

*de poursuivre* : mais ce droit sanctionnateur est désormais la suite nécessaire de la violation du droit sanctionné; et il n'est plus nécessaire qu'il soit accordé d'une manière spéciale par le magistrat. Les mots *in judicio* ont aussi perdu la signification technique qu'ils avaient dans l'ancienne définition; et c'est à tort que Justinien a conservé une expression qui ne convenait plus de son temps.

Sous le point de vue de la forme extérieure, la différence n'est pas moins tranchée : l'action formulaire était un acte émané de l'autorité publique, un véritable arrêt interlocutoire rendu par le magistrat; sous Justinien, ce n'est plus que l'expression d'une prétention bien ou mal fondée, mais en définitive un acte purement privé.

§ 242. — Influence de l'abolition de l'*ordo* sur la nature juridique des exceptions.

C'est surtout dans la matière des exceptions que l'on peut se convaincre de l'absence complète de discernement des compilateurs aux ordres de Justinien : sans tenir aucun compte des changements radicaux survenus dans l'organisation judiciaire et dans la procédure, ils ont reproduit littéralement toutes les définitions et les explications écrites par les jurisconsultes sous l'empire de la procédure formulaire. Dans cette procédure, ainsi que nous l'avons dit, l'exception était une restriction apportée par le magistrat au pouvoir de condamner que la formule conférait au juge, et nous avons vu que la nécessité des exceptions reposait uniquement

sur ce que le juge n'eût pu, sans ces restrictions, prendre en considération certaines circonstances dont l'appréciation ne rentrait pas de plein droit dans son office. — Mais quel sens tout cela peut-il avoir sous Justinien, puisque, de son temps, il n'y a plus de formule, et que le magistrat chargé de statuer sur le fond peut, en vertu de sa juridiction, prendre en considération, soit pour condamner, soit pour absoudre, aussi bien les motifs qui ne reposent que sur le droit prétorien, que ceux qui résultent du droit civil? Il est évident que l'ancienne nature des exceptions n'existe plus; et qu'elles rentrent désormais dans les défenses ordinaires.

## SECTION II.

### *Marche de la procédure sous les empereurs chrétiens.*

#### I. MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES.

§ 243. — I. *Denuntiatio litis.* (Voy. § 193.)

Dans l'ancienne procédure, le demandeur citait son adversaire *in jus* : là, il éditait son action; puis le défendeur obtenait un délai pour préparer ses moyens, en promettant de se représenter devant le magistrat au jour fixé par le *vadimonium*. Mais

dès le temps de Marc-Aurèle, l'embarras et les lenteurs résultant de la *vocatio*, de l'*editio*, du *vadi-monium* et de la double comparution, pouvaient être évités au moyen de la *denuntiatio actionis*. A cet effet, le demandeur faisait connaître au défendeur la nature de la réclamation qu'il se proposait d'intenter contre lui (*denuntiabat actionem*); on convenait d'un jour pour la comparution; les parties se présentaient au jour convenu, et l'instance *in jure* se terminait ainsi d'un seul coup, au moyen d'une seule comparution (*lis contestabatur*). Les avantages que les deux parties tiraient de cette manière d'introduire l'instance, rendirent de plus en plus fréquent l'usage des *denuntiationes*, qui devinrent, sous les empereurs chrétiens, le mode ordinaire d'ajournement.

Jusqu'à Constantin, la *denuntiatio* était, comme la *vocatio in jus*, un acte purement privé, fait en présence de témoins : cet empereur en fit un acte public. La citation était constatée par un procès-verbal dressé par un officier public ayant le *jus actorum conficiendorum* (1); on remettait sans doute au défendeur une copie authentique de ce procès-verbal, qui, quant à l'instruction du procès, tenait ainsi lieu tout à la fois et de l'ancienne *vocatio* et de l'ancienne *actionis editio*. Mais rien n'autorise à penser que la citation, introduite par Constantin, exigeât le concours d'une autorité judiciaire pro-

(1) Constantin., L. 2, C. Th., de *Denunt.* — Arcad. et Honor., L. 9, C. Th., de *Infirm. his quæ sub tyrann.*

prement dite, ni surtout la coopération du juge devant lequel devait être porté le procès (1).

Dans certains cas particuliers, le demandeur présentait au juge une requête (*libellus*) contenant un exposé de sa demande, avec prière de faire comparaître le défendeur : le magistrat en faisait donner connaissance au défendeur par le ministère d'un huissier (2). Ce mode d'ajournement était déjà suivi au temps des juriconsultes classiques pour les *extraordinariæ cognitiones* (3) (voy. § 238); il le fut, plus tard, dans les causes sommaires qui n'exigeaient pas de *litis denuntiatio* (4).

§ 244. — II. *Rescripti editio.*

Quelquefois on s'adressait à l'empereur, qui, par un rescrit, renvoyait les parties devant le gouverneur de la province. Ces rescrits, très-fréquents dans le Bas-Empire, devinrent à la fin une manière

(1) Leo et Anthem., L. 14, § 4, C., de *Sacrosanct. eccles.* — Justin., L. 41, C., de *Episcop. et cler.* — Valent. et Valens, L. 20, C. Th., liv. V, tit. XIII. — Constantin., L. 3; — Honor. et Theod., L. 8, C. Th., de *Donat.*

(2) Constantin., L. 2, C. Th., de *Denunt.* — Theod., L. 1, § 1, C. Th., de *Act. cert. temp.* — Arcad. et Honor., L. 9, C. Th., de *Infirm. his.*

(3) Ulpian., L. 1, § 1, ff., de *Feriis*; L. 1, § 2 et 3, ff., de *Inspiciendo ventre.* — Paul., L. 2, § 1, ff., si *quis in jus voc.* — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XI, 1.

(4) Symm., *Epist.*, X, 48. — La citation *per libellum* est constamment mise en opposition à la *litis denuntiatio*; mais il est difficile de bien expliquer quelle est la portée de cette opposition.

régulière de commencer l'instance. Le rescrit impérial était déposé *apud acta*, et le magistrat le faisait signifier au défendeur (*rescripti editio*) (1).

*Conventio* était l'expression générique pour les deux modes d'ajournement qui viennent d'être décrits; on les trouve aussi désignés par ces phrases techniques : *Solemni modo litem insinuare*, ou *intimare, rescriptum edere*, ou *solemniter intimare* (2).

§ 245. — Délais pour la comparution.

Quant aux délais dans lesquels le défendeur était tenu de comparaître, nous ne les connaissons pas mieux que ceux de l'ancien *vadimonium*. Quelques constitutions parlent d'un délai de quatre mois (3); au fond cela est peu important; il suffit de savoir qu'il existait un intervalle quelconque entre la citation et la comparution. D'après une constitution de Valentinien, il paraît que ce délai ne pouvait être prolongé (4); mais, sans doute, il pouvait être abrégé dans les causes urgentes. Probablement aussi, le jour de la comparution était indiqué par la *denuntiatio*.

Le demandeur qui ne se présentait pas au jour

(1) C. Th., de *Divers. rescript.* (lib. 1, tit. 2). — C. Justin., lib. 1, tit. 19, 20, 21 et 22.

(2) Theod., L. 1, § 1, C. Th., de *Actionib. cert. temp. fin.* — Constantin., L. 1, C. Th., de *Denunt.* — Arcad. et Honor. L. 1, C. Th., *Utrubi.* — Grat., Valent. et Theod., L. 2, C. Th., *Unde vi.*

(3) Constant. et Constans, L. 3, C. Th., de *Dilationib.*

(4) Valent., Theod. et Arcad., L. 4, C. Th., de *Denunt.*

fixé, *causa cadebat* (1); le défendeur qui faisait défaut était traité comme contumace (2).

Quand la non-comparution, au terme fixé par la *litis denuntiatio*, provenait de la faute du juge, celui-ci était tenu d'indemniser les parties (3). Dans ce cas, comme dans tous ceux où la partie défaillante avait une cause d'excuse, on pouvait obtenir de l'empereur la *reparatio denuntiationis*, et un nouveau délai de quatre mois au plus (4). Mais, après un second défaut (*ex secundo lapsu*), il n'y avait plus de réparation possible (5).

Quand une des parties mourait pendant le procès, les héritiers jouissaient d'un nouveau délai, qui ne commençait à courir que du jour de l'addition d'hérédité (6).

§ 246. — III. Citation à bref délai.

Dans certaines affaires urgentes, de peu d'importance, ou d'une décision facile, l'instance pouvait être introduite, sans *denuntiatio ni editio rescripti*, par une simple citation. D'après une

(1) Constantin., L. 1, C. Th., de *Tempor. curs.*

(2) C. Th., Novell. XII, c. 15.

(3) Constantin., L. 2, C. Th., de *Temp. cursu.* — Valent. et Valens, L. unic., C. Th., de *Secundo lapsu.*

(4) Constantin., L. 1, C. Th., de *Tempor. cursu.* — Symm., *Epist.*, X, 39 et 59.

(5) Valent. et Valens, L. unic., C. Th., de *Secundo lapsu.* — Symm., *Epist.*, X, 59.

(6) Constantin., L. 3; — Constantin., Constant. et Constans, L. 4, C. Th., de *Tempor. cursu.* — Symm., *Epist.*, X, 52.

constitution de Constantin, on procédait de cette manière pour les demandes liquides justifiées par écrit, pour l'interdit *unde vi* et pour certains cas de révocation de donation (1). Cela fut ensuite étendu aux demandes qui n'excédaient pas 100 solides, aux fidéicommiss, au prêt, à la plainte de testament inofficieux, à l'action de tutelle, de gestion d'affaires et aux demandes formées par les églises (2). Justinien introduisit des précautions fort sages pour prévenir les surprises et les fraudes qui auraient pu résulter du concert du demandeur et de l'huissier (3).

§ 247. — IV. Mode nouveau d'introduction de l'instance sous Justinien.

Justinien introduisit un nouveau mode de citation, qui suppose l'intervention du juge, et qui paraît n'être que la citation *per libellum*, régularisée et généralisée. (Voy. § 243.)

Le demandeur présentait au tribunal sa demande par écrit (*libellus conventionis*), avec requête tendant à ce qu'elle fût communiquée au défendeur. — Le *libellus conventionis* contenait un exposé sommaire des moyens et de la demande. Il devait être signé du demandeur; ou, si celui-ci ne savait pas

(1) Valent., Valens et Grat., L. 3, C. Th., de Denunt. — Grat., Valent. et Theod., L. 6, § 1, C. Th., de His quæ adm.

(2) Arcad., Honor. et Theod., L. 6; — Honor. et Theod., L. 7, C. Th., de Denunt. — Arcad. et Honor., L. unic., C. Th., Utrubi. — Constantin., L. 1, C., Si per vim.

(3) Novell. LIII, c. 3; XCVI, c. 1 et 2; CXII; CLI.

écrire, il devait (1) l'être par un *tabularius* (2). — Le demandeur y prenait l'engagement: 1° de lier l'instance contradictoirement dans le délai de deux mois, sous peine de payer au défendeur le double des frais déjà dépensés; 2° de poursuivre l'instance jusqu'à sentence définitive; et, en cas de non succès, de rembourser au défendeur tous les frais. Ce double engagement était garanti par serment ou par caution, laquelle ne pouvait excéder 36 solides pour le premier; et s'élevait ordinairement, pour le second, à la dixième partie du litige (3).

Sur cette requête intervenait une ordonnance du juge (*sententia, interlocutio, præceptum*) qui rejetait ou accueillait la requête (4). — Dans le premier cas, la procédure se trouvait arrêtée dès son début, et le procès ne pouvait avoir lieu. Mais, sans doute, le juge ne refusait ainsi au demandeur la faculté d'engager le litige, qu'autant que la demande était évidemment non recevable ou mal fondée. — Dans le second cas, l'ordonnance contenait ordre d'assigner le défendeur (*commonitio, sententia communi-*

(1) § 24, 33-35, Inst., de Action. — Ulpian., L. 1, pr., ff., de Edendo. — Justinian., L. 3, C., de Ann. except.

(2) Nov. CXII, cap. 2.

(3) Nov. LIII, pr. et cap. 1 et 2; XCVI, pr. et cap. 1; CXII, cap. 2. — Edict. Justin., VII, cap. 5.

(4) Marcian., L. 25, § 1 et 2; — Leo et Anthem., L. 33, pr., et § 2 et 5; L. 37, § 2, C., de Episc. et cler. — Leo, L. 6, § 1 et 3, C., de His qui ad eccles. — Arcad., Honor. et Theod., L. 26, C., de Procurat. — Voy. ff., titre Quar. rer. actio non datur.

toria, admonitio, conventio, citatio) (1); et l'exécution en était mandée, soit verbalement soit par écrit, à un huissier du tribunal (2) : c'était une véritable ordonnance de *soit communiqué*.

En vertu de cette ordonnance, l'un des huissiers du tribunal (*executor*) notifiait l'assignation au défendeur ou à ses représentants légaux (3). — L'huissier recevait du défendeur des épices déterminés par l'objet de la demande; il se faisait remettre un récépissé de la citation (*libellus responsonis, contradictorii libelli*) (4); enfin, il faisait donner au défendeur caution de comparaitre (*cautio in iudicio sisti*). — Par cette caution, le défendeur s'engageait à se présenter au jour fixé par l'assignation, et à rester dans l'instance jusqu'au jugement définitif (5) : elle remplaçait donc, tout à

(1) Justinian., L. 1, § 3, C., de *Adsert. toll.*; L. 5, C., de *Duob. reis stipul.* — Arcad., Honor. et Theod., L. 5, C. Th., de *Princ. agent. in reb.*

(2) Honor. et Theod., L. 17, § 1, C., de *Dignitat.* — Anas-tas., L. 12, § 2; — Justinian., L. 14, C., de *Proxim. sacr. scrip.* — Zeno, L. 8, C., de *Princip. agent. in reb.*; L. 3, C., de *Privil. schol.* — Leo et Zeno, L. 4, C., de *Castrens. et ministr.* — Lydus, de *Magistr.*, III, 15. — Symm., *Epist.*, X, 43.

(3) Grat., Valent. et Theod., L. 6, C., de *Unde vi.* — Honor. et Theod., L. 3, C., de *Qui legit person.*

(4) Nov. LIII, cap. 3, § 2. — Cf. Arcad. et Honor., L. un., C., de *His qui potent. nomine.*

(5) Nov. LIII, pr., cap. 1; cap. 3, pr., et § 2; cap. 4. — Marcian., L. 25, § 1 et 2; — Leo et Anthem., L. 33, § 2, C., de *Episc. et cleric.* — Justinian., L. 4, § 1, C., de *Sportul.* —

la fois, et l'ancien *vadimonium* et la caution de *re defendenda*. Régulièrement, le défendeur devait garantir son engagement par fidéjusseur solvable. Le montant du cautionnement était fixé par le juge, d'après l'objet de la demande (1). — Si le défendeur ne pouvait fournir caution, il était placé sous la garde de l'huissier, ou retenu en prison jusqu'au jour de la comparution (2). Etaient affranchies de cette rigueur les femmes et certaines personnes privilégiées (3). Quand le défendeur était propriétaire, ou qu'il appartenait à la classe des *illustres*, on se contentait de sa simple caution juratoire (4). — Il ne paraît pas probable qu'on respectât encore l'ancien principe, qui défendait de citer le défendeur dans sa propre maison.

Le délai accordé au défendeur fut d'abord de dix jours; Justinien le porta à vingt jours (5).

Zeno, L. 8, C., de *Princip. agent. in reb.*; L. 3, C., de *Privil. schol.* — Leo et Zeno, L. 4, C., de *Castrens. et ministr.* — Voy. aussi, au Digeste, les titres : *Qui satisd. cog.* et suiv.

(1) Marcian., L. 25, § 1, C., de *Episc. et cler.* — Justinian., L. 4, § 1, C., de *Sportul.* — L. 8, § 8, C., de *Delator.* — C. Th., Nov., LXXVIII, § 15.

(2) Grat., Valent. et Theod., L. 1, C., de *Sportul.*; L. 6, C., de *Custod. reor.* — Constantin., L. 2, C., de *Exact. trib.*

(3) Nov. CXXXIV, cap. 9. — Constantin., L. 1, C., de *Offic. divers. jud.*; L. 6, C., de *Profess. et med.* — Anas-tas., L. 3, § 6; L. 5, § 6, C., de *Advoc. div. judic.*

(4) Macer., L. 15, ff., de *Qui satisd. cogant.* — Justinian., L. 4, § 1, C., de *Sportul.* — Zeno, L. 8, C., de *Princip. agent. in reb.* — Honor. et Theod., L. 17, C., de *Dignit.*

(5) Nov. LIII, cap. 3.

§ 248. — V. Du cas où l'une des parties fait défaut devant le juge, ou procédure contre les contumaces. (*Contumacia, Eremodicium.*)

Dans l'ancien *ordo judiciorum*, nous avons constaté l'existence d'un double système de mesures destinées à assurer la comparution des parties, selon qu'il s'agissait de la comparution devant le magistrat, *in jure*, ou de la comparution devant le juge, *in judicio*.

A la première se rapportent les moyens de contrainte exclusivement dirigés contre le défendeur : l'*in jus vocatio* violente, la *missio in possessionem bonorum*, les *vadimonia*. (§ 192, 194 et suiv.) A la seconde se rapporte la procédure contre les contumaces, laquelle pouvait avoir lieu aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur. (§ 223 et 224.)

Sous les empereurs chrétiens, les rôles, autrefois si divers de magistrat et de juge, appartinrent au même fonctionnaire ; et les deux instances *in jure* et *in judicio* se trouvèrent confondues en une seule : il y avait donc nécessité, soit d'opter entre les deux systèmes anciens, soit de les combiner pour en former un système unique, accommodé aux nécessités de la nouvelle organisation judiciaire. Au lieu de cette marche logique, Justinien a reproduit, dans sa compilation, les règles de l'un et de l'autre système, sans s'inquiéter autrement de coordonner ces éléments contradictoires.

Tâchons de suppléer à l'incurie des compilateurs.

§ 249. Continuation. — Contumace du défendeur.

Il faut distinguer deux cas : 1° le défaut faute de comparaître, et 2° le défaut faute de défendre.

1. *Défaut faute de comparaître*. — 1° Ou bien le défendeur se cache de telle sorte que l'huissier ne peut le rencontrer pour lui signifier la citation ; 2° ou bien, après avoir reçu l'assignation, il n'y obéit pas, et manque à la promesse qu'il a faite *in judicio sisti*. — Dans ce dernier cas, on peut agir contre la caution (1), et, en outre, contraindre le défendeur à comparaître, soit en le condamnant à l'amende (2), soit même en le faisant amener de force (*exhibitio*) (3). — Dans le premier cas, et aussi dans le second, quand l'exhibition ne peut avoir lieu, et que les amendes ne peuvent vaincre la résistance du défendeur, on recourt à la procédure contre les contumaces.

En conséquence, le juge rend successivement trois édits, dont le dernier est péremptoire (4). — Si le défendeur ne comparait pas sur le troisième édit, ce qui est constaté par un triple appel de

(1) Ulpian, L. 2, § 5, ff., *Qui satisd. cogant*. — Justinian., L. 26, C., *de Fidejuss.*

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XI, 1. — Paul., L. 2, § 1, ff., *Si quis in jus voc.* — Ulpian., L. 1, § 3, ff., *de Inspic. ventre.*

(3) Nov. LIII, cap. 4, pr.

(4) Voyez page 504, note 2.

l'huissier (*citatio præconis*) (1), le défendeur perd le bénéfice de ses exceptions et de la preuve contraire; et le demandeur est admis à faire juger sa demande en l'absence de son adversaire. Au surplus, la contumace du défendeur n'entraîne pas nécessairement, pour lui, la perte de sa cause; le demandeur est au contraire tenu de prouver sa demande; et le défendeur, quoique absent, n'est condamné qu'autant que la demande est justifiée.

Cette procédure est moins rigoureuse que l'ancienne, sous un triple rapport. D'une part, en effet, le défendeur qui se cache n'est plus réputé *pro damnato*, comme du temps de l'*ordo judiciorum* (§ 195). D'autre part, la *missio in bona* n'est plus ordonnée qu'après que, le demandeur ayant fourni sa preuve, le défendeur a été condamné (2). Enfin, l'envoi en possession ne porte sur tous les biens du débiteur, qu'autant qu'il se présente plusieurs créanciers : dans le cas contraire, l'envoi en possession ne comprend que la quantité de biens nécessaires pour satisfaire le demandeur (3).

Ce n'est pas tout : alors même que le défendeur a

(1) Marcell., L. 7, pr., ff., de *In integr. restit.* — Ulpian., L. 73, pr., ff., de *Judic.* — Nov. CXII, cap. 3, pr. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XI, 1. — Symm., *Epist.*, X, 43.

(2) Anton., L. 1, C., *Quor. appell. non recip.* — Diocl. et Maxim., L. 9, C., de *Bon. auct. jud. poss.* — Nov. LIII, cap. 4, § 1; LXIX, cap. 3. — C. Th., Nov. XLIX, § 2; LXXVIII, § 1 et 15.

(3) Leo, L. 6, § 3 et 4, C., de *His qui ad eccles.* — Justinian., L. 10, C., de *Bon. auct. jud. poss.*

été condamné, et que le créancier a obtenu l'envoi en possession, tout n'est pas perdu pour le débiteur. En effet, la vente des biens ne peut avoir lieu qu'après un délai assez long (1); et le débiteur peut encore, jusqu'à ce que cette vente soit consommée, se faire relever du défaut et obtenir la faculté de se défendre, en remboursant tous les frais faits par le demandeur et en offrant caution (2).

Quand l'action est *in rem*, et que le défendeur ne comparait pas après le troisième appel (3), le demandeur a le choix entre ces deux partis : — 1° Ou bien, il peut continuer l'instance, et obtenir ainsi la possession *définitive* de l'objet en litige, en fournissant la preuve *complète* de son droit. — 2° Ou bien, il peut se borner à faire une preuve *sommaire* de son droit, et obtenir un envoi en possession *provisoire* de la chose litigieuse (4). Dans ce dernier cas, le défendeur peut, dans l'année, se faire remettre en possession, en offrant de se défendre, et en donnant caution (5). L'année expirée, le défendeur n'a plus

(1) Diocl. et Max., L. 9; — Justinian., L. 10, § 1, C., de *Bon. auct. jud. poss.*

(2) Ulpian., L. 33, § 1, ff., de *Reb. auct. jud. poss.* — Novell. LIII, cap. 4, § 1.

(3) Diocl. et Maxim., L. 8, C., *Quomodo et quando.* — Constantin., L. 2, C., *Ubi in rem actio.* — L. 8, § 8, C., de *Delat.*

(4) Constantin., L. 2, C., *Ubi in rem actio.* — L. 8, § 8, C., de *Delat.*

(5) Justinian., L. 8, § 3, C., de *Præscr. trig. ann.*