

consultes dans cette phrase technique : « Ante litem
« contestatam debitorem dare oportere. Post litem
« contestatam condemnari oportere. Post condem-
« nationem judicatum facere oportere (1). »

§ 205. Continuation. — En quoi la novation judiciaire, qui résulte de la *litis contestatio*, diffère de la novation conventionnelle.

Mais la novation nécessaire, produite par la *litis contestatio*, diffère essentiellement de la novation volontaire qui résulterait d'une stipulation intervenue entre les parties.

La novation conventionnelle anéantit l'obligation avec tous ses accessoires. — Il n'en est pas de même de la *litis contestatio* : la nouvelle obligation comprend non-seulement le principal, mais aussi les accessoires de l'obligation antérieure, tels que gage, privilèges et intérêts : et cela doit être; car il serait absurde qu'un créancier rendit sa position pire en exerçant son droit : « Non solet de-
« terior conditio fieri eorum qui litem contestati
« sunt, quam si non : sed plerumque melior. Ne-
« mo enim in persequendo deteriore causam,
« sed meliorem facit (2). » — Cependant, il ne faudrait pas pousser cela trop loin : en effet, il est certain qu'en attaquant l'un des co-obligés on perd son action contre les autres; et notamment, en

(1) Gaius, *Comm.* III, § 180.

(2) Paul., L. 86 et L. 87, ff., de *Regul. jur.*; Conf., L. 29, ff., de *Novat.*

attaquant le débiteur principal, le créancier perd son recours contre la caution et réciproquement (1).

Voici encore une autre différence entre la novation volontaire et la novation nécessaire : cette dernière laisse subsister une obligation naturelle qui rend le débiteur non recevable à intenter la *condictio indebiti* (2).

§ 206. — Troisième effet de la *litis contestatio* : détermination des éléments du litige.

Un autre effet de la *litis contestatio* est de déterminer l'étendue du litige, ainsi que le personnel des plaideurs et du juge.

Elle détermine l'étendue du litige. En effet, le droit du demandeur, auparavant douteux et indéterminé, est limité et précisé par la formule qui devient ainsi la source d'un droit positif pour les deux parties. Aussi le juge ne pourra-t-il faire porter sa sentence que sur les questions comprises dans la formule : *Ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest* (3). Ainsi, par exemple, celui qui a agi mal à propos de *peculio*, quand il pouvait obtenir tout ce qui lui était dû en agissant *quod jussu*, ne peut plus

(1) Voyez, à la page suivante, la note 2.

(2) Paul., L. 60 et 28, ff., de *Condict. indeb.*

(3) Javolen., L. 18, ff., *Comm. divid.*

revenir à la première action, sauf le cas de restitution pour cause de dol (1).

Elle détermine la personne des plaideurs, comme on peut le voir dans les exemples suivants. — Quand il y a plusieurs débiteurs, le demandeur peut, à son choix, attaquer l'un d'entre eux; mais son choix une fois consommé par la *litis contestatio*, il ne peut plus varier: son action contre les autres est éteinte (2). — Dans l'action noxale, celui qui, comme propriétaire de la noxe, a fait *litis contestatio* avec le demandeur, devient personnellement obligé à soutenir le procès, lors même qu'il perdrait la propriété de l'esclave ou de l'animal qui a causé le dégât (3). — Pareillement, les actions populaires deviennent la propriété de celui qui les a intentées (4).

Enfin, la *litis contestatio* détermine le juré qui doit connaître; et, comme nous l'avons vu précédemment, c'était seulement en cas de nécessité absolue que les parties pouvaient obtenir le remplacement du juré désigné dans la formule.

Cependant, il devient quelquefois nécessaire de

(1) Ulpian., L. 4, § 5, ff., *Quod cum eo*.

(2) Javol., L. 2, ff., *de Duob. reis*. — Ulpian., L. 5, ff., *de Fidejuss.* — Venul., L. 31, ff., *de Novat.*

(3) Ulpian., L. 1, § 13, ff., *Si quadrup. paup.* — Gaius, L. 15; — Tryph., L. 37, ff., *de Noxalib. actionib.*

(4) Mæcian., L. 32, pr., ff., *Ad leg. Falcid.* — Ulpian., L. 28, ff., *de Injuriis*; et L. 12, pr., ff., *de Verb. signif.*

transférer l'action à d'autres plaideurs ou à un autre juge, par exemple, en cas de mort, et dans quelques autres encore (*translatio judicii*) (1).

§ 207. Continuation. — *Translatio judicii.*

La translation de l'instance s'opérait différemment, suivant qu'il s'agissait d'un changement dans les parties ou d'un changement de juge.

I. S'agissait-il de substituer le procureur au maître, le maître au procureur, ou enfin un procureur à un autre, la translation s'opérait par un simple changement de nom dans la *condemnatio* de la formule; car, l'*intentio* étant rédigée au nom du représenté, même quand le procès avait été commencé par le représentant, la substitution d'un représentant à un autre ne pouvait avoir d'influence sur l'*intentio* (2). Au reste, la translation n'était accordée, dans ce cas, qu'en connaissance de cause (*causa cognita*) (3).

(1) Ulpian., L. 17; L. 18, pr.; — Paul., L. 46; — Alfen., L. 76, ff., *de Judiciis*. — Ulpian., L. 17 et 27; — Paul., L. 42, § 7; — Gaius, L. 46, ff., *de Procurat.* — Paul., L. 8, § 1, ff., *de Fidej. et nominat.* — Ulpian., L. 29, ff., *de Oper. libert.*; L. 57, ff., *de Judic.* — Gaius, L. 15, ff., *de Noxal. act.* — Paul., L. 14, ff., *de His qui not.* — Ulpian., L. 17, § 14, ff., *de Injur.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, 86.

(3) Ulpian., L. 17, 19, 23, 25; — Paul., L. 20, 22, 24, 26 et 42, § 7; — Modestin., L. 18; — Gaius, L. 21 et 46, ff., *de Procurat.* — Ulpian., L. 7, pr., ff., *de Dolo*. — Paul., L. 5, § 1, ff., *Mandati*. — Papinian., L. 1, § 2, ff., *Quib. mod. pign.*

S'agissait-il de substituer les héritiers aux plaignants décédés pendant le litige, la translation s'opérait encore au moyen de simples changements de noms dans la *condemnatio*; et le nom du défunt continuait à figurer dans l'*intentio*. Pour s'expliquer ce résultat, il faut se rappeler ce qui a été dit plus haut, savoir que le juge, pour apprécier l'*intentio*, doit se reporter au temps de la *litis contestatio*, c'est-à-dire à une époque où celui qui aujourd'hui est représenté par des héritiers était encore vivant (1).

Enfin, on procédait encore de même pour transférer contre le père, de *peculio*, l'action intentée contre le fils décédé pendant le litige (2); pour transférer, contre l'affranchi ou le *statuliber*, l'action *noxale*, d'abord engagée contre le maître (3); ou pour transférer l'*injuriarum actio* du père au fils injurié (4).

II. Quant à la translation de l'action d'un juré à un autre, elle ne nécessitait évidemment aucune modification dans les parties constituantes de la formule (5).

(1) Paul., L. 8, § 1, ff., de *Fidej. et nomin.* — Cf. Gaius, *Comm.* IV, 34. — Scævola, L. 93, ff., de *Solut.*

(2) Ulpian., L. 57, ff., de *Judic.*

(3) Gaius, L. 15, ff., de *Noxal. act.* — Paul., L. 14, ff., de *His qui not. infam.*; L. 24, § 4, ff., de *Liberali causa.*

(4) Ulpian., L. 17, § 14, ff., de *Injur.*

(5) Ulpian., L. 17 et 18, pr.; — Paul., L. 46; — Alfenus, L. 76, ff., de *Judic.*

§ 208. — *Quatrième effet de la litis contestatio* : perpétuation des actions.

Malgré la novation qu'elle renferme, et peut-être à cause de cette novation même, la *litis contestatio* rend perpétuelles les actions qui auparavant n'étaient que temporaires. Ainsi les actions prétorienes qui, en général, s'éteignent si elles ne sont intentées dans l'année, deviennent perpétuelles dès qu'il y a une fois *litis contestatio* (1). — L'action d'injures, qui s'éteint quand le demandeur est décédé sans l'avoir exercée, devient transmissible à ses héritiers, quand elle a été déduite *in judicium* (2). — Enfin, les actions pénales, qui, si elles n'ont pas été intentées du vivant du délinquant, ne sont point accordées contre ses héritiers, ou du moins ne le sont que jusqu'à concurrence des valeurs dont le délit les aurait enrichis, passent, avec tous leurs effets, contre ces mêmes héritiers, quand, une fois, il y a eu *litis contestatio* avec leur auteur (3).

§ 209. — *Cinquième effet de la litis contestatio* : détermination de l'époque à considérer pour apprécier la demande.

L'époque de la *litis contestatio* est encore impor-

(1) Paul., L. 8, ff., de *Fidej. et nominat.* — Paul., L. 29, ff., de *Novat.* — Paul., L. 24, ff., de *Liber. caus.* — Paul., L. 87; — Gaius, L. 139, ff., de *Regul. jur.* — Ulpian., L. 9, § 3, ff., de *Jurejur.* — Ulpian., L. 26; — Callist., L. 58, ff., de *Obligat. et actionib.*

(2) Ulpian., L. 13, pr., ff., de *Injuriis.*

(3) Voyez les textes cités dans les deux notes précédentes.

tante à bien connaître, parce que c'est à elle que le juge devra se reporter pour diverses appréciations. Cette matière est fort difficile; il y a diverses distinctions importantes à faire : pour certaines choses, et dans certains cas, le juge doit se reporter au moment de la *litis contestatio*; dans certains autres cas, au contraire, il doit prendre en considération le moment où il prononce la sentence.

I. Quand il s'agit d'examiner si l'action est fondée, le juge doit se reporter à l'époque de la *litis contestatio*; et cela est vrai non-seulement pour les actions de droit strict, mais aussi pour les actions *in rem*: car les questions posées, *SI PARET DARE OPORTERE*, *SI PARET EJUS ESSE*, se réfèrent évidemment à l'époque où l'action a été délivrée (1). — Peut-être dans les actions de bonne foi, le juge, étant autorisé à juger *ex æquo et bono*, pouvait-il prendre en considération, les circonstances postérieures (2).

II. Mais on doit, du moins ordinairement, s'attacher à l'époque de la sentence pour la fixation des restitutions, et en général pour tout ce qui concerne plus particulièrement la *condemnatio*. — Dans l'action en revendication, le défendeur ne peut être condamné qu'autant qu'il possède encore au moment de la sentence, à moins que ce ne soit par dol qu'il ait cessé de posséder (3). — On suit la même règle

(1) Gaius, L. 18 et 20, ff., *de Rei vind.* — Ulpian., L. 8, § 4 et 5, ff., *Si servit. vindic.*; L. 10, ff., *de Usuf. accresc.* L. 42, § 1, ff., *de Noxal. action.* — Tryph., L. 37, ff., *eod. tit.*

(2) Paul., L. 17, ff., *Mandati.*

(3) Paul., L. 27, § 1, et L. 42, ff., *de Rei vind.* — Conf. Paul.,

dans l'action *ad exhibendum*, laquelle, quoique personnelle, doit être dirigée contre le possesseur (1); dans l'action de *dépôt* (2); et, suivant Ulpien, dans l'action *de peculio*, quant à la question de savoir quelle est la consistance du pécule (3). — Enfin, c'est encore au temps de la sentence qu'il faut se reporter pour les estimations nécessaires au bénéfice de compétence (4).

III. Mais que décider si, depuis la *litis contestatio*, le défendeur, prévenant la sentence, s'exécute volontairement et donne satisfaction au défendeur? doit-il être absous, doit-il être condamné? — D'abord, quant aux actions *arbitraires*, il est positif que le défendeur doit être absous; puisqu'il devrait l'être lors même qu'il ne restituerait que pour obéir au *jussus* du juge (5). — Il en doit être ainsi, à plus forte raison, dans les actions de *bonne foi*, à cause du *liberum officium* donné au juge, qui ne doit condamner que *ex æquo et bono*: or, qu'y aurait-il de plus contraire au *bonum et æquum*, que de condamner celui qui a déjà satisfait (6)? — Mais, relativement aux actions de *droit strict*, les deux

L. 4, ff., *de Hæredit. pet.* — Ulpian., L. 18, § 1; — Gaius, L. 44, ff., *eod. tit.*

(1) Ulpian., L. 7, § 4, 7; — Julian., L. 8, ff., *ad Exhibend.*

(2) Ulpian., L. 1, § 21, ff., ff., *Deposit.*

(3) Ulpian., L. 30, ff., *de Peculio.*

(4) Ulpian., L. 63, ff., *pro Socio.*

(5) § 31, *Instit.*, *de Actionib.*

(6) Gaius, *Comm.* IV, § 114. Ce texte, quoique mutilé, paraît confirmer notre opinion.

écoles étaient divisées : les Sabinien s voulaient que le défendeur fût absous : *Et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria* (1); les Proculéiens décidaient, au contraire, qu'il devait être condamné : *Quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat* (2). L'opinion des Sabinien s a été préférée par Justinien (3). Au reste, nous présumons que l'une et l'autre école devait admettre des tempéraments à son opinion. Ainsi, d'une part, les Sabinien s faisaient sans doute exception à leur principe quand les plaideurs avaient engagé le procès *per sponsionem* : il ne devait pas, en effet, dépendre de l'une des parties de se soustraire aux conséquences de cette gageure ; et, d'un autre côté, il est probable que les Proculéiens avaient trouvé quelque moyen d'échapper à l'iniquité d'une condamnation prononcée contre celui qui déjà volontairement aurait satisfait à la demande.

IV. Enfin, qu'arriverait-il si le corps certain, faisant l'objet du procès, venait à périr depuis la *litis contestatio*? On peut dire pour le défendeur que, puisqu'il eût pu se libérer par la restitution de la chose, il doit être pareillement libéré par la perte fortuite de la chose litigieuse. Mais on peut répondre, pour l'opinion la plus rigoureuse, que, depuis la *litis contestatio*, le défendeur est de mauvaise foi et

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 114.

(2) Gaius, *ibid.*

(3) § 2, *Instit.*, de *Perpet. et temp.*

en demeure (1). Adrien avait admis cette dernière opinion pour la pétition d'hérédité. Dans la loi 40, ff., de *Petit. hæreditatis*, Paul cherche à tempérer la rigueur de cette décision.

V. Chez nous, la demande en justice interrompt la prescription du possesseur : il n'en était pas de même à Rome. L'usucapion continuait à courir et pouvait s'accomplir pendant le litige, c'est-à-dire après la *litis contestatio*. Mais le défendeur, qui avait usucapé, contractait l'obligation de faire avoir la chose au demandeur ; et non-seulement la chose elle-même, mais encore tous les accessoires (*causa rei*) ; par exemple, le part de l'esclave, les hérédités et les legs que l'esclave revendiqué aurait acquis dans l'intervalle. De plus, le défendeur pouvait être contraint de donner caution *de dolo*, pour le cas où il aliénerait ou hypothéquerait la chose en litige, etc. (2). On appliquait la même règle aux servitudes (3).

Il n'en saurait être de la *possessio longi temporis* comme de l'usucapion : en effet, la possession *longi temporis* n'étant point une manière d'acquiescer la propriété, mais une simple exception accordée au possesseur, il est évident que le temps écoulé depuis la *litis contestatio* ne pouvait, en aucune manière, compromettre le droit du demandeur (4).

(1) Paul., L. 35, et L. 75, ff., de *Verb. signif.* — Ulpian., L. 20, § 11 ; L. 25, § 7 ; L. 31, § 3, ff., de *Pet. hæred.*

(2) Gaius, L. 18, et L. 20, ff., de *Rei vind.*

(3) Ulpian., L. 8, § 4, ff., *Si serv. vind.*

(4) Diocl., L. 10, C., de *Præsc. long. temp.*

§ 210. — Sixième effet de la *litis contestatio*. — Inaliénabilité de la chose litigieuse.

La *litis contestatio* produisait encore des effets remarquables relativement à la chose litigieuse. La loi des XII Tables défendait, sous peine d'une amende du double, de consacrer aux dieux la chose en litige (1). Cette disposition fut généralisée par l'interprétation, mais surtout par un édit d'Auguste (2) : toute aliénation de la chose litigieuse fut défendue, sous peine d'une amende égale à la valeur de la chose, tant contre le vendeur que contre l'acquéreur, si celui-ci avait connaissance du litige (3). De plus, l'aliénation était paralysée par l'exception *rei litigiosæ* (4).

Dans l'action en partage, une fois le *judicium acceptum*, aucun des copartageants ne peut aliéner sa part (5).

(1) Gaius, L. 3, ff., de *Litigiosis*.

(2) Fragment., de *Jure fisci*, § 8 : « Qui contra edictum « divi Augusti rem litigiosam a — ente comparavit, præterquam quod emptio nullius momenti est, pœnam quinquaginta sestertiorum fisco repræsentare compellitur; « res autem litigiosa videtur, de qua apud suum judicem « delata est; sed hoc in provincialibus fundis prava usurpatione obtinuit. »

(3) Callistr., L. 1; — Marcian., L. 22, ff., de *Jure fisc.*

(4) Papin., L. 27, § 1, ff., *Ad senatusc. Vellej.* — Gaius, *Comm.* IV, § 117. — Ulpian., L. 1, § 1, ff., de *Litigios.* — Marcian., L. 1, ff., *Quæ res pign.*

(5) Papin., L. 13, ff., *Famil. ercisc.* — Anton., L. 1; — Alex., L. 2, C., *Comm. divid.*

III. DES DIVERS INCIDENTS QUI MODIFIENT OU REMPLACENT LA LITIS CONTESTATIO.

§ 211. — Quels étaient ces incidents

Il nous reste maintenant à examiner divers incidents qui peuvent se présenter devant le magistrat, et qui modifient ou remplacent la *litis contestatio*; en ce sens que, comme elle, ils font naître entre les parties une obligation *quasi ex contractu*, qui est substituée au rapport légal qui existait entre elles auparavant. Ces incidents sont : l'*interrogatio in jure*, la *confessio in jure* et le *jusjurandum in jure*.

§ 212. — I. Interrogation *in jure*.

Les interrogations *in jure* ne ressemblaient ni aux interpellations solennelles des actions de la loi, ni à notre interrogatoire sur faits et articles. — Ces interrogations, qui pouvaient être adressées à l'une des parties, soit par l'autre partie, soit par le magistrat lui-même (1), n'avaient, en effet, d'autre but que d'arriver à obtenir certains renseignements nécessaires à la rédaction de la formule. Voyons dans quels cas ces interrogations étaient permises; quels en étaient les effets; et, dans quel sens, il faut entendre qu'elles finirent par tomber en désuétude.

(1) Ulpian., L. 11, § 9, ff., de *Interrogat.*

§ 213. Continuation. — Cas dans lesquels il y avait lieu à l'interrogation *in jure*.

L'un des cas où l'*interrogatio* avait lieu le plus fréquemment était celui des actions intentées contre un héritier. J'agis par la *condictio certi* contre une personne que je présume être l'héritier de mon débiteur : il faut bien que je m'assure si mon adversaire est réellement héritier, et pour quelle part : car s'il n'est pas héritier, le procès est inutile ; s'il est héritier, mais seulement pour une certaine quote-part, je suis exposé à perdre mon procès par pluspétition, en lui demandant au delà de sa part héréditaire dans la dette (1). — Pareillement, si j'intente une action *noxale*, une action *de peculio*, ou une action *damni infecti*, il faut bien que je m'assure d'abord si celui que j'attaque est maître, père ou propriétaire (2). — Il en faut bien dire autant du cas où j'agis en *revendication* : j'ai intérêt à demander à mon adversaire s'il possède le fonds pour le tout, ou seulement pour une partie ; car j'ai le droit de me faire envoyer en possession de la partie pour laquelle je n'ai pas de contradicteur (3). — L'âge de l'adversaire pouvait être aussi l'objet d'une interrogation (4).

(1) Callistr., L. 1 ; — Ulpian., L. 2 ; L. 9, § 6 ; — Paul., L. 3, ff., *de Interrogat.*

(2) Ulpian., L. 7 ; — Paul., L. 8 ; — Ulpian., L. 9, § fin. ; — Paul., L. 20, § 2, ff., *cod. tit.*

(3) Paul., L. 20, § 1, ff., *cod. tit.*

(4) Ulpian., L. 11, pr., ff., *cod. tit.*

L'interrogé peut quelquefois obtenir un délai pour répondre ; par exemple, celui à qui on demande s'il est héritier peut demander un délai pour délibérer sur son acceptation ou sur sa répudiation (1).

Au reste, nul n'est tenu de répondre sur ce qui ne lui est pas personnel (2).

En cas de difficulté, c'est à l'équité du magistrat qu'il appartient de décider quelles interrogations doivent être permises (3).

§ 214. Continuation. — Effets de l'interrogation *in jure*.

Quant aux effets de l'interrogation, ils varient suivant que le défendeur affirme ce qui n'est pas, nie ce qui est, ou refuse de répondre.

Dans le premier cas, le défendeur est tenu *quasi ex contractu*, comme il le serait si la réponse était vraie. Par exemple, celui qui, sans être héritier, s'attribue cette qualité dans sa réponse, sera tenu comme s'il était réellement héritier. Il en est de même de celui qui, attaqué par action *noxale* comme propriétaire d'un esclave, répond fausement qu'il en est propriétaire : *Fides enim ei contra se habebitur* (4). Cette réponse a, en outre, l'effet de libérer le véritable débiteur (5).

(1) Gaius, L. 5 ; — Ulpian., L. 6, ff., *de Interrogat.*

(2) Ulpian., L. 9, § 3 et 4 ; — Papin., L. 19, ff., *cod. tit.*

(3) Ulpian., L. 21, ff., *cod. tit.*

(4) Ulpian., L. 11, § 1 et 9 ; L. 7 ; L. 4, ff., *cod. tit.*

(5) Paul., L. 8 ; L. 20 ; — Jul., L. 18, ff., *cod. tit.*