

Trébellien, le fidéicommissaire fût en réalité devenu un véritable héritier, on ne lui donnait cependant que les actions héréditaires *utiles*. Ainsi encore, comme nous l'avons vu précédemment, plusieurs principes, quoique fondés sur des sénatus-consultes et des constitutions, ne pouvaient être appréciés par le juge qu'autant qu'ils lui avaient été soumis par une exception expresse. (§ 183.)

§ 262. — Sens et portée de cette distinction dans le droit de Justinien.

En publiant l'Édit perpétuel, Adrien avait donné aux principes prétoriens la légitimité qui jusque-là leur avait manqué : dès lors, il semblerait que le droit prétorien, élevé par cette adoption au niveau du droit impérial, et par conséquent du droit civil, aurait dû quitter les formes indirectes qui, auparavant, avaient été son caractère nécessaire. Il n'en fut pas ainsi, cependant : Adrien ne sanctionna pas seulement les principes du droit prétorien, il en adopta aussi les formes et les allures ; de telle sorte que depuis, comme auparavant, les théories prétoriennes continuèrent à se produire comme législation d'un ordre subordonné au droit civil, du moins pour la théorie ; car il est d'ailleurs constant que, dans la pratique, elles prévalaient presque toujours sur les principes de l'ancien droit civil.

Et comme, d'un autre côté, la division des actions civiles et prétoriennes n'était point dépendante de la procédure formulaire, cette distinc-

tion put être conservée par Justinien, avec à peu près tous les effets qu'elle avait eus au temps des grands jurisconsultes.

DEUXIEME DIVISION.

Actions qui valent par elles-mêmes. — Actions fictives (1).

§ 263. — Nature de cette division.

Aux actions qui valent par elles-mêmes, et dont l'*intentio* exprime directement et sans détour les points de fait et de droit dont la vérification doit entraîner la condamnation, Gaius oppose les actions fictives (*fictiones, fictitiæ actiones*), dans lesquelles la condamnation est fondée sur une fiction, c'est-à-dire sur la supposition d'un droit, d'un fait ou d'une qualité qui, en réalité, n'existe pas. Il y a deux espèces d'actions fictives : les unes imitent les anciennes actions de la loi (*ad legis actiones exprimuntur*) ; les autres n'ont aucun rapport avec les actions de la loi, et reposent sur des fictions d'une autre nature (*alterius generis fictiones*) (2).

(1) Le mot *fictives* n'est pas français ; mais le mot *fictives* exprimerait mal la pensée.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, §§ 10, 34. — Ulpian., *Fragm.*, XXVIII, § 12.

§ 264. — Première classe d'actions fictives, données à l'imitation des actions de la loi.

Nous n'avons que des renseignements très-incomplets sur cette première classe d'actions fictives : Gaius est le premier qui nous en ait révélé l'existence; et malheureusement il manque une page entière dans la partie du manuscrit où il en était traité. Nous savons seulement que ces formules donnaient au juge le pouvoir de condamner le défendeur à la même somme que si le demandeur eût agi par action de la loi. Ainsi, dans la formule donnée au publicain (fermier des impôts), à l'imitation de la *pignoris capio*, nous voyons que le contribuable était condamné à payer la même somme que s'il y avait eu réellement prise de gage (1). — Cet exemple est le seul qui nous ait été conservé; mais il est certain que toutes les actions de la loi, à l'exception de la *condictio*, avaient été imitées d'une manière analogue (2). On peut conjecturer, avec beaucoup de vraisemblance, que l'action réelle *per sponsionem* n'était qu'une imitation de l'action *sacramenti* (3).

Ces formules furent sans doute produites par la transition de l'ancienne procédure au système formulaire : on cessa de remplir les solennités de l'action de la loi; mais le juge se conduisait

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 32.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 33; Cf. § 10, *ibid.*

(3) Gaius, *Comm.*, IV, §§ 93 et 94. — *Voy.*, ci-après, § 278.

comme si elles eussent été accomplies; c'était donc encore sur une action de la loi supposée que le juge basait sa sentence. Aussi, quoique fictives, ces actions étaient civiles, puisqu'elles ne prenaient pas leur origine dans la juridiction du préteur.

§ 265. — Seconde classe d'actions fictives.

Il en est autrement des actions fictives de la seconde classe, qui sont toutes prétorienne. Les précédentes reposaient sur la supposition que telle ou telle action de la loi avait été exercée; dans celles que nous examinons maintenant, on suppose seulement un fait ou une qualité qui n'existe pas, mais ces suppositions n'ont rien de commun avec les actions de la loi (*alterius generis fictiones*).

Ces fictions remontent à l'époque très ancienne où l'usurpation prétorienne, encore timide, n'aurait point osé créer une action qui ne reposât pas sur un rapport de droit civil. Quand ce rapport manquait, et que cependant la prétention paraissait équitable, le préteur autorisait, dans certains cas, le juge à condamner, comme si le rapport eût existé. Plus hardis dans la suite, les magistrats se débarrassèrent de ces entraves, et créèrent des actions *in factum*, dans lesquelles ils autorisaient la condamnation sans se référer à aucun principe de droit civil réel ou fictif; aussi plusieurs actions, *fictives* dans l'origine, furent-elles, plus tard, remplacées par des actions *in factum*.

Passons maintenant à l'examen de diverses actions fictices en particulier.

1° *Actio serviana*. — Le *bonorum possessor*, n'étant pas héritier d'après le droit civil, ne peut exercer les actions directes; il ne le peut ni pour les actions réelles (*neque quod defuncti fuit potest intendere suum esse*), ni pour les actions personnelles (*neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere*); mais le préteur lui suppose la qualité d'héritier; et l'*intentio*, modifiée par cette supposition, était alors ainsi conçue, pour l'action réelle : JUDEX ESTO : SI AULUS AGERIUS LUCII TITHI HERES ESSET, TUM SI IS FUNDUS DE QUO AGITUR EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSET...; pour l'action personnelle : SI AULUS AGERIUS LUCII TITHI HERES ESSET, TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILLIA DARE OPORTERE... (1).

2° *Actio rutiliana*. — Cette supposition de qualité avait aussi lieu en faveur de l'*emtor bonorum*. Mais il existait pour l'*emtor bonorum* une autre combinaison, connue sous le nom d'*action rutilienne*. Dans cette action, l'*intentio* était rédigée au nom de celui dont le demandeur avait acheté les biens, et la condamnation était conçue au profit de l'*emtor*.

Cette combinaison était aussi en usage pour ceux qui agissaient pour autrui (2).

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 34.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, §§ 35, 86.

3° *Actio publiciana*. — Pour exercer l'action en revendication proprement dite, il faut avoir sur la chose la propriété quiritaire : par conséquent la revendication n'appartient, ni à celui qui aurait la chose *in bonis*, ni à plus forte raison à celui qui en serait simple possesseur de bonne foi, tant qu'ils n'ont pas acquis par usucapion le domaine quiritaire (1). Cependant, si avant que l'usucapion soit accomplie, la possession vient à leur être enlevée, le préteur feindra qu'ils ont déjà achevé l'usucapion qui, en réalité, n'est encore que commencée, et donnera une formule ainsi conçue : JUDEX ESTO : SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET... (2).

4° *Action contre-publicienne*. — Il y avait une action qui reposait sur une fiction inverse de celle de la publicienne : le préteur y supposait que le défendeur n'avait point usucapé ce qu'en réalité il avait usucapé. Cette action, sur laquelle nous reviendrons dans la V^e division, ne paraît pas avoir eu un nom particulier (3); mais, à cause de sa nature même, on pourrait la nommer *contre-publicienne*.

5° *Action paulienne*. — Cette action reposait

(1) Voy., ci-après, § 282, des détails plus développés sur l'action publicienne.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 36.

(3) § 5, *Instit.*, de *Actionib.* — Voy., ci-après, § 283.

aussi sur une fiction; mais, dans la suite, le préteur remplaça l'action paulienne fictive par une action *in factum*, sans fiction (1).

6° Les actions civiles ou pénales établies par les lois ne pouvaient être intentées ni par un étranger ni contre lui; le préteur les donnait néanmoins, mais en supposant à l'étranger la qualité de citoyen : *SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AURÆ QUAM OBREM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET...* (2).

7° Pareillement, quand notre débiteur subit un changement dans son état civil (*capite minutus*) (3); par exemple, quand il se donne en adrogation, il cesse de nous devoir; et, d'après le droit civil, nous perdons les actions que nous pouvions avoir contre lui, sans en acquérir contre celui en la puissance duquel il est tombé. Pour prévenir un résultat si inique, le préteur accordait au créancier une formule dans laquelle il supposait le changement d'état non avenu, et faisait ainsi revivre des obligations que la subtilité du droit civil avait éteintes (4).

(1) § 6, *Instit.*, de *Actionib.* — Ulpian., L. 1, ff., *Si quid in fraud. patr.*; L. 1, et L. 10, ff., *Quæ in fraud. credit.* — *Voy.*, ci-après, § 284.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 37.

(3) Nous n'osons nous servir de l'expression barbare *diminué de tête*, qui paraît d'ailleurs abandonnée aujourd'hui à la Faculté de droit de Paris.

(4) Gaius, *Comm.*, IV, § 38.

§ 266. — Sens de cette distinction dans le droit de Justinien.

Sous Justinien il ne pouvait plus être question des actions fictives de la première classe. Quant aux actions fictives de la seconde espèce, elles avaient été remplacées, pour la plupart, depuis longtemps par des actions *in factum*.

TROISIÈME DIVISION.

Actions directes. — Actions utiles.

§ 267. — Nature de cette troisième division.

L'expression d'action *directe* est prise dans des sens très-divers, et par opposition tantôt à actions *utiles* (1), tantôt à actions *in factum* (2), tantôt à actions *contraires* (3), tantôt, enfin, aux actions qui se donnent contre le père de famille à raison

(1) Ulpian., L. 37, ff., de *Obl. et act.* — Paul., L. 47, ff., de *Negot. gest.* — § 16, *Instit.*, ad *Legem Aquil.*

(2) § 16, *in fin.*, *Instit.*, ad *Legem Aquil.*, où les mots *directa*, *utilis* et *in factum* sont opposés les uns aux autres. — Conf. Paul., L. 33, § 1, ff., ad *Legem Aquil.*; Paul., L. 7, § 7, ff., de *Dolo*.

(3) Gaius, L. 18, § 4, ff., *Commodati*. — Ulpian., L. 20, § 1, D., de *Negot. gest.*: dans ce sens, les actions sont aussi quelquefois appelées actions *principales* — Paul., L. 17, § 1, ff., *Commodati*.

des obligations contractées par ses fils de famille ou ses esclaves (1). — Ici, et par opposition à *utile*, elle sert à indiquer que l'action est donnée précisément dans le cas pour lequel elle avait été primitivement créée (2).

L'expression *action utile* indique une action étendue, par l'interprétation ou par l'usage, du cas pour lequel elle avait été imaginée, à un cas analogue. Le mot *utile* vient sans doute de ce que ces extensions n'avaient lieu que lorsque l'utilité publique ou privée en faisait sentir le besoin. Quelquefois l'action utile était à son tour donnée *utilement*, c'est-à-dire étendue à un cas qui s'éloignait encore davantage de celui pour lequel avait été instituée l'action directe : c'était une extension de l'extension.

§ 268. — Des diverses classes d'actions utiles.

Ces extensions avaient lieu tantôt à l'aide de fictions analogues à celles que nous avons fait connaître dans la division précédente; tantôt en rédigeant *in factum* une action qui, dans l'origine, était conçue *in jus*, comme nous le verrons dans la division suivante.

Il est évident que ce dernier mode d'extension ne pouvait s'appliquer aux actions qui auraient

(1) § 5, Instit., de *Noxal. act.* — Paul., L. 26, § 4, ff., *eod. tit.*

(2) § 16, Instit., de *Leg. Aquil.*; § 34, de *Rer. divis.* — Gaius, L. 9, § 2, ff., de *Acq. rer. dom.*

déjà été *in factum*; mais quand une action originairement conçue *in jus* est étendue par une formule *in factum*, elle est qualifiée indifféremment d'*utilis* ou d'*in factum*. C'est ce qui était arrivé notamment pour l'action de la loi *Aquila* (1).

L'action *directe* de la loi *Aquila* suppose la réunion de deux circonstances : 1° que la personne contre qui cette action est intentée ait causé le dommage *corpore suo*, c'est-à-dire directement et immédiatement, en touchant la chose, soit avec les mains, les pieds, la tête, ou toute autre partie du corps, soit avec un instrument qu'elle a personnellement dirigé; 2° que le dommage, ainsi causé, constitue une destruction, une dégradation physique et matérielle d'une chose appartenant à autrui, *corpus læsum* (2). — Si la première condition vient à manquer; si l'auteur du dommage ne l'a point causé directement, *corpore suo*, et qu'il en ait été la cause médiate plutôt que l'auteur immédiat; si, par exemple, au lieu de donner lui-même la mort à votre esclave, soit en le frappant, soit en le poussant dans le fleuve, il a seulement occasionné la mort de cet esclave, en lui conseillant de monter sur un arbre, ou de descendre dans un puits, il n'y a plus lieu à l'action *di-*

(1) Ulpian., L. 7, § 3, L. 9, § 2 et § 3; L. 11, § 1; L. 29, § 5; L. 49; Nerat., L. 53, ff., *ad Legem Aquil.*

(2) Justinian., § 16, Instit., de *Lege Aquil.* — Ulpian., L. 7, § 1; L. 9, pr., et § 1; L. 11, § 5; L. 29, § 2, ff., *ad Leg. Aquil.*

recte, mais seulement à l'action *utile* de la loi Aquilia (1). Le résultat de cette action utile est, du reste en définitive, le même que celui de l'action directe (2). Si ces deux conditions viennent à manquer; si le fait, tout en vous causant un préjudice, ne constitue aucune destruction ni dégradation physique de votre propriété; si, par exemple, trouvant votre esclave enchaîné, je le détache par un sentiment de compassion et que je favorise ainsi sa fuite; il n'y a plus lieu ni à l'action directe, ni même à l'action utile, mais bien à une action *in factum*: « Si non corpore damnum datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, cum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri » (3). — Ici l'action *in factum* est évidemment une action *utile*; car elle a pour but d'étendre l'application de la loi Aquilia à une hypothèse que cette loi n'avait point prévue.

Mais en quoi cette action *in factum* différait-elle de l'action *utile* dont il a été précédemment parlé? C'est là une question fort obscure, sur laquelle les anciens interprètes s'étaient beaucoup et inutilement tourmentés. Aujourd'hui, grâce aux lumières nouvelles fournies par le manuscrit de Vérone, on peut conjecturer, avec beaucoup de

(1) § 16, Instit., de Lege Aquil. — Gaius, Comm., III, § 219.

(2) Paul., L. 47, § 1, de Negot. gest.

(3) § 16, Instit., de Leg. Aquil. — Ulpian., L. 27, §§ 14 et 20, ff., ad Leg. Aquil.

vraisemblance, que, parmi les actions utiles, celles qui avaient en vue une hypothèse très-voisine du fait réglé par la loi étaient conçues *in jus* comme l'action directe elle-même, à l'aide de quelque fiction analogue à celles dont nous avons parlé plus haut (§ 265). Quand, au contraire, le fait auquel on voulait étendre la disposition d'une loi s'éloignait davantage de l'hypothèse réglée par cette loi, le prêteur allait droit au but au moyen d'une action *in factum*, dans laquelle la condamnation était directement subordonnée à la vérification du fait mis en question dans l'*intentio* (§§ 174 et 270): on conçoit, en effet, que plus l'espèce s'écartait de celle prévue par la loi, plus il devenait difficile de recourir à des fictions que la diversité des espèces aurait rendues trop compliquées.

Il reste cependant une difficulté. Dans le cas même où les Institutes refusent, soit l'action directe, soit l'action *utile* de la loi Aquilia, pour n'accorder que l'action *in factum*, plusieurs textes du Digeste accordent sans difficulté l'action *utile*. Cela me paraît tenir au sens plus ou moins étendu que l'expression *utilis* obtenait dans le langage du droit. *Strictiori sensu*, l'épithète *utilis* convenait principalement aux actions que le prêteur ou l'interprétation des Prudents avaient étendues à l'aide de quelque fiction (§ 265); mais, *latiori sensu*, cette qualification se donnait aussi aux actions *in factum*, dans lesquelles le prêteur, sans recourir à aucune fiction, subordonnait directement la con-

damnation du défendeur à la vérification d'un fait posé en question dans l'*intentio*. On conçoit dès lors aisément que les jurisconsultes, en parlant de cette dernière action (*in factum*), lui donnent fort souvent la qualification d'*utilis*, qu'ils lui refuseraient cependant, s'ils étaient conduits à en parler par opposition à l'action *utilis* par excellence, c'est-à-dire à l'action étendue à l'aide d'une fiction.

Ces synonymies accidentelles ne sont pas, au reste, une raison pour confondre l'action *in factum* avec l'action *utile*. Il y a des actions utiles qui ne sont pas conçues *in factum* : telles sont notamment les actions fictives, lesquelles sont certainement conçues *in jus* (§ 265). — Réciproquement, l'action *in factum* n'est pas toujours utile : en effet, les actions prétorienes sont, pour la plupart, conçues *in factum*; et cependant elles ne méritent le titre d'*utiles* que lorsqu'elles sont données par extension d'une autre action.

En résumé, il y avait plusieurs classes d'actions utiles : — 1^o les actions *fictives* de la première classe, qui sont civiles; — 2^o les actions *fictives* de la seconde classe, qui, bien que conçues *in jus*, sont prétorienes, en ce sens que le préteur applique, à l'aide d'une fiction, un principe de droit civil à un cas autre que celui que ce principe était destiné à régir (1); — 3^o grand nombre d'actions

(1) Toutes les actions fictives sont utiles, mais la réciproque n'est pas vraie. — Ulpien appelle *fictitiæ* les mêmes

§ 269. — DIFFÉR. ENTRE LES DEUX ESPÈCES D'ACT. 39
prétorienes dont l'*intentio* est *in factum* (§ 270); — 4^o et enfin, au moins pour les cas où les donnaient les Proculéiens, les actions *præscriptis verbis* ou *in factum*, qui sont des actions civiles conçues *in jus*, c'est-à-dire avec une *intentio juris civilis* (§ 271).

QUATRIÈME DIVISION.

Actions *in jus*. — Actions *in factum*.

§ 269. — Différences entre les deux espèces d'actions.

En traitant de la rédaction de l'*intentio*, nous avons déjà fait connaître la nature et l'origine de cette quatrième division (§ 174) : il faut voir maintenant quelle en était l'importance pratique, c'est-à-dire, quelles différences existaient entre les deux espèces d'actions.

Première différence. — La constitution de la famille romaine était une application exacte et rigoureuse du principe de l'*unité* : il n'y avait dans chaque famille qu'un seul chef, un seul propriétaire, un seul patrimoine. Simples instruments d'acquisition pour celui qui était en même temps

actions que Gaius appelle tantôt *fictiones*, tantôt *utiles*. Ulpian., *Fragm.*, XXVIII, § 12. — Gaius, *Comm.*, II, § 253; IV, §§ 34, 38.