

fets, tant sur les biens ainsi enlevés au débiteur, que sur le sort de la demande elle-même.

§ 196. Continuation. — Des divers cas où il y avait lieu à la *missio*.

L'envoi en possession est ordonné, toutes les fois que le défendeur peut être réputé *indefensus*. Cela arrive: 1° si le débiteur se soustrait frauduleusement (*fraudationis causa latitat*) à l'*in jus vocatio*, soit en se cachant, soit en s'éloignant, soit en se reufermant dans son domicile (1); — 2° si, après avoir fait le *vadimonium* avec le demandeur, il manque à sa promesse, et ne comparait pas, *si vadimonio non stetit* (2); — 3° si, comparaisant devant le magistrat, il refuse de répondre et de lier l'instance (3); — 4° s'il est absent sans avoir

(1) Gaius, L. 18; — Paul., L. 19, ff., de *In jus vocando*. — Ulpian., L. 7, § 1, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Gaius, *Comm.* III, § 78. — Cicero, *pro Quint.*, 19: «*Qui fraudationis causa latitarit, si boni viri arbitrato non defendetur, ejus bona possideri, vendique jubebo.*»

(2) C'est le cas traité par Cicéron dans son plaidoyer *pro Quintio*. — Ulpian., L. 2, pr., ff., *Quib. ex caus. in poss.*: «*In bona ejus, qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur, iri jubebo.*» — Mais quand le *vadimonium* était garanti par des fidéjusseurs (voy. § 194), le demandeur pouvait agir contre eux; et ceux-ci, sans doute, prenaient alors la défense du défaillant.

(3) *Lex Galliaë Cisalpinæ*, cap. 22. — Ulpian., L. 52, ff., de *Regul. jur.*; L. 21, § 3, ff., *Ex quib. caus. maj.*; L. 5, § 3,

§ 197. — EFFETS DE LA MISSIO SUR LES BIENS DU DÉBIT. 465
un représentant (1); — 5° s'il se donne en adrogation (2); — 6° s'il meurt, et que personne ne veuille se porter son héritier (3).

§ 197. Continuation. — Effets de cette *missio* sur les biens du débiteur.

Cet envoi en possession n'était point une simple mesure conservatoire, un séquestre; c'était un véritable acte d'exécution qui conduisait, au moins en général, à la vente des biens dont la possession avait été ainsi attribuée au demandeur. Il embrassait la *totalité* des biens de l'*indefensus*. — Quant à la vente en elle-même, elle avait pour le débiteur des conséquences très-graves: non-seulement il y perdait sa fortune; mais il encourait l'infamie, et, avec elle, la perte des droits civiques.

Appliquée à celui qui, par mauvaise foi, se soustrait à l'action de la justice, cette rigueur n'a certes rien d'excessif. Mais, parmi les *indefensi* se trouvent souvent des personnes qui le sont sans leur faute; par exemple, les impubères non pour-

ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Paul., L. 83, § 1, ff., de *Verb. oblig.*

(1) Cicero, *pro Quint.*, 19. — Papinian., L. 13, ff., *Quib. ex caus. in poss.*

(2) Gaius, *Comm.* III, § 84; IV, § 80.

(3) Cicero, *pro Quint.*, 19. — Gaius, *Comm.* II, § 167; III, § 78. — Ulpian., L. 1, § 1, ff., de *Jure delib.* — Ulpian., L. 8; — Paul., L. 9, ff., *Quib. ex caus. in poss.*; L. 4, ff., de *Reb. auct. jud. poss.* — Pompon., L. 23, § 1, 2, 3, 4, ff., de *Hered. instit.*

vus de tuteurs, ceux qui sont absents pour un service public, etc. etc. Dans ces divers cas, néanmoins, l'envoi en possession pouvait et devait être obtenu; parce que, quelque excusable que puisse paraître le défendeur, cela ne doit pas paralyser le droit du demandeur. On conciliait ces intérêts contradictoires en accordant la possession au demandeur, mais en retardant la vente jusqu'à ce que l'empêchement du défendeur eût cessé (1).

§ 198. Continuation. — Effets de la *missio* quant à la demande elle-même.

L'envoi en possession ne préjugait rien définitivement sur la légitimité de la demande à l'occasion de laquelle il était obtenu; et cela était juste, puisque, selon toute apparence, le prêteur accordait la *missio* sans exiger du demandeur la preuve que sa demande était fondée. Sans doute, quand la demande était évidemment contraire au droit, le prêteur refusait la *missio* (2): à peu près comme chez nous, les juges, tout en donnant défaut, ne doivent cependant condamner le défaillant qu'après avoir vérifié la demande (3); mais on comprend que

(1) Paul., *Sentent. recept.*, V, 5 (B), § 1 et 2. — Ulpian., L. 33; — Marcian., L. 35; — Paul., L. 39, pr., et § 1, ff., de *Reb. auct. jud. poss.*; L. 6, § 2, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Ulpian., L. 21, § 2, ff., *Ex quib. caus. maj.* — Gordian., L. 4, C., de *Restit. milit.* — Le mineur ne jouissait pas de cette faveur. Ulpian., L. 5, ff., de *Reb. auct. jud.*

(2) Papinian., L. 50, ff., de *Peculio*.

(3) *Cod. de procéd.*, art. 150.

cette vérification, faite sans contradicteur, devait être presque toujours illusoire.

Du reste, l'envoi en possession était réputé nul, si, plus tard, l'*indefensus* venait à prouver que la demande était mal fondée (1).

Deux causes prévenaient, ou du moins tempéraient l'abus qu'on aurait pu faire de la *missio*, au préjudice de l'*indefensus*. — D'abord, la vente des biens entraînait d'assez longs délais; et, jusqu'à ce qu'elle fût consommée, le défendeur pouvait se faire remettre en possession de ses biens, en offrant de se défendre, et en donnant caution pour garantie de son offre (2). — D'un autre côté, le *bonorum emptor* était considéré comme une sorte d'héritier contre lequel chaque créancier devait prouver la légitimité de sa créance.

§ 199. Continuation. — Règle particulière au cas où l'action est *in rem*.

Quand la demande est une action *in rem*, portant sur un objet déterminé, la nature des choses indique un moyen plus simple, plus direct et aussi moins violent de sortir de l'embarras où le demandeur se trouve placé par la contumace de son adversaire. Ce moyen est d'envoyer le demandeur

(1) Cicero, *pro Quint.*, 11 et seq. — Paul., L. 12, ff., de *Reb. auct. jud. poss.* — Gaius, *Comm.* III, § 220. — Ulpian., L. 1, ff., *Ne vis fiat ei qui in poss.*

(2) Gaius, *Comm.* III, § 78; IV, 102. — Cicero, *pro Quint.*, 8. — Ulpian., L. 33, § 1, ff., de *Reb. auct. jud. poss.*

en possession de la chose litigieuse, ce qui rejette sur l'autre partie l'obligation d'attaquer et de prouver. Cela s'était déjà pratiqué ainsi, dans la procédure des actions de la loi, contre le possesseur qui ne pouvait fournir la caution *pro præde litis et vindiciarum*. (Voyez § 150.)

Toutefois, pendant longtemps, on accorda l'envoi en possession de tous les biens, aussi bien quand l'*indefensus* était attaqué par action réelle, que lorsqu'il l'était par action personnelle (1). L'envoi en possession, réduit à la chose en litige, ne fut d'abord admis que pour deux cas seulement : celui où le possesseur ayant nié sa possession avait été convaincu de mensonge (2); et celui où le possesseur ne fournissait pas caution pour garantir la restitution de la chose et des fruits (3). Mais ce tempérament à l'ancienne rigueur fut, dans la suite, étendu à plusieurs autres cas, et devint peut-être même la règle générale pour toutes les actions *in rem*, ainsi que pour les interdits (4).

(1) Ulpian., L. 7, § 16, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Julian., L. 18, ff., *Si servit.* — Ulpian., L. 23, § 4, ff., *Ex quib. caus. maj.* — *Lex Gallia Cisalpina*, cap. 22.

(2) Paul., L. 20, § 1, ff., *de Interrogat. in jure.* — Furius Anthian., L. 80, ff., *de Rei vind.*

(3) Diocl. et Max., L. unic., C., *Uti possidet.* — Paul., L. 60, § 1, ff., *de Usufr.* — *Fragm. Vatic.*, § 92 et 93. — Ulpian., L. 3, § 5; — Paul., L. 6, § 6; — Scævola, L. 14, ff., *de Carbon. edict.* — Paul., *Sentent. recept.*, I, 11.

(4) Ulpian., L. 7, § 17, 18 et 19, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Scævola, L. 45, ff., *de Damno infecto.* — African., L. 15, ff., *de Oper. novi nunciat.*

II. PROCÉDURE BILATÉRALE EN PRÉSENCE DU MAGISTRAT OU LITIS CONTESTATIO.

§. 200 — I. *Actionis editio.*

Voyons maintenant ce qui se passait devant le magistrat, quand, après les délais du *vadimonium*, les parties venaient enfin engager définitivement le procès. Cicéron et son annotateur Asconius nous en donnent un tableau très-succinct, mais assez exact, dans les passages suivants : « Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quæritur (1). — Nam et prætoriiis exceptionibus multæ excluduntur actiones, et ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is qui non, quemadmodum oportet, egerit, quare in jure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulatur, et quodammodo agendi potestas datur, et omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur (2). — Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis ejus componebat quod judici præscribebat ut secundum illud præsens controversia definitionem reciperet (3). »

(1) Cicero, *Part. orat.*, c. 28; *pro Cæcin.*, c. 3; *in Verr.*, IV, 66.

(2) Cicero, *de Invent.*, II, c. 19.

(3) Asconius, *in Verr.*, c. 3.

Ainsi, en résumé, le demandeur *édite* et *demande l'action*, le défendeur *propose ses exceptions*, le préteur *rédige la formule* qui donne aux plaideurs le pouvoir d'agir devant le juge (*in judicio*). Nous allons reprendre successivement, dans les paragraphes suivants, ces trois parties du débat qui avait lieu *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat.

L'*editio actionis*, qu'il ne faut confondre ni avec la *denuntiatio actionis*, ni avec la *postulatio actionis*, était l'acte par lequel, les parties étant une fois en présence du magistrat, le demandeur indiquait au défendeur l'action qu'il se proposait de demander.

L'*editio actionis* n'était assujettie à aucune forme particulière; elle pouvait se faire de vive voix ou par écrit, ou même simplement en indiquant sur l'*album* l'action dont on comptait se servir (1). Mais le demandeur n'était pas irrévocablement lié par l'*editio*, et pouvait encore choisir une autre formule jusqu'à la *litis contestatio*, ou, comme le disent les jurisconsultes, tant que *res non est in iudicium deducta*; car, *edita actio futuræ litis tantum speciem demonstrat* (2).

L'action une fois *edita*, le défendeur pouvait à son choix engager immédiatement le procès, ou obtenir un délai pour préparer ses moyens. Dans le premier cas, le demandeur se faisait donner l'action dont il désirait se servir, et le défendeur

(1) Ulpian., L. 1, § 1, ff., de *Edendo*.

(2) Sever. Anton., L. 3, C., *cod. tit.*

proposait ses moyens; dans le second cas, il y avait lieu au *vadimonium*. (Voy. ci-dessus § 194.)

§ 201 — II. *Postulatio actionis*: en quoi elle diffère de l'*actionis editio*. (Voy. § 252.)

Le demandeur demande à haute voix, au magistrat, l'action qu'il a préalablement indiquée à son adversaire dans l'édition de l'action (*actionis postulatio*). Il pouvait choisir dans les diverses formules relatées dans l'*album*, et même demander éventuellement plusieurs actions à la fois: « *Quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quæ potius actio teneat; nam duas dictamus, pro testati ex altera nos velle consequi quod nobis contingit* (1). » En un mot, il pouvait apporter à sa demande toutes les modifications nécessaires pour éviter de *causa cadere*: *ut causa cadat qui non quemadmodum oportet*. Cela était surtout utile toutes les fois qu'une demande, conçue en termes trop généraux, aurait exposé le demandeur à perdre son procès par plus-pétition; mais, à la différence de ce qui avait lieu dans les actions de la loi, l'illégalité des expressions employées par le demandeur ne pouvait plus être une cause de déchéance, puisque tout reposait sur la formule qui était rédigée par le magistrat lui-même.

Le défendeur ne pouvait s'opposer à la concession de l'action par des motifs tirés du fait, parce

(1) Ulpian., L. 1, § 4, ff., *Quod legat.*

que la question soumise au magistrat n'était pas de savoir si les allégations du demandeur étaient vraies ou fausses, mais seulement si, en les supposant vraies, elles étaient de nature à entraîner la condamnation que le demandeur réclamait contre le défendeur. En conséquence, ce dernier se bornait à soutenir qu'en droit, l'action demandée n'était pas admissible. Quand l'évidence du droit ne permettait pas de contester l'admissibilité de l'action, ou quand le préteur l'avait déclarée admissible, il ne restait plus au défendeur qu'une seule chose à faire : c'était de demander subsidiairement que l'on insérât dans la formule les exceptions que les faits de la cause pouvaient présenter (1).

Le magistrat, après avoir entendu les deux parties, accordait ou refusait l'action; il pouvait et devait la refuser quand elle était inadmissible, soit en elle-même, soit par la manière dont elle était présentée: « Velut si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio prætoris contentur ex hujusmodi stipulationibus actionem denegari (2). » — Quand la demande paraissait fondée en droit, le magistrat accordait la formule, et nommait le juré devant lequel le procès serait porté. Cette nomination avait lieu d'après les principes que nous avons fait connaître ci-dessus, § 77 et suiv.

Quand tout était terminé devant le magistrat, on

(1) Voyez § 182 et suiv.

(2) Pompon., L. 27, ff., de Verb. oblig.

disait du procès: *judicium est constitutum, acceptum, susceptum; res in judicium est deducta; lis inchoata, cepta; lis contestata est* (1), et autres expressions semblables. C'est ici le lieu de nous occuper de la nature et des effets de la *litis contestatio*.

§ 202. — III. *Litis contestatio*. (Voy. § 141 et 254.)

Dans la procédure formulaire, cette expression est détournée de sa signification primitive. Comme, probablement, le magistrat rédigeait par écrit la formule d'action et en remettait aux plaideurs une copie authentique, il devenait inutile de faire constater par témoins le débat qui avait eu lieu devant lui, puisque les éléments et la clôture de ce débat se trouvaient constatés par la formule elle-même. Les expressions *litis contestatio*, *litem contestari* ne désignent donc plus une invocation solennelle de témoins, mais seulement l'époque précisément correspondante à celle où, dans la procédure précédente, cette invocation avait lieu. Il serait possible, cependant, que l'usage d'appeler des témoins eût passé, quoique sans utilité, dans la procédure formulaire, à peu près comme, dans le testament civil, la mancipation demeura longtemps *dicis gratia et propter veteris juris imita-*

(1) Cicero, *Orat. part.*, 28; *de Invent.*, II, 19. — Papin., L. 42 pr., ff., *de Mort. caus. donat.* — Cels., L. 31, ff., *de Judic.* — Cicero, *pro Q. Rose.*, 11 — Gaius, *Comm. III*, § 180, 181. — Paul., L. 16; — Ulpian., L. 17, ff., *de Procurat.* — Ulpian., L. 25, ff., *de Rei vind.*

tionem (1). Quoi qu'il en soit, la *litis contestatio* désigne certainement, dans tous les cas, la clôture de la partie du procès qui se passe devant le magistrat: elle avait donc nécessairement lieu *in jure*.

Cependant, quelques auteurs ont prétendu que la *litis contestatio* était, au contraire, le premier acte qui se passait devant le juge: ils se fondent sur le texte suivant: « Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita; inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit (2). » — Pour écarter ce texte, qui vient contrarier si directement l'idée que l'on doit se faire de la *litis contestatio* d'après l'ensemble des documents (3), les uns ont prétendu que, dans cette constitution, *judex* désignait, non le *juré*, mais le magistrat. M. Heffter ne voit là qu'une disposition passagère, particulière à l'époque des empereurs qui ont rendu cette constitution. Keller, qui a jeté tant de lumières sur la *litis contestatio*, est convaincu que ce texte a été altéré par Tribonien. Nous croirions plutôt qu'il appartient à une époque postérieure à l'abolition de l'*ordo judicio-*

(1) Gaius, *Comm.* II, § 104 et 105.

(2) Sever. et Ant., L. 1, C., de *Litis contest.*; Conf. L. 3, C., de *Edendo*.

(3) Paul., L. 16; — Ulpian., L. 17, ff., de *Procur.*; L. 8, § 3, *cod.*; L. 25, § 8, ff., de *Æd. edict.* — Aul. Gell., *Noct. attic.*, V, 10. — Gaius, *Comm.* IV, § 102.

rum, et que c'est par erreur qu'il a été attribué à Sévère et Antonin.

Voyons maintenant quels étaient les effets légaux de la *litis contestatio*: ces effets sont nombreux; mais la plupart peuvent se rattacher à l'espèce de novation qui s'opérait lors de la *litis contestatio*. Nous allons les examiner séparément.

§ 203. — Premier effet de la *litis contestatio*: engagement contradictoire de l'instance.

La *litis contestatio* engage définitivement le procès, et rend possible le jugement final, nonobstant l'absence de l'une des deux parties. De ce qui a été dit plus haut sur la *vocatio in jus*, il résulte que la procédure romaine ne donnait aucun moyen d'engager le procès contre le défendeur, qui, en se cachant, ou autrement, parvenait à se soustraire à l'*in jus vocatio*: le demandeur pouvait seulement obtenir l'envoi en possession des biens de l'adversaire, ce qui était un moyen indirect de forcer celui-ci à comparaître. Mais, quand une fois la *litis contestatio* avait eu lieu, on pouvait juger le défendeur, lors même qu'il ne se serait pas présenté devant le juge. (*Voy.* ci-après § 223 et suiv.)

§ 204. — Deuxième effet de la *litis contestatio*: novation judiciaire ou nécessaire.

Mais l'effet le plus remarquable de la *litis contestatio* est certainement l'espèce de novation qu'elle opère dans le droit des plaideurs. Cet acte du procès

produit une obligation *quasi ex contractu* (1), par laquelle les deux parties sont obligées de subir le *judicium*, et de se soumettre à la sentence que le juge prononcera plus tard. — Ce rapport légal nouveau remplace et détruit le rapport légal qui existait précédemment entre les parties; en ce sens, que le demandeur ne pourra plus à l'avenir se fonder sur cet ancien rapport, pour agir une seconde fois contre le défendeur. Toutefois, cette extinction n'est pas toujours directe et immédiate.

Quand l'action est *personnelle*, conçue *in jus* et qu'il s'agit d'un *legitimum judicium* (2), le droit primitif du demandeur est pleinement et directement éteint (*ipso jure tollitur*): si donc, plus tard, il voulait agir encore contre son débiteur, l'action lui serait refusée, en supposant avoué le fait de la *litis contestatio*; et, dans tous les cas, cette action nouvelle demeurerait stérile, puisque, sans avoir besoin d'obtenir aucune exception, le défendeur pourrait repousser la demande, en prouvant que la créance réclamée a été précédemment éteinte (3).

Quand la demande ne réunit pas les trois caractères qui viennent d'être signalés, l'extinction du droit du demandeur n'est plus immédiate et directe: le défendeur attaqué de nouveau ne pourra

(1) Ulpian., L. 3, § 11, ff., de Pecul.

(2) Voyez ci-après la section IV.

(3) Gaius, Comm. IV, § 107.

s'opposer à la concession réitérée de l'action; il pourra seulement demander qu'on insère dans la formule l'exception *rei in judicium deductæ*; et, par là, il arrivera indirectement à éviter la condamnation (1).

Mais pourquoi cette différence? Elle se justifie aisément. — 1° Dans l'action réelle, la novation directe est impossible; car le droit réel n'est point, comme l'obligation, susceptible d'être nové. — 2° Dans l'action conçue *in factum*, la prétention du demandeur se fondant sur un fait, on ne concevrait pas qu'un acte de procédure pût rendre ce fait faux, de vrai qu'il était auparavant. — 3° Enfin, quand le *judicium* n'est pas *legitimum*, mais seulement *imperio continens*, un moyen tiré de l'*imperium* du magistrat ne peut détruire directement une prétention fondée sur le droit civil.

C'est ici le lieu de faire remarquer, que la sentence du juge produira plus tard des effets analogues et parallèles à ceux de la *litis contestatio*. En effet, la sentence produit aussi une sorte de novation: et, dans les mêmes cas, où, de la *litis contestatio* résulte l'extinction directe (*ipso jure*) ou indirecte (*per exceptionem rei in judicium deductæ*) de l'obligation; la sentence conduit pareillement à cette extinction, soit directement (*ipso jure*), soit indirectement (*per exceptionem rei judicatæ*). Ces deux novations successives sont exprimées par les juris-

(1) Gaius, Comm. IV, § 106.