

xvj TABLE DES DIVISIONS ET SUBDIVISIONS.

§ 402. — III^o *Pignoris capio* nouvelle (*Pignus ex causa iudicati captum*). 561

[Ressemblance entre cette *pignoris capio* et nos saisies mobilières et immobilières.]

CHAPITRE QUATRIÈME.

EXÉCUTION FORCÉE SOUS JUSTINIEN.

§ 403. — Introduction. 563

§ 404. — I^o Contrainte personnelle. 564

§ 405. — II^o Cession de biens. (*Voy.* § 400.) 564

§ 406. — III^o *Pignoris capio*. (*Voy.* § 402.) 565

§ 407. — IV^o Formes nouvelles de la *missio in possessionem* (*distractio bonorum*). 565

§ 408. — V^o Exécution forcée pour le cas de restitution en nature. 568

LIVRE SEPTIÈME.

PEINES CONTRE LES PLAIDEURS TÊMÉRAIRES OU DE MAUVAISE FOI.

§ 409. — Notions générales. 569

[Critique du droit français en cette matière et notamment de la *double amende* pour rejet de pourvoi par la chambre civile de la Cour de cassation.]

§ 410. — Peines contre le demandeur. (*Judicium calumniæ*. — *Judicium contrarium*. — *Serment*. — *Restipulatio*.) 571

[La perte du procès pour *plus-petitio* peut-elle être considérée comme une peine ?]

§ 411. — Peines contre le défendeur. (*Sponsio*. — *Condamnation au double*. — *Serment*. — *Infamie*.) 576

§ 412. — Peines des plaideurs téméraires sous Justinien. — *Serment*. — *Condamnation au double*. — *Infamie*. — *Condamnation aux frais*. — *Personnes privilégiées*. 577

FIN DE LA TABLE DU TOME SECOND.

TRAITÉ DES ACTIONS.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIVERSES ESPÈCES D'ACTIONS CONSIDÉRÉES CHACUNE EN PARTICULIER.

§ 258. — Objet de ce troisième livre.

Dans le livre précédent, on s'était uniquement proposé de faire connaître la *marche générale* de la *procédure civile* (1) aux différents âges de la société romaine : on a dû écarter, en conséquence, tous les détails qui auraient embarrassé une exposition déjà assez compliquée par elle-même. Si l'auteur a su atteindre le but, le lecteur doit avoir

(1) On ne s'occupe, dans ce traité, que de la procédure civile : la procédure criminelle sera l'objet d'un traité particulier. Toutefois, pour prévenir tout malentendu, on croit devoir indiquer, dès à présent, quelques-unes des principales différences qui existaient entre ces deux classes de procès.

I. Les *procès criminels* formaient deux classes principales très-distinctes : les *publica judicia* et les *crimina extraordinaria*.

maintenant une image assez vive du procédé judiciaire des Romains, et une notion suffisante des caractères généraux de l'action proprement dite.

On sait que les Romains n'avaient aucune institution analogue à notre ministère public, et que la loi s'en remettait au zèle des citoyens du soin de poursuivre les coupables.

On appelait action publique (*publicum iudicium*) celle qui pouvait être exercée par le premier citoyen venu : « publica autem dicta sunt, quod *civis ex populo* executio eorum plerumque datur. » (§ 1, Instit., de *Publ. iudic.*) Mais c'est là bien plutôt une *étymologie* qu'une *définition*; car, ainsi que nous allons le montrer en parlant des actions populaires, la circonstance dont le jurisconsulte fait dériver la qualification de *publique*, n'est point exclusivement propre aux procédures auxquelles il l'applique; et, dans tous les cas, elle n'en donne qu'une notion tout à fait incomplète.

Au reste, la dénomination d'action publique (*publicum iudicium*) présentait, à Rome, un sens bien moins étendu que chez nous. Dans le langage de notre droit, cette expression est synonyme d'action ou de poursuite criminelle : toute action publique est une action criminelle, et réciproquement; il n'en était pas ainsi dans le langage des jurisconsultes romains.

On réservait spécialement le nom de *publicum iudicium* à la poursuite de certains crimes, pour lesquels des lois particulières avaient établi une juridiction permanente et déterminé une procédure et une pénalité spéciales : « Non omnia iudicia in quibus crimen vertitur publica sunt, sed ea tantum quæ ex legibus iudiciorum publicorum veniunt : ut Julia *Majestatis*, Julia de *Adulteriis*, Cornelia de *Sicariis et veneficiis*, Pompeia *Parricidii*, Julia *Peculatus*, Cornelia de *Testamentis*, Julia de *Vi privata*, Julia de *Vi publica*, Julia *Ambitus*, Julia *Repetundarum*, Julia de *Annona*. » (Macer, L. 1, ff., de *Publ. iud.*; Cf. L. 3,

Il faut maintenant pénétrer plus avant dans la nature intime des diverses espèces d'actions. Il faut les considérer, et dans leurs rapports avec les

§ 1, de *Præuar.*) — Ces procédures étaient appelées publiques, soit parce qu'elles pouvaient être exercées par le premier venu, *civis ex populo* (Justinian., § 1, Instit., de *Public. iud.* — Modestin., L. 30, § 1, ff., de *Leg. Corn. de Falsis*); soit parce que les procès de cette nature étaient jugés, sur l'ordre du peuple, par un grand nombre de jurés qui étaient censés représenter le peuple lui-même, auquel, dans les premiers temps, avait appartenu le jugement des procès criminels.

Pour d'autres crimes, les lois n'avaient déterminé aucune procédure fixe, et la peine était abandonnée à l'arbitraire du juge. Les poursuites de cette nature étaient désignées par les noms de *crimina extraordinaria*, *cognitiones extraordinariæ*. (Digest., lib. XLVII, tit. XI.) — Les actions criminelles *extraordinaires* différaient des actions criminelles *publiques* non-seulement par l'absence d'une procédure et d'une pénalité fixes, mais aussi parce que, pour plusieurs des *crimina extraordinaria*, le droit de poursuivre n'appartenait pas au premier venu. (Ulpian., L. 3, pr.; Julian., L. 6, ff., de *Sepulcro violato*. — Paul., L. 4, ff., *Expilatæ hered.* — Papinian., L. 1; Ulpian., L. 2, ff., de *Stellionatu*. — Ulpian., L. 1, § 3, ff., de *Pænis*.)

Les crimes qui étaient poursuivis et punis extraordinairement sont énumérés au Digeste, liv. XLVII, tit. XI à XXII.

Bien que, dans les derniers temps, toutes les procédures criminelles fussent devenues *extraordinaires*, la procédure criminelle conserva le nom de *publicum iudicium*, pour tous les crimes à l'égard desquels il avait autrefois existé une procédure publique proprement dite.

II. La *procédure civile* comprenait les actions *privées* proprement dites (*privata iudicia*), et les actions *populaires* (*populares actiones*).

droits positifs qu'elles sont destinées à protéger, et dans les formes spéciales auxquelles plusieurs d'entre elles sont assujetties; il faut tenir compte

On appelait action *privée* celle qui ne pouvait être exercée que par la partie lésée ou ses héritiers, soit que cette action eût pour objet la réparation simple du préjudice éprouvé par le demandeur; soit qu'elle tendit à faire condamner le défendeur à une peine pécuniaire au profit du demandeur.

D'autres actions dites *populaires* (*populares actiones*) paraissent, au premier abord, se confondre avec les actions publiques: comme les actions publiques, elles étaient instituées bien plus en vue d'un intérêt public qu'en vue d'un intérêt privé: «*Eam popularem actionem dicimus quæ jus suum populi tuetur.*» (Paul., L. 1, ff., de *Popul. actionib.* — Cf. Ulpian., L. 1, § 1, ff., de *His qui effud.*) Comme les actions publiques, les actions populaires peuvent être intentées par un citoyen quelconque (Paul., L. 2; Ulpian., L. 3, § 1, ff., de *Popul. actionib.*): aussi leur donne-t-on quelquefois, mais improprement, le nom d'actions publiques. (Paul., L. 30, § 3, ff., de *Jurejur.*)

Mais, nonobstant ces deux traits généraux de ressemblance, les actions populaires différaient essentiellement des actions publiques proprement dites, et formaient une véritable classe d'actions civiles. Les actions populaires, en effet, étaient portées devant les mêmes tribunaux que les actions civiles ordinaires; elles étaient instruites et jugées dans les mêmes formes; elles tendaient également à une condamnation pécuniaire au profit du demandeur; enfin, une fois la *litis contestatio* consommée, elles perdaient même leur caractère d'actions *populaires* et devenaient la propriété personnelle de celui qui les avait intentées. (Ulpian., L. 12, de *Verb. signif.* — Cf. Paul., L. 7, § 1, de *Popul. actionib.*, et L. 56, § 3, ff., de *Fidejuss.*)

Les principales actions populaires sont: 1° l'action de

de la diversité de leur origine, et de celle des sources de droits d'où elles dérivent; il faut enfin reconnaître et expliquer, si faire se peut, eu égard

Albo corrupto (Ulpian., L. 7, ff., de *Jurisdic.*); — 2° l'action de *Suspensis* (Ulpian., L. 5, § 13, ff., de *His qui effud.*); — 3° l'action de *Aperitis tabulis* (Gaius, L. 25, § 2, de *Senatus. Silaniano*); — 4° l'action de *Sepulcro violato* (Ulpian., L. 3, § 12; Julian., L. 6; Macer, L. 8 et L. 9, ff., de *Sepulcr. viol.*); — 5° l'action de *Termino moto* (Modestin., L. 1; Callistrat., L. 2 et L. 3, ff., de *Term. mot.*); — 6° enfin, un grand nombre d'actions qui naissent des interdits. (*Voy.*, ci-après, le chap. iv de ce livre.)

III. En résumé, les actions civiles sont de deux espèces: les actions *privées* et les actions *populaires*; ces deux classes d'actions diffèrent entre elles en ce que les unes peuvent être intentées par le premier citoyen venu, tandis que les autres n'appartiennent qu'à une personne déterminée; mais elles se ressemblent par la procédure, le jugement et le résultat. — Les actions criminelles se divisent aussi en deux genres: les actions *publiques*, dont la procédure et la pénalité sont réglées d'une manière précise par les lois; et les actions criminelles *extraordinaires*, dont la procédure et la pénalité sont abandonnées à l'arbitraire du juge.

Quelquefois, la partie lésée avait le choix entre plusieurs de ces actions.

Ainsi, bien que le vol fût considéré comme un simple délit privé, qui, en général, ne donnait lieu qu'à une action privée ordinaire, au double ou au quadruple; néanmoins, dans certaines circonstances, il pouvait être aussi poursuivi et puni extraordinairement (Ulpian., L. 92, ff., de *Furtis.* — Idem, L. 1, ff., de *Furib. baln.*). — La même remarque est applicable à la corruption d'esclaves (Ulpian., L. 5, ff., de *Extraord. crim.*); à l'injure (Hermogen., L. 45, ff., de *Injur.*); etc.

Ainsi encore, celui qui, malicieusement, a déplacé une

à toutes ces circonstances, et à beaucoup d'autres qu'il est superflu d'énumérer d'avance, les degrés divers de leur énergie coercitive.

borne, peut être poursuivi, soit civilement par action populaire, soit criminellement *extra ordinem* (Callistrat., L. 2 et L. 3, ff., de *Termino moto*). — Il en faut dire autant de celui qui s'est rendu coupable d'une violation de sépulture : il peut être actionné civilement par action populaire, ou poursuivi criminellement *extra ordinem*. (Ulpian., L. 3, pr., et § 12, ff., de *Sepulcr. violat.* — Paul., L. 11, *cod.*)

IV. Les actions publiques différaient presque pour le tout des actions privées. Non-seulement les tribunaux criminels avaient une organisation entièrement distincte de celle des tribunaux civils, mais la procédure était essentiellement différente : « *Publica judicia neque per actiones* » (*formules*) *ordinantur, neque omnino quidquam simile* « habent cum cæteris judiciis de quibus locuti sumus (c'est-à-dire les actions privées); magnaque diversitas est eorum et in instituendis et in exercendis. » (Justinian., § 1, *Instit., de Publ. judic.*) — Quintilien confirme cette donnée : « *Capitalia judicia habent suam formam, suos iudices, numerum suum, quæsitorem suum, sua nomina...* » « *Quid hic simile (cum injuriarum actione)? Aliud genus actionum...* » (Declam. 331.)

V. En terminant cette note, nous dirons que les Romains appelaient délits privés (*privata delicta*) les faits illicites qui ne donnaient, en général, lieu qu'à une action civile, soit *privée*, soit *populaire* : les délits privés sont traités au Digeste, dans les dix premiers titres du livre XLVII. Ils appelaient plus spécialement *crimina* ou *publica delicta*, les faits illicites qui pouvaient être poursuivis criminellement, soit *extraordinairement* (Digest., liv. XLVII, tit. XI à XXII), soit *ordinairement* par une procédure déterminée à l'avance par une loi spéciale (Digest., liv. XLVIII).

VI. En rapprochant les notions qui précèdent des défini-

On a déjà dit que, dans son acception la plus large, le mot *action* comprenait toutes les espèces de droits sanctionnateurs, savoir : 1^o les *actions proprement dites*, réelles et personnelles; — 2^o les *exceptions, répliques, dupliques*, etc.; — 3^o les *prescriptions*; — 4^o les *interdits*; — 5^o les *restitutions en entier*; — 6^o les *stipulations prétoriennes* (voy. § 12) : toutes ces choses étaient, en effet, des moyens juridiques d'*obtenir*, de *recouvrer*, ou de *conserver* la jouissance des avantages qui, à des titres divers, pouvaient appartenir aux citoyens romains. (Voy. § 1^{er}.) Mais si, à ce point de vue général, les six classes d'actions qui viennent d'être énumérées paraissent se confondre par l'unité du but, elles diffèrent néanmoins profondément entre elles sous beaucoup d'autres rap-

portions, si nettes et si bien tranchées, que notre Code d'instruction criminelle a données, soit de l'action publique (ou criminelle), soit de l'action privée (ou civile), on voit combien les mêmes dénominations présentent des significations différentes en droit français et en droit romain, et de quelle précaution il faut user pour transporter dans notre jurisprudence certaines définitions et certaines théories du droit romain.

Sans entrer ici dans des détails qui excéderaient de beaucoup les limites d'une simple note, faisons seulement remarquer que, dans notre droit français, la division en actions publiques et privées est générale, et qu'il n'est aucune action qui ne rentre dans l'une ou dans l'autre catégorie; tandis que, chez les Romains, la même division laissait en dehors et les actions populaires et les procédures criminelles extraordinaires. (Voyez notamment Papinian., L. 1, ff., *Stellion.*)

ports, ainsi qu'on le verra dans la suite de ce livre.

Cette division des droits sanctionneurs en six classes sera sans doute critiquée : on lui reprochera d'être incomplète et peu philosophique.

Elle est incomplète, en effet; car elle ne comprend ni les voies pour la *réformation* et l'*exécution* des jugements, ni les *peines contre les plaideurs téméraires*, qui sont aussi des moyens de faire respecter notre droit, et qui, à ce titre, rentrent dans l'acception générale du mot *action*.

Elle est peu philosophique; car elle repose bien plus sur les habitudes de langage et de méthode des jurisconsultes romains (1), que sur une observation rigoureuse de la nature absolue des choses. Il eût été facile de trouver des classifications plus conformes à l'esprit de méthode scrupuleuse du temps où nous vivons : on a cru devoir s'en abstenir.

Quelque satisfaisantes que puissent paraître, au premier abord, ces classifications prétendues philosophiques, elles offrent de graves inconvénients pour l'étude du droit romain. Le droit romain n'est point une science à faire, c'est une science faite; ce n'est point un édifice à construire, c'est un monument admirable, mais mutilé, dont il faut retrouver la forme et les proportions à travers les ruines et les ravages des siècles. Aux classifications

(1) Voy. le § 12 et les autorités citées en note.

et à la nomenclature reçues par les jurisconsultes romains, substituer d'autres classifications, même plus parfaites, une autre nomenclature, même plus exacte, n'est-ce pas s'exposer de gaieté de cœur à altérer la couleur historique, à fausser le sens des théories qu'on a pour but de mettre en lumière? Et comme, en définitive, il faut toujours en revenir à l'étude des textes primitifs, il arrive nécessairement qu'après s'être formé à grand'peine une langue à part, une langue moderne, si je puis ainsi dire, on se trouve ensuite tout dépaysé dans les écrits des jurisconsultes romains; de telle sorte que ces classifications et ces nomenclatures *perfectionnées*, loin de soulager l'esprit, lui apportent, en définitive, une fatigue et un obstacle de plus.

En parlant ainsi, nous n'entendons pas bannir de l'étude du droit romain la critique et le libre examen, sans lesquels cette étude ne serait plus qu'une science d'antiquaire. Nous croyons, au contraire, que le principal avantage que présente la connaissance du droit romain, est de nous fournir le plus excellent terme de comparaison pour juger et apprécier les théories de la jurisprudence moderne (1). Mais, avant de critiquer, de juger le droit romain, avant d'en faire un terme de comparaison, il faut d'abord le connaître; et, pour le connaître, il faut se placer d'abord franchement, je dirai

(1) Voyez, dans la préface de cet ouvrage, quelques idées sur les avantages que peut présenter, encore aujourd'hui, l'étude du droit romain.

presque naïvement, au point de vue des jurisconsultes dans les écrits desquels il est déposé; il faut parler leur langage, s'identifier avec leurs idées : le tour de la critique viendra ensuite.

CHAPITRE PREMIER.

ACTIONS PROPREMENT DITES.

§ 259. — Points de vue divers sous lesquels a été établie la classification des actions proprement dites.

On entend ici, par *actions proprement dites*, les formules dont la nature juridique a été développée au chapitre II du livre précédent (1).

Des trois systèmes de procédure qui furent suc-

(1) Voyez principalement § 168 à 180. — Les trois expressions *actio*, *formula*, *judicium*, sont souvent employées comme synonymes; et, de fait, elles désignent également l'acte par lequel le magistrat renvoie les parties devant le juge. Toutefois, quand on étudie avec soin le langage des jurisconsultes, on s'aperçoit qu'ils ne se servaient pas indifféremment de ces trois expressions. — *Formula* s'emploie de préférence quand on considère l'action sous le rapport de son libellé, de sa rédaction. — Le mot *actio* doit être préféré quand on considère l'action sous le rapport du droit qui en résulte pour les parties. — Enfin le mot *judicium* est plus convenable quand on considère l'action comme l'acte qui termine l'instance devant le magistrat, et ouvre le litige devant le juge. Il désigne aussi, par excellence, l'instance devant le juge.

cessivement en usage dans les tribunaux romains, la procédure formulaire mérite surtout de fixer notre attention, non pas seulement parce que cette procédure est certainement la plus rationnelle qui ait jamais existé, mais aussi parce que seule elle peut donner la clef des écrits des jurisconsultes romains; ouvrages vraiment dignes d'admiration, et qui, malgré les inintelligentes mutilations que leur ont fait subir les compilateurs grecs, constituent encore aujourd'hui les modèles les plus parfaits qui puissent être offerts aux méditations des jurisconsultes. C'est donc principalement en se plaçant au point de vue de cette procédure, qu'on va maintenant étudier les diverses espèces d'actions. On aura soin, toutefois, d'indiquer quel sens et quelle valeur pouvaient avoir, sous la législation de Justinien, les doctrines des anciens jurisconsultes romains. On examinera aussi, selon l'occasion, comment et sous quelles modifications quelques-unes de ces théories ont passé dans la pratique française.

L'analyse approfondie à laquelle les jurisconsultes romains avaient soumis les actions, leur avait fait découvrir entre elles un grand nombre de nuances plus ou moins tranchées : de là plusieurs divisions des actions, selon les divers points de vue sous lesquels elles peuvent être considérées.

De ces divisions, les unes paraissent complètement indépendantes de la formule : telles sont les divisions en *civiles* et *prétoriennes*, en *directes* et