

condamner à une somme moindre que celle fixée par le serment du demandeur (1).

§ 220. — Formes du serment.

Le serment n'était pas à Rome un acte essentiellement religieux : les parties pouvaient convenir d'une formule étrangère à toute croyance religieuse. Les formules les plus usitées étaient : *per Jovem*, *per salutem suam*, *per genium principis* (2).

Telle est au surplus la puissance du serment déféré ou référé, que lors même qu'on viendrait plus tard à prouver que celui à qui le serment avait été déféré avait commis un parjure, cela n'aurait aucune influence sur le procès civil : le parjure ne pouvant être puni que par la voie criminelle. L'opinion de Labéon, qui voulait qu'on donnât contre le parjure l'action *de dolo*, n'a pas prévalu ; car Julien n'accorde pas même la réplique de *dol* contre l'exception *jurisjurandi* (3).

Une observation commune au serment, à la confession, à l'interrogation et à la *litis contestatio*, c'est que ces actes n'ont jamais d'effet à l'égard des tiers.

(1) Ulpian., L. 4, § 2, 3, 4; — Marcell., L. 8; — Callistr., L. 10, ff., *de in Litem jurando*.

(2) Ulpian., L. 13, § 6; L. 5, pr., § 1 et 3, *de Jurejur.*

(3) Gaius, L. 31, ff., *eod. tit.*—Julian., L. 15, ff., *de Except.*

DEUXIÈME PARTIE DU PROCÈS.

Instance *in judicio*.

§ 221. — Parties qui composent cette branche du procès.

L'instance devant le juge forme le *judicium* proprement dit : nous devons examiner à ce sujet, 1° la comparution des parties devant le juge; 2° l'ordre des plaidoiries; 3° les divers genres de preuves; 4° la sentence; 5° et enfin l'office du juge.

I. MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES DEVANT LE JUDEX.

§ 222. — Cette comparution était-elle assurée par quelque promesse ou garantie?

Quand une fois la formule a été délivrée aux parties, il leur reste à aller devant le juge désigné. Il est probable, au moins dans les premiers temps de la procédure formulaire, que la *comperendnatio* (1) était encore en usage, et que les parties s'ajournaient réciproquement à comparaître le troisième jour devant le juge.

Mais, que cet usage se soit ou non maintenu, il ne paraît pas que les parties se donnassent des garanties pour assurer cette comparution (2). C'est à

(1) Voyez ci-dessus, § 140.

(2) Ascon., *in Verr.*, 1, 9 : « Litigantes accepto judicio non

tort que, trompés par les significations multiples du mot *judicium*, quelques auteurs ont prétendu que la *cautio in judicio sisti* s'appliquait ici : cette caution, comme le *vadimonium*, concerne seulement la comparution devant le magistrat (1).

Quant à la *cautio judicatum solvi*, elle se réfère exclusivement à la chose jugée.

Ce que nous allons dire ci-après de la procédure contre les *contumaces*, fournit aussi la preuve que la comparution devant le juge n'était l'objet d'aucune promesse ou garantie quelconque.

Mais cela pourrait d'ailleurs se démontrer directement. En effet, on ne voit pas quel intérêt le défendeur, et, à plus forte raison, le demandeur pourrait avoir à ne pas comparaître. — D'abord, quant au défendeur, une fois la formule délivrée et le juge nommé, le litige peut être conduit à fin, alors même que le défendeur ne se présenterait pas ; car la formule *SI PARET...*, CON-

« stipulationibus mutuis promissis, sed denuntiatione
« tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud
« judicem. »

(1) Voyez les textes suivants, dans lesquels *in judicio* désigne évidemment le tribunal du magistrat : Rubrique *in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent* (ff., lib. II, tit. 6) comparée avec Paul., L. 1, ff., *eod. tit.* — Ulpian., L. 1 ; L. 3, ff., *de Feriis*. — Ulpian., L. 1, pr., ff., *Si ex noxal.* — Paul., L. 10, § 2, *Si quis caut.* La rubrique *Qui satisfacere cogantur vel jurato promittant, vel suæ promissioni comittantur*, combinée avec le § 185 du IV commentaire de Gaius, fournit la preuve que la *cautio judicio sistendi* avait remplacé le *vadimonium*. Conf. Cicero, *pro Quint.*, 14.

DEMNA n'implique en aucune manière la nécessité que le défendeur soit présent. Le demandeur n'a donc aucun intérêt à ce que le défendeur compare ; on peut même dire qu'il a l'intérêt contraire : car, bien que le juge ne soit pas tenu de condamner le défaillant, il est évident cependant qu'il sera tout naturellement porté à considérer comme n'ayant pas de bien bons moyens de défense celui qui ne se présente même pas pour les faire valoir. — Quant au demandeur qui a sollicité et obtenu la formule, on s'expliquerait plus difficilement encore pourquoi il fuirait un débat qu'il a lui-même provoqué ; surtout dans les anciens principes, d'après lesquels le plus grand dommage que pût encourir le demandeur était de voir absoudre son adversaire.

§ 223. — Procédure contre les contumaces.

Nous venons de dire, dans le § précédent, que la comparution des parties devant le juge n'était l'objet d'aucune garantie spéciale.

Nous devons maintenant rechercher ce qui arrivait quand l'une des parties ne se présentait pas.

Il faut distinguer plusieurs hypothèses :

I. Si c'est le demandeur qui fait défaut ; le défendeur pourra exiger que l'affaire soit jugée immédiatement : mais la non-comparution du demandeur n'entraîne pas nécessairement l'absolution du défendeur ; et celui-ci pourra être absous ou

condamné (1). Au reste, lors même que le défendeur ne requérait pas jugement, le demandeur qui ne provoquait pas la décision du juge s'exposait à un danger très-réel, à savoir, la péremption de l'instance et, par suite, la déchéance de la formule obtenue. (*Voy. ci-après § 233 et suiv.*)

II. Si c'est le défendeur qui fait défaut, on ne peut procéder immédiatement au jugement de l'affaire; et le demandeur qui veut obtenir jugement doit recourir à une procédure particulière, destinée à constater la contumace de son adversaire.

A cet effet, le demandeur se présente de nouveau devant le magistrat, qui, sur sa demande, rend des ordonnances (*edicta*) par lesquelles il enjoint au défendeur de comparaître. Ces ordonnances sont renouvelées deux ou trois fois, à des intervalles de dix jours au moins; la dernière contient la menace : *Etiam absente diversa parte, cogniturum se et pronuntiaturum*. Ce dernier édit est appelé *peremptorium*, parce que *perimit disceptationem, et ultra non patitur adversarium tergiversari* (2). Quelquefois, à raison des circonstances, le magistrat accorde de prime abord l'*edictum peremptorium*, qui est dit alors *unum pro omnibus* (3). — Si, après l'édit péremptoire, le

(1) Scævola, L. 28, ff., *de Appell.* — Ulpian., L. 27, § 1, ff., *de Liberal. caus.*; L. 6, § 3, ff., *de Confess.*

(2) Ulpian., L. 68, 69, 70, 71, ff., *de Judic.* — Paul., *Sent. recept.*, V, 5 (A), § 7.

(3) Ulpian., L. 72, ff., *cod. tit.*

défendeur ne se présente pas, il est *contumace*; et le procès peut être jugé en son absence, toutefois après une dernière citation (1).

Quelquefois, sans qu'il y ait besoin de *peremptorium edictum*, la cause peut être jugée malgré l'absence du défendeur, si celui-ci a reçu un avertissement spécial (2).

§ 224. Continuation. — Effets de la contumace.

Le défendeur contumace doit-il être nécessairement condamné? On pourrait le croire d'après Hermogénien : *Contumacia eorum qui jus dicenti non obtemperant litis damno coercetur*; mais ce passage doit être combiné avec ce que dit Ulpien : *Absens, si bonam causam habet, vincet* (3).

Le défendeur qui s'est laissé condamner par défaut ne peut ni appeler, ni *revocare in duplum* : il n'a d'autre recours que la *restitutio in integrum* qu'il ne peut obtenir qu'en justifiant de justes causes d'absence (4).

La sentence rendue par défaut est radicalement nulle, si la procédure de contumace n'est pas régulière; et, dans tous les cas, si le défendeur était

(1) Ulpian., L. 73, pr., ff., *de Judic.*

(2) Gord., L. 2, C., *Quomodo et quando*.

(3) Herm., L. 53, ff., *de Re jud.* — Ulpian., L. 73, pr., ff., *de Judic.* — Anton., L. 1, C., *Quomodo et quando*.

(4) Ulpian., L. 73, § 3, ff., *de Jud.* — Papin., L. 23, § 3, ff., *de Appell.* — Anton., L. 1, C., *Quorum app.* — Paul., *Sent. rec.*, V, 5 (A), § 7. — Ulpian., L. 7, § 12, ff., *de Minorib.* — Julian., L. 75, ff., *de Jud.* — Herm., L. 53, § 1 et 2, ff., *de Re jud.*

déjà mort au moment où il a été condamné (1).

Si, après le *peremptorium edictum*, le demandeur ne se présente pas, il n'encourt aucune déchéance : il est seulement obligé d'en obtenir un autre (2).

II. PROCÉDURE DEVANT LE JUDEX.

§ 225. — Ordre des plaidoiries.

Devant le juge, comme devant le magistrat, les plaidoiries étaient orales et publiques. — On pouvait plaider tous les jours, excepté les jours néfastes et les jours fériés (3).

Les parties devaient produire les rescrits impériaux, les réponses des prudents rendues pour l'affaire (4), et arriver munies de toutes leurs preuves (5). — Après la production des documents et l'audition des témoins, venaient les plaidoiries (*causæ peroratio*). Il y avait ordinairement plusieurs plaidoyers prononcés de part et d'autre (*prima et secunda actio*) (6).

Il ne paraît pas qu'en matière civile les avocats dussent se renfermer dans un espace de temps déterminé; mais cette limitation existait bien certainement en matière criminelle (7).

(1) Paul., L. 54; — Ulpian., L. 59, § 3, ff., de *Re jud.*

(2) Ulpian., L. 73, § 2, ff., de *Jud.*

(3) Voy. au Dig. le titre de *Feris*.

(4) Claud., L. 2, C., de *Div. rescr.*

(5) Macrob., *Satyr.* II, 12 in fin.

(6) Cicero, *pro Flacco*, 20; *pro Cæcin.*, 2, 3, 33.

(7) Cicero, *pro Quint.*, 9 et 22; *pro Tull.*, init. et cap. 6. — Plin., *Epist.* VI, 2.

Le juge pouvait certainement ordonner des remises, soit pour l'administration des preuves (1), soit pour préparer sa sentence (2).

Ainsi que nous l'avons dit au § 120, le juge pouvait consulter les magistrats sur les points de droit, mais non sur les points de fait (3). Il pouvait aussi se faire assister par les personnes dont les lumières lui inspiraient de la confiance (4). Cette circonstance explique pourquoi Cicéron dit toujours *judices*, dans les cas mêmes où il est d'ailleurs constant qu'on ne donnait qu'un seul juge. Cet orateur distingue cependant quelquefois les conseillers du juge proprement dit : *Vosque qui in concilio adestis orat atque obsecrat* (5).

III. DES PREUVES.

§ 226. — Administration des preuves. (Voy. § 255.)

Examinons, à cet égard, à qui incombe l'obligation de prouver, et quels étaient les divers genres de preuves admises devant les tribunaux romains.

En général, c'est à celui qui affirme à prouver : *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (6).

(1) Tit., ff. et C., de *Dilationib.* — Callistrat., L. 36, ff., de *Judic.*

(2) Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — Ulpian., L. 13, § 4, ff., de *Recept. qui arbitr.*

(3) Ulpian., L. 79, § 1, ff., de *Judic.*

(4) Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — Valer. Max., VIII, 2, 2. — Plin., *Epist.*, V, 1.

(5) Cicero, *pro Quint.*, 2, 6, 10, 30.

(6) Paul., L. 2, ff., de *Probat.*

Dioclétien en donne la raison : *Quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (1). Toutefois, cette dernière proposition ne doit pas se prendre dans un sens trop absolu; car on peut quelquefois arriver très-facilement à la preuve d'un fait négatif, en établissant un fait positif contraire.

Celui qui affirme est ordinairement le demandeur : de là, la maxime : *Actori incumbit onus probandi*. C'est en effet au demandeur à établir sa demande : mais, à son tour, le défendeur aura à prouver les allégations par lesquelles il prétend repousser les prétentions du demandeur. Ainsi, j'allègue que je vous ai prêté, je dois établir l'existence du prêt; vous soutenez que vous m'avez payé, c'est à vous de prouver le paiement : la règle *Reus excipiendo fit actor* est donc purement énonciative, et s'applique aussi bien aux défenses proprement dites qu'aux exceptions (2).

§ 227. Continuation. — Nature des preuves admises.

Les moyens de preuve sont : les *témoins*, les *titres*, le *serment* et l'*aveu*.

I. *Preuve par témoins*. — Les témoins étaient désignés par les parties, et étaient cités par l'intermédiaire du magistrat (3). En général, le témoin

(1) Diocl. et Max., L. 23, C., *de Probat.*

(2) Cels., L. 12; — Ulpian., L. 19, ff., *de Probat.* — Sever., L. 1; — Diocl. et Maxim., L. 9, C., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 2, § 3, ff., *de Jud.* — Arcad., L. 1, § 2; — Callistr., L. 3, § ult., ff., *de Testib.* — Sueton., *Claud.*, 15.

devait faire sa déposition oralement, publiquement et à l'audience. Il pouvait être interpellé par les deux parties et par leurs avocats (1). Le témoignage par écrit n'était point interdit d'une manière absolue, mais on y ajoutait peu de foi (2).

Quand une partie craignait de perdre un témoin, elle pouvait le faire déposer d'avance devant le préteur, après une courte exposition de l'affaire (3).

Quant au nombre des témoins, il paraît avoir été, dans l'origine, limité à dix (*duntaxat decem*); mais cette règle n'était plus suivie au temps des jurisconsultes : le juge pouvait toutefois écarter les témoins inutiles (4).

La maxime *testis unus testis nullus* ne paraît avoir été qu'un simple conseil jusqu'à Constantin, qui la convertit en disposition impérative (5).

Il n'y avait pas non plus de règle qui déterminât d'une manière formelle le degré de croyance que le juge devait accorder aux témoignages. On tenait, au contraire, pour certain que le juge ne doit pas compter les témoignages, mais les peser et examiner quelle impression lui en est restée : Adrien avait rendu sur cette matière des rescrits fort sages (6).

(1) Quintil., *Instit. orat.*, V, 7.

(2) Callistr., L. 3, § 1, 2, 3 et 4, ff., *de Testib.*

(3) Paul., L. 40, ff., *Ad leg. Aquil.*

(4) Arcad., L. 1, § 2; — Modest., L. 2, ff., *de Testib.*

(5) Paul., L. 20, ff., *de Quæst.* — Constantin., L. 9, § 1, C., *de Testib.*

(6) Modest., L. 2; — Callistr., L. 3, pr., § 1 et 2; — Arcad. Char., L. 21, § 3, ff., *de Testib.*

La doctrine et l'usage avaient aussi établi quelques règles négatives. Ainsi ne pouvaient être témoins les ascendants, dans les affaires qui intéressaient leurs descendants, et réciproquement; le mari pour la femme, l'affranchi pour son patron. — Les avocats ne pouvaient être contraints à rendre témoignage dans les affaires dont ils étaient chargés. — On n'admettait pas le témoignage des parjures, des gens notés d'infamie, des impubères, etc. (1).

II. *Preuve par écrit.* — La preuve par écrit ou par documents (*tabulæ, instrumenta*) n'était point assujettie à des règles formelles: le juge pouvait toujours apprécier la foi due aux titres produits; et les parties pouvaient repousser la preuve écrite par la preuve testimoniale (2). En général, il fallait que l'écrit fût émané de la personne à qui on voulait l'opposer (3).

En général, aussi, nul n'était tenu de produire les titres qu'il pouvait avoir en sa possession; mais il y avait quelques exceptions (4):

1^o Dans le prêt d'argent, le défendeur pouvait

(1) Callistr., L. 3, § 5; — Papin., L. 13; — Paul., L. 16; — Ulpian., L. 19, ff., *de Testib.* — Paul., *Sent. recept.*, V, 15, § 1.

(2) Paul., *Sent. recept.*, V, 15, § 4.

(3) Philip., L. 5 et 6; — Gallien., L. 7, C., *de Probat.* — Paul., L. 26, § 2, ff., *Deposit.*

(4) Sever. et Anton., L. 3 et 4; — Alexand., L. 5, 6 et 8, C., *de Edendo.* — Diocl. et Max., L. 7, C., *de Testib.* — Gaius, L. 5; — Ulpian., L. 8, pr., ff., *Famil. ercisc.*; L. 3, § 14, ff., *Ad exhib.* — Callistr., L. 10, ff., *de In lit. jur.* — Cf. le titre ff., *de Tabul. exhibend.*

exiger que le demandeur montrât ses livres de compte (*rationes*) (1).

2^o D'après l'édit prétorien, les banquiers (*argentarii*) étaient tenus de communiquer leurs livres, soit qu'ils fussent demandeurs ou défendeurs, soit même qu'ils ne fussent pas personnellement en cause (2).

III. *Serment et aveu.* — Nous ne croyons pas devoir rien ajouter à ce que nous avons déjà dit ci-dessus de ces deux genres de preuves (§ 217 et 218).

IV. SENTENCE.

§ 228. — Formes générales de la sentence.

L'instance devant le juge est terminée par la sentence (*sententia*).

Dans l'origine, la sentence devait être prononcée en langue latine; dans la suite le grec fut toléré, puis formellement admis (3).

Le juge était tenu de prononcer la sentence de vive voix, à l'audience, *pronuntiare* (4). Mais il pouvait l'écrire d'avance, pourvu qu'il en donnât

(1) Alexand., L. 5, 6 et 8, C., *de Edendo.* — Maurician., L. 3, ff., *de Edendo.* — Callistr., L. 2, § 1 et 2, ff., *de Jure fisc.*

(2) Ulpian., L. 4, 6, 8 et 13; — Paul., L. 5, 7 et 9; — Gaius, L. 10; — Modest., L. 11; — Callistr., L. 12, ff., *de Edendo.*

(3) Voy. ci-dessus § 125 et 126.

(4) Ulpian., L. 59, § 1; — Jul., L. 60, ff., *de Re judic.*

lecture à l'audience, *ex tabella pronuntiare* (1). Dans la suite la rédaction par écrit devint obligatoire, *ex periculo recitare* (2).

La sentence était motivée (3).

Toutes les parties devaient être présentes au prononcé de la sentence; si quelques-unes étaient absentes, la sentence était nulle à leur égard (4): sauf toutefois ce que nous avons dit aux paragraphes 223 et 224, sur la procédure contre les contumaces.

Il ne faut pas confondre la sentence proprement dite, qui terminait le litige (*sententia*), avec les différentes décisions que le juge pouvait rendre, dans le cours de l'instance, pour préparer la sentence elle-même (*interlocutiones, jussus, mandata*). Le juge pouvait toujours révoquer ou modifier les décisions préparatoires; mais la sentence une fois prononcée était irrévocable: *Judex qui semel sententiam dicit judex esse desinit* (5).

§ 229. Continuation. — Règles sur le fond.

Conformément à l'alternative posée par la for-

(1) Senec., *de Benef.*, III, 7. — Suet., *Claud.*, 15.

(2) Valer. et Gallian., L. 1; — Valent., Valens et Grat., L. 2 et 3, C., *de Sent. ex per.*

(3) Macer., L. 1, § 1, ff., *Quæ sent. sine app.* — Alexand., L. 2, C., *Quand prov.* — Ulpian., L. 7, § 1, ff., *de Comp.*

(4) Macer., L. 1, § 3, ff., *Quæ sent. sine app.* — Dioclet., L. 7, C., *Quomodo et quando.*

(5) Celsus, L. 14; — Tryphon, L. 52; — Ulpian., L. 55; ff., *de Re judicat.*

mule, le juge doit condamner ou absoudre le défendeur; cependant il peut se soustraire à la nécessité de prononcer, en jurant *sibi non liquere* (1).

Nous avons déjà dit que, quelle que fût la nature du procès, même quand le demandeur réclamait un corps certain, le juge ne devait pas condamner le défendeur à restituer ou à donner la chose en nature, mais bien à payer une somme d'argent dont le montant était fixé de diverses manières, suivant les circonstances et la nature de l'action (2).

La sentence devait, à peine de nullité, préciser et déterminer la somme à laquelle le défendeur était condamné: aussi on regardait comme nulle la sentence qui aurait condamné à payer *ce qui est dû*; car une telle sentence n'était pas considérée comme terminant le litige, mais comme faisant naître *ex lite lites novas* (3). Toutefois la condamnation *ad id quod petitum est* était valable, quand l'*intentio* avait pour objet une somme déterminée (4).

§ 230. — Effets généraux de la sentence.

La sentence, régulièrement rendue, constitue la

(1) Cicero, *pro Cluent.*, 47, 28, 38. — Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — C'est l'inverse de la règle établie par l'article 4 du Code civil.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 48.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 52. — Ulpian., L. 4, § 5 et 6; L. 5, § 1; L. 59, pr. § 1 et 2, ff., *de Re Judic.*

(4) Ulpian., L. 59, § 1, ff., *de Re judic.*