseux des enquêtes sur le fait, et conservait ainsi toute la vigueur nécessaire pour embrasser d'un esprit vaste et puissant les résultats généraux que lui offrait la pratique des affaires. Aussi, lors même que l'histoire tout entière du droit romain ne serait pas là pour l'attester, ces circonstances suffiraient à elles seules pour nous autoriser à conclure que c'est principalement à la juridiction prétorienne que le droit romain est redevable de ce haut degré de perfection qui n'a jamais été dépassé (1).

(1) Cette heureuse alliance de la théorie et de la pratique est aussi un des traits les plus remarquables des jurisconsultes romains, ainsi que nous aurons occasion de le faire remarquer plus tard. (Voy. § 41 et 54.)

Notre Cour de cassation se trouve dans des conditions analogues à celles où était placé le préteur romain; mais, par suite de nos principes constitutionnels sur la division des pouvoirs, cette cour ne peut exercer, pour l'amélioration de la législation, aucune influence directe. Il est incontestable, cependant, que l'Assemblée constituante et la Convention nationale avaient très-bien aperçu l'utilité que pouvaient offrir, pour le perfectionnement des lois, les observations d'une cour si bien placée pour juger les lois par leur application. L'article 24 de la loi du 27 novembre — 1^{er} décembre 1790, le titre III, chapitre v, article 22 de la constitution du 3 septembre 1791, l'article 257 de l'acte constitutionnel du 5 fructidor an III portaient : « Chaque année, le tribunal de cassation sera tenu d'envoyer à la barre de l'Assemblée du Corps législatif une députation

Cette organisation judiciaire offrait encore toutes les conditions d'une bonne justice, tant pour le jugement du droit que pour l'appréciation du fait. — La décision du point de droit exige des connaissances techniques qu'on ne peut rencontrer que chez les hommes qui ont fait de la jurisprudence une étude spéciale. Le jugement du fait suppose seulement un esprit juste et droit, un peu habitué aux hommes et aux affaires (1); mais il exige, en général, beaucoup de temps. Sous ce

« de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire, et le texte de la loi qui aura dé-cidé la cassation. »

La loi du 27 ventôse an VIII allait plus directement au but : « Le tribunal de cassation (disait l'article 86) enverra chaque année au gouvernement une députation, pour lui indiquer les points sur lesquels l'expérience lui aura fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation. » — Cette disposition fut exécutée en l'an IX (voy. le *Moniteur* du 18 nivôse); aujourd'hui elle est complètement tombée en désuétude : c'est un mal que nous déplorons d'autant plus que nous sommes mieux à même d'apprécier l'importance des services que pourraient rendre à la législation les observations d'une cour qui renferme tant d'expérience et de savoir.

(1) A l'appui de ce que je dis ici, je pourrais citer l'exemple de nos tribunaux de commerce, qui jugent, en général, avec beaucoup de sagacité, les questions de fait; mais qui se trompent bien souvent dans le jugement de la question de droit : ce qui est fort excusable, puisque les personnes qui composent ces tribunaux sont ordinairement étrangères à l'étude du droit.

double rapport on trouverait difficilement une combinaison plus satisfaisante que la procédure civile des Romains.

Les magistrats, n'ayant à s'occuper des procès que pour déterminer les principes selon lesquels les causes seraient instruites et jugées, pouvaient en peu de temps expédier une grande quantité d'affaires (1). Il n'était donc pas nécessaire qu'ils fussent très-nombreux; ce qui permettait de ne confier ces importantes fonctions qu'à des hommes d'une expérience et d'un talent éprouvés (2).

(1) Tous les documents attestent que les plaidoiries devant le magistrat se bornaient à des observations très-brèves. *Voy.* notamment Cicéron, *pro Quinto*, 8.

(2) A mon avis, l'un des vices principaux de notre organisation judiciaire se trouve précisément dans le grand nombre de magistrats qu'elle suppose. Dans un pays où les relations sociales sont si compliquées, et où la législation a subi tant de variations, l'art du jurisconsulte est certainement l'un des plus difficiles; il exige, à un très-haut degré, érudition, jugement sain et droit, sagacité, connaissance des hommes et des affaires, etc. etc. — Pourquoi trouverait-on plusieurs milliers de bons jurisconsultes, plutôt que plusieurs milliers de bons mathématiciens, d'orateurs éloquents, de peintres ou de statuaires habiles? En toutes choses, les hommes forts sont rares: multiplier le nombre des juges, c'est évidemment assurer la majorité aux moins capables. — D'ailleurs, si la pluralité des juges dans un même tribunal offre quelques garanties de lumières et d'impartialité, elle a, par contre, l'inconvénient fort grave de diminuer beaucoup la responsabilité de chaque juge en particulier. (*Voy.* ci-après, page 45, note 3.)

Quant aux vérifications de fait (1), le grand nombre des jurés (2) auxquels on pouvait distribuer les causes faisait que chacun d'eux, n'ayant à s'occuper que d'un petit nombre de procès, pouvait donner à leur examen tout le temps nécessaire (3-4).

(1) Nous aurons, dans la suite, plus d'une occasion de faire remarquer que le juré romain avait aussi à résoudre quelques *questions de droit*, en ce sens qu'il avait à reconnaître les *qualifications légales* des faits et des actes qui étaient soumis à son examen. Cela n'avait pas de grands inconvénients à Rome, où la connaissance du droit était fort répandue; et d'ailleurs cela était inévitable, car il arrive bien rarement, surtout en matière civile, que la question de fait se présente absolument dégagée de tout élément de droit. — Nous reviendrons sur ce point dans le livre II, chapitre II, section 2.

(2) Au temps d'Auguste, il y avait à Rome 1,000 jurés inscrits sur les listes annuelles. — *Voy.* la section 2 du chap. suivant.

(3) Les plaidoiries devant le *judex* recevaient de très-grands développements. Les discours de Cicéron suffiraient à eux seuls pour l'établir; mais le fait est d'ailleurs certain. (Quintil., *Inst. orat.*, VIII, 3, 3. — *Voyez* ci-après, livre II, chapitre II, section 2.)

(4) Chez nous, au contraire, plusieurs magistrats (trois dans les tribunaux de première instance, sept dans les cours royales) sont employés à l'examen d'une seule affaire, non-seulement quant à la *solution du point de droit*, ce qui se concevrait encore, mais aussi pour l'appréciation des points de fait et pour tous les incidents même les plus insignifiants de l'instruction: de là une perte de temps énorme. Aussi, quoique très-nombreux (*voy.* p. 44, n. 2), nos tribunaux peuvent à peine suffire à l'expédition des affaires, et sont obligés de juger avec une précipitation qui n'est pas moins

§ 26. — IV^e caractère du pouvoir judiciaire romain : Délégation de la juridiction.

Chez les modernes, toutes les fonctions publiques, et notamment les fonctions judiciaires, sont considérées comme essentiellement personnelles, et nous ne comprendrions guère qu'un magistrat pût déléguer, surtout à de simples particuliers (1),

contraire au bien de la justice qu'à la considération qui doit toujours entourer ses organes. — Pourquoi n'étendrait-on pas à une foule d'autres incidents de l'instruction le système adopté pour les enquêtes ordinaires (*Code de procéd.*, art. 255 et suiv.), pour les inscriptions de faux (*ibid.*, art. 219 et suiv.), pour les redditions de compte (*ibid.*, art. 530 et suiv.), pour les partages (*ibid.*, art. 969 et suiv.), pour les contributions (*ibid.*, art. 656 et suiv.), pour les ordres (*ibid.*, art. 750 et suiv.), etc. etc.? Pourquoi ne renverrait-on pas, soit à un seul juge, soit même à un simple arbitre privé ou à un officier inférieur de justice, l'examen et même la décision de cette multitude d'incidents qui absorbent si mal à propos le temps que les magistrats emploieraient plus utilement à l'étude des questions de droit que le procès peut soulever? — N'est-ce pas, par exemple, une chose vraiment déplorable de voir, chaque jour, les diverses chambres du tribunal de la Seine perdre une partie si considérable du temps des audiences à cette formalité insignifiante désignée au Palais sous le nom d'*appel des placets*? Un simple greffier ne suffirait-il pas, et de reste, à l'expédition d'une telle besogne; sauf à en référer au juge quand il se présenterait quelque difficulté grave?

(1) Nous avons bien, chez nous, en quelques circonstances, les *commissions rogatoires*; mais cette institution a un tout autre caractère que la délégation de juridiction en usage chez les Romains. — Voyez *C. de proc.*, art. 1035.

les pouvoirs dont il est revêtu. Autres étaient les idées des Romains : dès les temps les plus anciens, les magistrats avaient été dans l'usage de déléguer, soit à des particuliers, soit à d'autres magistrats, certaines parties de leur pouvoir, et principalement la juridiction. Cette singularité remarquable, sur laquelle nous reviendrons plus tard avec détail, mérite d'être signalée, dès à présent, comme une différence caractéristique entre les idées des Romains et les nôtres sur la nature même du pouvoir judiciaire. (*Voy.* § 35.)

§ 27. — Jurisdictio. — Imperium merum. — Imperium mixtum. — Notio. — Cognitiono. — Decretum.

Nous terminerons ce chapitre en fixant, autant que cela est possible, le sens et la portée de diverses expressions qui sont fréquemment employées par les jurisconsultes romains à l'occasion des attributions et de l'étendue du pouvoir des diverses classes de magistrats; expressions sur le sens et la portée desquelles les interprètes ont beaucoup disputé sans pouvoir se mettre d'accord.

§ 28. — Imperium : — Merum. — Mixtum.

I. *Imperium*. — Dans son acception primitive, ce mot désignait par excellence l'autorité du général sur ses soldats; plus tard, il exprima le droit de vie et de mort qu'une décision du peuple conférait aux fonctionnaires chargés du gouvernement des provinces. Dans ce dernier sens, l'*imperium* ne pouvait

être exercé que dans la province même, et jamais dans l'enceinte de Rome (1) : il était en effet considéré comme incompatible avec la liberté et l'inviolabilité assurées aux citoyens dans l'enceinte de la ville, ce domicile sacré de tous les Romains. Cela explique pourquoi, en entrant dans Rome, les lieutenants des consuls déposaient les haches de leurs faisceaux; pourquoi aussi les généraux et les proconsuls perdaient leur *imperium* dès qu'ils pénétraient dans la ville (2).

En général, *imperium* désigne, par opposition à *jurisdictio*, le pouvoir administratif et de police, et notamment le droit de coercition et de contrainte que les magistrats peuvent exercer sur les citoyens, soit pour le salut de l'État, soit pour assurer l'exercice de la juridiction. On distingue l'*imperium merum* de l'*imperium mixtum*.

II. *Imperium merum*. — Suivant la définition d'Ulpien, « *merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur* (3). » — Le mot *merum* ne signifie point que cet *imperium* soit *nudum*, c'est-à-dire dépourvu de *cognitio* (4); mais bien, et par opposition à *imperium mixtum*,

(1) Festus, V° *Imperium*. — Cicero, in *Rull.*, II, 12. — Ulpian., L. 1 et L. 16, ff., de *Offic. proconsul.*

(2) Aul. Gell., *Noct. att.*, XV, 27. — Plutarch., *Pomp.*, 58. — Tit. Liv., XXIV, 9; XXVI, 9 et 21; XLV, 35 et 36. — Dion. Halic., V, 19. — Dio Cass., XXXIX, 65.

(3) Ulpian., L. 3, ff., de *Jurisdiet.*

(4) Ulpian., L. 6, ff., de *Offic. proconsul. et legat.*

qu'il est plein et entier, et qu'il a toute l'énergie et toute l'étendue possibles : « *Vehementissimum quod et ad graviores res pertinet, et non honorariam operam amici, sed severitatem judicis ac vim requirit* (1). »

Dans la définition d'Ulpien, le *ius gladii* n'est donné que comme exemple, et l'*imperium merum* comprend évidemment toutes les autres manières de sévir contre les criminels.

III. *Imperium mixtum*. — C'est le droit de coercition et de contrainte accordé à tous les magistrats investis de la juridiction, et sans lequel l'exercice de cette juridiction deviendrait impossible et illusoire. « *Mixtum est imperium cui etiam jurisdictio inest* (2); » ou plutôt, comme le remarque Paul sur Papinien, *quod jurisdictioni cohæret* (3); car en attribuant à un magistrat la juridiction, la loi est réputée lui avoir accordé tous les pouvoirs nécessaires pour remplir sa mission (4); et, notamment, le droit de forcer l'exécution des mesures qu'il ordonne pour l'instruction des procès et l'exécution de ses décisions.

Suivant Noodt, cet *imperium* n'est point appelé *mixtum* parce qu'il est uni à la *cognitio*, car la *cognitio* appartenait aussi à l'*imperium merum*; mais

(1) Cicero, *pro Vercina*, 2.

(2) Ulpian., L. 3, ff., de *Jurisdiet.*

(3) Papin., L. 1, § 1, ff., de *Offic. ejus cui mand.*

(4) Javolen., L. 2, ff., de *Jurisdiet.* — Paul., L. 5, § 1, ff., de *Offic. ejus cui mand.*

parce qu'il est moins énergique, plus doux; qu'il n'est pas destiné à venger la majesté blessée de la république, mais à protéger les intérêts privés : « ... *Lenius est propterea quod minus lædit* (1). »

Tous les magistrats ayant juridiction avaient donc *imperium mixtum*, mais à des degrés très-inégaux. Ainsi il appartenait dans toute sa plénitude aux magistrats supérieurs; tandis que les magistrats inférieurs n'en possédaient que ce qui était rigoureusement nécessaire à l'exercice de leur juridiction : cela explique comment certains textes semblent accorder à ces magistrats l'*imperium mixtum* (2), tandis que d'autres le leur refusent formellement (3).

IV. Il importe de remarquer que le pouvoir judiciaire en matière criminelle, ou le *merum imperium* par excellence, n'appartenait point en général aux magistrats supérieurs comme un droit inhérent à leur charge, mais bien seulement comme un pouvoir spécial, délégué soit par le peuple, soit par l'empereur; au contraire, le *mixtum imperium* appartenait aux magistrats supérieurs comme une conséquence et un accessoire nécessaires de leur juridiction.

(1) Cicero, *pro Cæcina*, 2.

(2) Voy. la note de la page 49. — La loi de la Gaule cis-alpine reconnaît formellement aux magistrats municipaux un certain *imperium mixtum*, par exemple, le *duci jubere*.

(3) Paul., L. 26, ff., *ad municipalem*.

I. L'étymologie du mot *jurisdictio* permet de donner à cette expression un sens fort large, qui comprend le pouvoir *législatif* tout aussi bien que le pouvoir *judiciaire* : en effet, *dire le droit*, c'est régler les rapports sociaux des citoyens, soit en *créant* la règle, soit en *appliquant* à ces rapports une règle préexistante. En fait, il est positif que les Romains n'étaient nullement choqués de voir leurs magistrats non-seulement suppléer au silence de la loi, mais modifier fort souvent la loi elle-même par des édits généraux (1); et ces édits étaient placés sans difficulté au même rang que les lois proprement dites : « Constant autem jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui *jus edicendi* habent... (2) *Jus autem edicendi* habent magistratus populi romani; sed *amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini; quorum in provinciis jurisdictionem præsidēs earum habent; item in edictis ædiliū curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi romani quætores habent; nam in provincias Cæsaris, quætores omnino non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur* (3). »

(1) ... *Sive emendandi, sive impugnandi, sive confirmandi veteris juris...* Præm., *Instit., de Bon. poss.*

(2) Gaius, *Comm.* 1, § 2. — § 3, *Instit., de Jure nat.*

(3) Gaius, *Comm.* 1, § 6. — § 7, *Instit., de Jure nat.*

La juridiction est donc, dans le sens le plus étendu, le pouvoir des magistrats relativement aux différends (*jurisdiction contentieuse*) ou autres rapports juridiques (*jurisdiction volontaire*) entre simples particuliers, soit que ce pouvoir se manifeste par des édits généraux, soit qu'il se borne à appliquer aux faits qui lui sont soumis les règles antérieurement établies par les lois.

Dans un sens moins large, juridiction s'entend des actes relatifs au jugement des procès, savoir, le *judicare* ou le *judicari jubere*; aux actes qui ont pour but de reconnaître les droits des parties et non d'en créer de nouveaux. Dans ce sens restreint, le mot *jurisdiction* ne comprend ni les *stipulations prétoriennes*, ni les *missiones in possessionem bonorum*, ni la *nominatio des tuteurs*, ni enfin les actes qui rentrent bien plus dans le pouvoir *administratif* que dans le pouvoir *judiciaire* des magistrats; tous actes qui, cependant, sont déclarés appartenir à la *jurisdiction (lato sensu)*, quand le pouvoir judiciaire *civil (jurisdiction)* est mis en opposition avec le pouvoir judiciaire *criminel (merum imperium)* (1).

Il faut, en effet, remarquer que le mot *jurisdiction* désigne seulement le pouvoir judiciaire en matière civile; et qu'il n'est que très-rarement employé, et *latissimo sensu*, pour indiquer le droit de juger les causes criminelles que le peuple s'était réservées,

(1) Ulpian., L. 4, ff., de *Jurisdic.*

et dont les magistrats, même les plus élevés, ne pouvaient jamais connaître qu'extraordinairement, c'est-à-dire en vertu d'une délégation spéciale, soit du peuple, soit de l'empereur.

II. *Cognitio*. — C'est l'action, de la part d'un magistrat, de prendre connaissance d'une affaire pour prononcer ensuite. *Cognitio* s'emploie le plus souvent pour exprimer que le magistrat, au lieu de renvoyer à un juge, conformément au droit commun, retient la cause pour y statuer lui-même définitivement (*cognitio extraordinaria*. — *Cognoscere extra ordinem*): «... *Negantis cognitiones rem, sed ordinarii juris esse* (1).» (Voy. § 34.)

III. *Notio*. — C'est une expression très-élastique qui indique en général le droit ou l'action de prendre connaissance d'une affaire, soit comme *magistrat*, pour prononcer sur le droit, soit comme *juge*, pour examiner les faits et prononcer sentence définitive: «*Notionem accipere possumus et cognitionem et jurisdictionem* (2).»

IV. *Decretum*. — C'est la décision rendue par le magistrat, dans son tribunal, après avoir pris connaissance de la cause, et qui statue sur le fond sans renvoi à un juge (3). (Voy. § 34.)

(1) Sueton., *Claud.*, 15; Cf. *Tib.*, 28 et 62; et le titre du *Dig. de extraord. cognit.*

(2) Ulpian., L. 99, ff., de *Verb. signif.* — Cf. Brissonius, V^o *Notio*.

(3) Paul., L. 1, ff., de *Offic. adsess.* — Ulpian., L. 9, § 1,