

§ 142. — V. Instance devant le juge. (Voy. § 222.)

Quelle que soit l'opinion à laquelle on s'arrête sur la nature, l'époque et les effets de la *litis contestatio*, dans le système de procédure des actions de la loi, toujours est-il positif que les parties ne comparaissent point devant le juge sans avoir préalablement accompli cette formalité.

Quant à l'instance qui s'engageait alors, nous savons, par Gaius, que les parties commençaient par présenter un résumé de l'affaire (*causæ conjectio*, ou *collectio*) (1), à peu près comme, dans nos tribunaux, chaque partie donne lecture de ses conclusions; puis venaient les plaidoiries proprement dites, et enfin la sentence du juge.

La loi des XII Tables avait déterminé le lieu, le temps et la durée des débats judiciaires: REM UBI PAGUNT, ORATO; NI PAGUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSAM CONJICIUNTO (alii CONSCITO), QUAM PERORANT AMBO PRÆSENTES; POST MERIDIEM PRÆSENTI STLITEM ADDICITO; SOL OCCASUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO (2). Ainsi, quand le procès ne pouvait se terminer le même jour, le coucher du soleil interrompait la procédure.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 15.

(2) Cicero, *ad Herenn.*, II, 13. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XVII, 2. — Ce passage des XII Tables, que nous rapportons ici à la procédure devant le *judex*, réglait vraisemblablement aussi la procédure devant le magistrat.

SECTION II.

Des actions de la loi considérées chacune en particulier.

I. ACTIO SACRAMENTI.

§ 143. — Du *sacramentum* en général.

Dans les premiers temps de Rome, chacun des plaideurs devait, avant tout, déposer entre les mains du pontife une certaine somme d'argent. Cette somme était désignée sous le nom de *sacramentum*, parce que l'argent consigné par la partie perdante était confisqué et employé aux besoins du culte, *ad sacra publica* (1). Ainsi, au danger de

(1) Festus, V° *Sacramentum*: «Sacramentum, æs significat, quod pœnæ nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur. Id in aliis rebus quinquaginta æssium est, in aliis rebus quingentorum inter eos, qui iudicio inter se contenderent. Qua de re lege L. Papiri Tr. «pl. sanctum est his verbis: *Quicumque prætor post hoc factus erit, qui inter cives jus dicet, tres viros capitales populum rogato, hi que tres viri capitales quicumque posthac facti erunt, sacramenta exigunto, judicantoque, eodemque jure asunto, uti ex legibus, plebeique scitis exigere, judicareque esse, esseque oportet.* Sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est, quod et propter ærarii inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus divinis.»

Varro, *de Ling. lat.*, IV, 36: «Ea pecunia quæ in iudicium

perdre le procès lui-même, venait s'ajouter celui de perdre le *sacramentum* : le *sacramentum* était donc une peine contre les plaideurs téméraires ou de mauvaise foi. Notre procédure française nous offre des consignations et des confiscations analogues dans l'appel, la requête civile, le pourvoi en cassation, etc., avec cette différence que, chez les Romains, les deux parties étaient soumises à la même règle, tandis que chez nous le demandeur seul est tenu de consigner.

Dans la suite, au lieu d'une consignation réelle, les parties purent donner de simples garanties : *prædesque eo nomine prætori dabantur* (1). Mais la destination du *sacramentum* était encore la même; et la somme déposée par le perdant profitait, non pas au plaideur qui gagnait son procès, mais au trésor public.

Le montant du *sacramentum* avait été fixé par la loi des XII Tables, et variait suivant la nature et l'importance des affaires. Il était de cinq cents as, quand la valeur du litige était de mille as et au-dessus; de cinquante as seulement, quand la valeur était inférieure, ou quand il s'agissait de liberté (2).

« venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiebatur, de aliis rebus utrique quingenos æris ad pontificem deponebant; de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium. Qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad ærarium redibat. »

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 13. — Tit. Liv., III, 46. — Festus, *V° Præs.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 14.

§ 144. — Nature de l'*actio sacramenti*.

L'*actio sacramenti* était générale : elle s'appliquait à toutes les affaires soit réelles, soit personnelles, et, en général, à toutes les causes pour lesquelles la loi n'avait pas tracé de marche particulière (1).

§ 145. — De l'*actio sacramenti* dans les procès relatifs à une obligation.

La partie du manuscrit de Gaius dans laquelle cet auteur traitait de l'*actio sacramenti* appliquée aux procès relatifs à une obligation, s'est trouvée tout à fait illisible; mais le texte en a été rétabli, avec autant de bonheur que de vraisemblance, par M. Heffter, de la manière suivante. Les parties présentes devant le magistrat, le demandeur disait au défendeur : QUANDO IN JURE TE CONSPICIO, POSTULO AN FIAS AUCTOR, QUA DE RE MECUM NEXUM FECISTI? — Le défendeur répondant négativement, le demandeur continuait : QUANDO NEGAS SACRAMENTO QUINGENARIO TE PROVOCO, SI PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIEM. — A cette provocation, le défendeur répondait : QUANDO AIS NEQUE NEGAS ME NEXUM FECISSE TECUM, QUA DE RE AGITUR, SIMILITER EGO TE SACRA-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 13 : « Sacramenti actio generalis erat : de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. »

MENTO QUINGENARIO PROVOCO, SI PROPTER ME FIDEMVE MEAM CAPTUS FRAUDATUSVE NON SIES.

Après ces provocations réciproques, les parties demandaient un juge; mais, comme nous l'avons vu plus haut, elles ne l'obtenaient qu'après un délai de trente jours.

Suivant que le juge décidait pour ou contre le demandeur, le *sacramentum* était déclaré *justum* ou *injustum*. Dans le premier cas, le demandeur reprenait la somme par lui consignée, et gagnait son procès; dans le second, le demandeur perdait et le montant de son *sacramentum* et son procès: de là les expressions que l'on rencontre dans les classiques, et notamment dans Cicéron: *Justo sacramento contendere... sacramentum justum judicare... injustis sacramentis petere* (1).

§ 146. — De l'*actio sacramenti* dans les procès relatifs à la propriété.

Les Romains considéraient la conquête comme le titre le plus légitime de la propriété: *Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent*, dit Gaius (2). Aussi la procédure par laquelle deux particuliers se disputent la propriété d'une chose, offre-t-elle l'image d'un combat (*manuum consertio*). Il faut, à cet égard, distinguer les meubles des immeubles.

(1) Cicero, *pro Cæcin.*, 33; *pro Domo*, 29; *de Orat.*, I, 10; *pro Milone*, 27.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 16. — Voy. ci-dessus, § 86.

§ 147. Continuation. — *Actio sacramenti* dans les procès relatifs à la propriété des meubles.

Le meuble litigieux était apporté devant le magistrat (*in jure*). Le demandeur, tenant d'une main une baguette que l'on nomme *festuca* ou *vindicta*, et qui n'est autre chose que le simulacre de la lance, appréhendait la chose de l'autre main, et prononçait les paroles suivantes: HUNC EGO HOMINEM (un esclave) EX JURE QUIRITIMUM MEUM ESSE AIO, SECUNDUM SUAM CAUSAM: SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI; et en même temps il touchait l'objet revendiqué de sa baguette. Le défendeur en faisait autant de son côté. — Ensuite les deux adversaires simulaient le combat, *manum conserebant*. — Le préteur leur disait alors: MITTITE AMBO HOMINEM; les deux parties obéissaient, elles lâchaient toutes deux la chose. — Celui qui avait revendiqué le premier, s'adressant alors à l'autre partie, disait: POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS? A quoi l'adversaire répondait: JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI.

On passait ensuite à la constitution du *sacramentum*, ce qui se faisait de la manière suivante: celui qui avait revendiqué le premier disait: QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI, DÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO. A cela l'adversaire répliquait: SIMILITER EGO TE.

Enfin, le préteur adjugeait la possession provisoire à l'un des deux plaideurs: *vindicias dicebat*

secundum alterum (1); et le procès continuait, comme pour les procès relatifs à une obligation. (Voy. ci-dessus, § 145, *in fine*.)

§ 148. Continuation. — *Actio sacramenti* dans les procès relatifs à la propriété des immeubles.

Quant aux immeubles, et aux autres choses qu'on n'aurait pu amener ou transporter devant le tribunal, il y avait une formalité de plus, la *deductio*; mais, à cet égard, il y a plusieurs époques à considérer.

Dans les premiers temps, les parties se rendaient avec le magistrat sur le terrain litigieux, ou dans l'endroit où se trouvait l'objet du procès : c'est ce qu'on appelait *deductio*. Là, armées chacune d'une baguette, elles revendiquaient solennellement la chose, et engageaient le combat simulé, *manum conserebant*, comme pour un meuble; puis, sur le lieu même, ou peut-être après être revenus devant le tribunal, les deux plaideurs se provoquaient au *sacramentum* dans les termes que nous avons rapportés plus haut. — Mais, dans la suite, les préteurs n'ayant sans doute plus le temps d'accompagner les parties, celles-ci se rendaient sur le fonds contesté, accompagnées de témoins, *superstites* (2);

(1) Gaius, *Comm. IV*, § 16. — Voy. ci-après, § 150.

(2) Festus, V° *Superstites*: «Superstites, testes presentes significat. Cujus rei testimonium est, quod superstites presentibus, ii, inter quos controversia est, vindicias sumere jubentur. Plautus in Artemone: *Nunc mihi licet quid vis loqui, nemo hic adest superstes...*»

elles y engageaient le combat simulé; puis elles rapportaient devant le préteur une partie de la chose litigieuse, par exemple, une motte de terre s'il s'agissait d'un champ, une tuile s'il s'agissait d'un édifice (1); et, sur cette partie, elles accomplissaient la revendication en présence du magistrat. — Enfin, dès le temps de Cicéron, les parties se dispensèrent d'aller sur les lieux, et simulèrent la *deductio*, comme déjà on simulait la *manuum consortio* (2).

(1) Gaius, *Comm. IV*, § 17.

(2) Aul. Gell., *Noct. att.*, XX, 10: «*Ex jure manuum consortum*, verba sunt ex antiquis actionibus, quæ, quum lege agitur et vindictæ contenduntur, dici nunc quoque apud prætorem solent... Manum conserere est, de qua re disceptatur, in re præsentis, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare. Vindicia, id est, correctio manus in re atque in loco præsentis, apud prætorem ex duodecim Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: *SI QUI IN JURE MANUM CONSERUNT*. Sed postquam prætores propagatis Italiæ finibus, datis jurisdictionibus, negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est, contra duodecim tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud prætorem manum consererent, sed ex jure manuum consortum vocarent; id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad prætorem deferrent: et in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent. Idque Ennius significare volens ait, non, ut ad prætorum solitum est, agi legitimis actionibus, neque ex jure manuum consortum, sed bello ferroque et vera vi atque solida.

§ 149. — Critique de cette procédure par Cicéron.

Dans son plaidoyer pour Muréna, l'orateur se moque, sans beaucoup de façons, de cette *deductio* simulée, qu'il nous décrit de la manière suivante. « On pouvait très-bien procéder ainsi: *FUNDUS SABINUS MEUS EST. — IMO MEUS*; ensuite juger: c'est ce qu'ils n'ont pas voulu. *FUNDUS*, disent-ils, *QUI EST IN AGRO QUI SABINUS VOCATUR* (voilà bien des mots; mais voyons la suite) *EUM MEUM EX JURE QUIRITIUM ESSE AIO*. Et après, *INDE IBI EGO TE EX JURE MANU CONSERTUM VOCO*. — L'adversaire ne sait que répondre à tout ce verbiage de plaideur. Le jurisconsulte passe alors de son côté, comme un joueur de flûte latin dans une comédie, et lui souffle son rôle: *UNDE TU ME*, dit-il, *EX JURE MANU CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO*. — Cependant, pour que le préteur ne se crût pas trop d'esprit et de talent en répondant de lui-même, on a eu soin de lui dicter aussi le rôle qu'il doit réciter, et qui n'est pas moins absurde que les autres; il parle donc ainsi aux plaideurs: *SUIS UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRÆSENTIBUS ISTAM VIAM DICO: INITE VIAM*. — Notre savant était auprès d'eux pour leur montrer la route. — *REDITE VIAM*, disait le magistrat; et ils revenaient en suivant le même guide. — C'était dès lors une chose bien ridicule, même

« Quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem et festucariam, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi bellica et cruenta. »

aux yeux de nos anciens, que d'ordonner à des hommes de quitter la place où ils étaient, et où ils devaient être, pour y revenir à l'instant même. Ces autres formules ne sont pas moins pleines d'extravagance: *QUANDO TE IN JURE CONSPICIO*; et celle-ci encore: *SED ANNE TU DICIS CAUSA VINDICAVERIS*. Tant qu'elles furent un mystère, il fallut bien recourir aux initiés; mais, dès que leur publication et l'habitude de s'en servir les eurent fait regarder de plus près, on les trouva aussi vides de sens que pleines de sottise et de mauvaise foi (1). »

§ 150. — De la *cautio litis et vindiciarum*, ou du règlement du possesseur.

Après la *deductio* simulée, venait la double revendication, les *vindicie* et la demande d'un juge.

Nous avons déjà dit que les *vindicie* désignent l'adjudication de la possession provisoire pendant le litige; mais ceci nécessite quelques développements. Après la double revendication, le magistrat disait aux parties: *MITTITE AMBO HOMINEM*. Par suite de l'exécution de cet ordre, les parties se trouvaient placées sur le pied de la plus parfaite égalité. Cependant l'ordre de la procédure exige qu'il y ait un défendeur qui possède pendant l'instance, et un demandeur sur qui tombe l'obligation de faire la preuve. En conséquence, aussitôt après la constitution du *sacramentum*, le préteur

(1) Cicero, *pro Murena*, 12.



décidait laquelle des deux parties remplirait devant le juge le rôle de demandeur, laquelle celui de défendeur ou de possesseur : c'est là ce qu'on appelait *vindicias dicere* (1).

On ne sait pas d'après quelles règles le magistrat décidait la question si importante du possessoire, ni s'il suivait déjà les principes qui, plus tard, furent observés dans les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI; mais, ce qui est très-positif, c'est que, dans les procès qui avaient pour objet la liberté, la question possessoire devait toujours être décidée en faveur de la liberté : *Vindicias dicere secundum libertatem*. Dans le célèbre procès de Virginie, Appius Claudius souleva une juste indignation en méconnaissant ce principe protecteur (2).

Celui des plaideurs qui obtenait la possession interimaire devait garantir (*prædes dare*) la restitution de l'objet contesté, *litis*, et des fruits perçus

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 16. — Festus, V^o *Vindicia* : « *Vindicia* appellantur res eæ, de quibus controversia: quod potius dicitur jus, quia fit inter eos qui contendunt. « M. Cato in ea quam scribit, L. Furio de aqua... Prætores « secundum populum *vindicias* dicunt... Lucilius : *Nemo hic « vindicias, neque sacra, neque numen veretur*. De quo verbo « Cincius sic ait : *Vindicia* olim dicebantur illæ, quæ ex fundo « sumptæ in jus adlatæ erant. At Ser. Sulpicius... jam singulariter formato *vindiciam* esse ait... qua de re controversia est, ab eo quod vindicatur... et in XII : SI VINDICIAM « FALSAM TULIT, SI VELIT IS... TOR ARBITROS TRES DATO, EORUM « ARBITRIO... FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO. »

(2) Tit. Liv., III, 44 et suiv.

pendant la possession, *vindiciarum*, dans le cas où son adversaire triompherait dans sa prétention.

Il ne faut pas confondre les *prædes litis* et *vindiciarum* dont il s'agit ici, avec les *prædes* dont nous avons parlé plus haut, et qui étaient donnés par les deux parties au prêteur, pour assurer au trésor public le recouvrement du *sacramentum*, depuis que les plaideurs ne furent plus tenus d'en consigner réellement le montant (1). Les *prædes litis* et *vindiciarum* sont, au contraire, exigés uniquement dans l'intérêt de celle des deux parties qui n'a point obtenu la possession provisoire; et, par conséquent, ne sont fournis que par le défendeur : c'est à ces *prædes* que se rapporte le passage suivant d'Asconius. « *Lis vindiciarum est cum litigatur de « ea re apud prætorem, cujus incertum est quis « debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet satisdat pro præde litis (et) vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in « possessione facturum, de qua iurgium esset. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut estimationis quam amittat, ni sua « sit hereditas de qua contendit. Prædes ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re de qua apud « iudicem lis est, ne interea qui tenet, diffidens « causæ, possessionem deteriore faciat, tecta desipet, excidat arbores et culta deserat* (2). »

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 13.

(2) Asconius, in *Verr.*, de *Prætor. urban.*, c. 45.

II. *ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM.*

§ 151. — Nature de cette action. — En quoi elle diffère des autres actions de la loi.

Le passage dans lequel Gaius traitait de l'action *per judicis postulationem* manque entièrement dans le manuscrit; nous en sommes donc réduits à de simples conjectures sur la nature de cette action.

Tigerstroem pense que la *judicis postulatio* n'était que cette partie de l'*actio sacramenti* dans laquelle les parties demandaient un juge; mais le texte de Gaius dément formellement cette supposition: si la *judicis postulatio* n'eût été qu'une partie de l'*actio sacramenti*, Gaius n'eût pas compté cinq actions de la loi, mais seulement quatre (1). Cette observation est confirmée par un autre passage, dans lequel Gaius présente la *judicis postulatio* comme l'action la plus générale après l'*actio sacramenti* (2): il est donc bien positif que l'action *per judicis postulationem* était une action particulière, distincte soit de l'*actio sacramenti*, soit de la *condictio*. — Mais, puisque l'action de *sacramentum* était générale, et pouvait s'appliquer à toutes les affaires, tant réelles que personnelles, pourquoi avait-on imaginé la *judicis postulatio*?... Cette action ne faisait-elle pas double emploi avec l'action de *sacramentum*?... Pour résoudre cette difficulté,

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 12.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 20.

M. Heffter soutient qu'avant la loi *Pinaria* il n'y avait jamais dation de juge dans l'action *sacramenti*; et qu'en conséquence, quand on voulait un juge, il fallait recourir à la *judicis postulatio*, qui, de cette façon, ne faisait pas double emploi avec l'action générale de *sacramentum*. Mais ce système ne repose que sur une base bien fragile; car on ne peut savoir quelle fut au juste l'innovation introduite par la loi *Pinaria*. Cette loi autorisa-t-elle pour la première fois la dation d'un juge dans l'action *sacramenti*, ou se borna-t-elle à décider que le juge, qui auparavant était donné de suite, ne serait plus accordé à l'avenir qu'après un délai de trente jours? L'une ou l'autre opinion devra être adoptée, suivant que la lacune de six lettres environ qui se trouve dans le § 15 du quatrième commentaire, après les mots *ante eam legem...*, sera remplie par le mot *nondum*, comme le prétend M. Heffter, ou par le mot *statim*, comme l'avait proposé M. Blondeau, dans le texte de Gaius publié dans l'*Ecloga* (édition de 1832). D'ailleurs, si l'opinion de M. Heffter fait disparaître le double emploi pour l'époque antérieure à la loi *Pinaria*, elle le laisse subsister en entier pour l'époque postérieure.

Au milieu de toutes ces incertitudes, qu'il nous soit permis de hasarder notre opinion. Malgré l'autorité du savant professeur de Bonn, nous croyons que, dès l'origine, il y avait dation de juge aussi bien dans l'*actio sacramenti* que dans la *judicis postulatio*; mais il n'y en avait pas moins une impor-