

d'autre ressource que de revendiquer comme demandeur (1).

II. *Défaut faite de défendre.* — Quand le défendeur, ayant comparu une première fois, se refuse à continuer l'instance; et que le demandeur peut craindre la péremption de trois ans, à laquelle sont soumises toutes les instances, on procède à peu près de même que pour la contumace faite de comparaître. A la requête du demandeur, le défendeur est sommé par trois fois, à dix jours d'intervalle, de présenter sa défense. Si le défendeur ne se présente pas, il y a *eremodicium*: en conséquence, le demandeur continue l'instance, comme si l'adversaire était là pour se défendre; et le juge condamne le défendeur, si toutefois le demandeur a justifié sa demande.

La principale différence entre la contumace faite de comparaître et celle faite de défendre consiste en ce que, dans cette dernière, le défendeur, une fois condamné, l'est définitivement, et se trouve déchu de toute défense ultérieure, alors même qu'il offrirait caution (2).

§ 250. Continuation. — Contumace du demandeur.

Il faut distinguer le cas où le demandeur fait défaut avant que le défendeur ait fourni ses défen-

(1) Ulpian., L. 7, § 17, 18 et 19, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Scævola, L. 45, ff., *de Damn. inf.* — African., L. 15, ff., *de Oper. novi nunc.* — Symm., *Epist.*, X, 39.

(2) Justinian., L. 13, § 3, C., *de Judic.*

ses, de celui où il fait défaut après que son adversaire s'est défendu.

I. Dans la première hypothèse, le demandeur qui ne se présentait pas au terme fixé par la citation donnée à sa requête était déclaré déchu de sa demande (1); mais peut-être, dans ce cas, le défendeur était-il absous de l'instance (*absolutio ab instantia*), plutôt que de l'action elle-même (*absolutio ab actione*) (2).

Justinien régla ce cas d'une manière nouvelle. Si le demandeur ne comparait pas au terme fixé, le défendeur a deux voies à prendre. — 1° Il peut se borner à demander, après un délai de dix jours, l'absolution *ab instantia*, avec condamnation du demandeur aux frais (3): c'est notre congé-défaut, qui ne met point le défendeur à l'abri d'une nouvelle poursuite. — 2° Si donc le défendeur désire en finir d'une manière définitive, c'est-à-dire obtenir absolution *ab actione*, il doit provoquer contre le demandeur défaillant la procédure de contumace (4). A cet effet, le demandeur est assigné trois fois, à des intervalles de trente jours; on attend ensuite encore une année entière; puis la cause est jugée sur les preuves fournies par le défendeur. Avant le jugement, le demandeur peut

(1) Symm., *Epist.*, X, 52. — Constantin., L. 1, C. Th., *de Temp. cursu.*

(2) C. Th., *Novell.*, LXXVIII, 14.

(3) *Novell.* LIII, cap. 1; LXIX, cap. 3, pr.

(4) *Novell.* CXII, cap. 3.

reprandre l'instance, à la charge de payer tous les frais ; mais, s'il l'abandonne ensuite une seconde fois, le défendeur est absous *ab actione* (1).

II. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire quand le demandeur ne fait défaut qu'après que le défendeur a produit sa défense, on suit la même procédure, avec cette différence, que le défendeur ne peut plus provoquer la procédure de contumace, qu'autant que le terme de la péremption triennale approche : jusque-là, le défendeur ne pourrait obtenir qu'une absolution *ab instantia* (2).

§ 251. Continuation. — Conséquences communes à la contumace, soit du demandeur, soit du défendeur.

Outre les conséquences particulières à la contumace de chacune des parties en cause, il en est de communes qui s'appliquent à l'une et à l'autre.

1° Le contumace est condamné aux frais, alors même qu'il gagne son procès (3).

2° Le contumace est déchu de l'appel. Toutefois il peut appeler, en soutenant qu'il a été à tort traité comme contumace (4).

(1) Cf. Justin., L. 15, C., *de Judic.*

(2) Justin., L. 13, § 3 et 5, C., *de Judic.*

(3) Justin., L. 13, § 2; L. 15, C., *de Judic.* — Novell. XLIX, cap. 1, pr.

(4) Paul., *Sentent. recept.*, V, 5 (A), § 7. — Papinian., L. 23, § 3, ff., *de Appell.* — Ulpian., L. 73, § 3, ff., *de Judic.* — Anton., L. 1, C., *Quor. app. non recip.* — Justin., L. 13, § 4, C., *de Judic.* — Novell. LXXXII, cap. 5.

§ 252. — VI. *Impetratio actionis.*

Quoique, depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, les formules d'action n'existassent plus, il resta encore pendant quelque temps des vestiges de l'ancienne manière de procéder : le demandeur devait, lors de l'enregistrement au greffe, soit de la *denuntiatio*, soit du rescrit impérial, demander la formule d'action qu'il aurait sollicitée autrefois pour obtenir d'être renvoyé devant un juge (*actionem postulare, impetrare*). Celui qui aurait négligé de remplir cette formalité préliminaire, aurait été repoussé plus tard par l'exception *non impetratae actionis*. C'est seulement sous Théodose et Valentinien que cette exception fut supprimée (1).

II. PROCÉDURE BILATÉRALE.

§ 253. — Nature de cette procédure.

La marche de cette procédure ne paraît pas avoir été réglée d'une manière très-précise. Le juge avait, sur la direction de l'instruction, un pouvoir à peu près arbitraire : et ce fait s'explique aisément, si on se rappelle que la procédure nouvelle n'est que l'ancienne *cognitio extraordinaria* des temps classiques, procédure dans laquelle tout dépendait de la volonté du magistrat.

On n'avait point limité le nombre des produc-

(1) Theod. et Valent., L. 1, C. Th., *de Omiss. act. imp.* — Theod. et Valent., L. 2, C., *de Formul.*

tions à faire par les parties : aussi chacune d'elles pouvait multiplier, à peu près sans limites, les productions de preuves et de moyens qu'elle jugeait utiles à sa défense (1). Toutefois, pour empêcher que l'un des plaideurs n'abusât de cette faculté, pour retarder indéfiniment la décision, Justinien décida que, lorsque l'une des parties déclarerait n'avoir plus rien à produire, le juge pourrait rendre son jugement, après avoir accordé à l'adversaire trois délais, d'un mois chacun, pour compléter sa production (2).

Nous n'entrerons pas à cet égard dans de plus grands détails. Les personnes qui désireraient se faire une idée plus complète de la marche de la procédure au Bas-Empire, ne peuvent rien lire de mieux que la correspondance de Symmaque : cet auteur y rend compte de plusieurs procès qu'il avait dirigés en personne (3).

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

Dans les temps primitifs, la *litis contestatio* était une invocation solennelle de témoins ; dans la procédure formulaire, c'était l'obtention de la formule. Mais que peut-elle être dans le système que nous examinons ? et à quel fait faut-il s'arrêter pour en déterminer l'époque précise ?

Il est certain que, même au temps de Justinien, on ne confondait pas l'ajournement avec la *litis*

(1) Constantin., L. 1, C. Th., de *Judic.*

(2) Novell. CXV, 2.

(3) Voy. notamment les lettres 39 et 48 du dixième livre.

contestatio : la nouvelle LIII, c. 3, déclare expressément que, jusqu'à la *litis contestatio*, les parties ne sont point encore liées ; que notamment elles peuvent encore récuser le juge, ce qui ne serait plus possible après la *litis contestatio*. D'un autre côté, dans la procédure nouvelle, il fallait bien qu'avant de plaider au fond, le demandeur exposât ses prétentions ; afin que le défendeur pût opposer certains moyens, qu'il ne serait plus temps de présenter, quand une fois le débat aurait été engagé sur le fond, notamment les exceptions dilatoires.

Nous croyons, en conséquence, que, dans la procédure nouvelle, la *litis contestatio* n'était autre chose que l'exposé contradictoire et sommaire de l'affaire qu'on présentait au juge au commencement du débat. Comme la formule qu'il remplaçait, cet exposé avait pour but de préciser les questions de fait et de droit que le juge aurait à résoudre. La loi 1, C., de *Litis contest.*, dont nous avons déjà reproduit le texte, confirme pleinement notre système ; mais il est évident, ou que cette constitution a été mal à propos attribuée à Antonin, ou qu'elle a été altérée par les compilateurs : en effet, si l'idée qu'elle donne de la *litis contestatio* est en parfaite harmonie avec la procédure nouvelle, elle ne convient, au contraire, en aucune façon, à la procédure suivie au temps d'Antonin. (Voy. § 202.)

Au reste, quoique ce soit encore par la *litis contestatio* que la demande est déduite *in iudicium*, il est certain, d'autre part, que la *litis contestatio* avait

perdu plusieurs de ses anciens effets : par exemple, ce n'est plus elle, mais seulement le jugement définitif qui éteint l'action primitive (1) : aussi l'erreur commise dans la demande peut-elle être réparée pendant toute la durée de l'instance (2). — D'un autre côté, quelques-uns des effets de la *litis contestatio* sont maintenant attribués à la citation. Arcadius avait déjà décidé que la simple demande du rescrit impérial suffirait pour perpétuer les actions temporaires (3); Théodose II n'attribuait cet effet qu'à la signification du rescrit à l'adversaire (4); Justinien en revient au système d'Arcadius, et il décide que l'action est perpétuée par l'*impetratio rescripti* (5).

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

Les principes sont à peu près les mêmes que sous la procédure formulaire; voici cependant deux règles qui paraissent d'origine nouvelle: Constantin exige que les témoins prêtent serment avant d'être entendus; Justinien décide que toute personne sera tenue de rendre témoignage, si elle n'a pas de causes légitimes d'excuse (6).

(1) § 5, Instit., de *Exceptionib.* — Theod., L. unic., C. Th., de *Actionib. cert. temp.*

(2) § 35, Instit., de *Actionib.*, comparé avec Gaius, *Comm.* IV, § 55.

(3) Arcad. et Honor., L. 10, C. Th., de *Divers. rescript.* — Arcad. et Honor., L. 1, C., *Quando libell.*

(4) Theod., L. unic., § 1, C. Th., de *Act. cert. temp.*

(5) Justinian., L. 2, C., *Quand. libell.*

(6) Constantin., L. 3, C. Th., de *Fide test.* — Constant.,

§ 256. — III. Examen et sentence. (Voy. § 225 et 228 à 230.)

Au jour fixé par la *denuntiatio*, les parties comparaissent devant le magistrat; celui-ci examine d'abord l'admissibilité de l'action et les fins de non-recevoir tirées soit de l'incompétence, soit des nullités de la *denuntiatio*, soit enfin de ce que le délai de l'ajournement n'est pas encore expiré. Ensuite viennent les témoignages, puis les plaidoiries, enfin la sentence.

Les effets de la sentence ou de la chose jugée sont les mêmes que dans le système précédent, sauf un petit nombre de différences. D'abord, la condamnation n'est plus nécessairement pécuniaire (1); en second lieu, tous les *judicia* pouvant être considérés comme *imperio continentia*, la chose jugée n'éteint plus qu'indirectement (*exceptione rei judicatae*) le rapport qui existait auparavant entre les parties (2).

III. PÉREMPTION D'INSTANCE.

§ 257. — Règles nouvelles sur la péremption d'instance. (Voy. § 234 et 235.)

Dans la procédure formulaire, les péremptions étaient liées à la distinction des *judicia legitima*

L. 9; — Zeno, L. 14 et 15; — Justinian., L. 16, 17, 18, 19, 20, C., de *Testib.*

(1) § 32, Instit., de *Actionib.* — Justinian., L. ultim., C., de *Fideic. libert.* — Justinian., L. 14, C., de *Sentent. et interl.*

(2) § 5, Instit., de *Exceptionib.*

et *imperio continentia*; elles durent, par conséquent, tomber avec l'*ordo judiciorum*.

Ces péremptions anciennes ne tardèrent pas d'ailleurs à être remplacées par des règles nouvelles. La durée du litige fut d'abord déterminée d'après la nature des diverses actions (1); mais, après plusieurs variations, on arriva, sous Justinien, à cette règle générale, que les *causæ pecuniariæ* ne doivent pas être *immortales*: *Non ultra trienni metas post litem contestatam esse protrahendas* (2). Il y avait quelques exceptions à cette règle générale, et notamment pour l'action de dol (3), pour celle relative aux naufragés (4), ainsi que pour la restitution en entier (5).

(1) Theod., L. unic., § 1, C. Th., de *Act. cert. temp.* — Constantin., L. 1, C. Th., de *Dolo*. — Constant., L. 8, C., de *Dolo*; L. 2, C. Th., de *Integr. restit.* — Constant., L. 5; — Justinian., L. 7, C., de *Temp. et in integr.* — Constantin., L. 4; — Grat., Valent. et Theod., L. 13, C. Th., de *Jure fisci*. — Valent., Valens et Grat., L. 1, C. Th., de *Naufrag.*

(2) Theod., L. unic., C. Th., de *Act. cert. temp.* — Justinian., L. 13, C., de *Judic.*

(3) Constant., L. 8, C., de *Dolo*.

(4) Valent., Valens et Grat., L. 2, C., de *Naufrag.*

(5) Justinian., L. 7, C., de *Temp. et in integr.*



BON

TR

DES AL