

damnation du défendeur à la vérification d'un fait posé en question dans l'*intentio*. On conçoit dès lors aisément que les juriconsultes, 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.

leur père et leur maître, les fils de famille, soit du premier degré, soit des degrés ultérieurs, ne pouvaient rien avoir en propre : non qu'ils fussent incapables des actes de la vie civile (ils avaient au contraire, presque sous tous les rapports, la même capacité que les pères de famille); mais parce que les acquisitions qu'ils pouvaient faire ne s'arrêtaient pas sur leur tête, et profitaient immédiatement au chef de la famille : par une conséquence forcée, les fils de famille ne pouvaient jamais se prétendre ni propriétaires ni créanciers (1).

De là une première différence entre l'action *in jus* et l'action *in factum*. Les pères de famille peuvent agir indifféremment par action conçue *in jus*

(1) Senec., *de Benef.*, VII, 4. — Dion. Halic., VIII, 79. — Gaius, *Comm.*, II, §§ 86, 96; III, § 163. — Paul., L. 9; — Ulpian., L. 13, ff., *de Oblig. et act.*

Mais tout cela fut bien changé, dans la suite, par l'introduction des *pecules*. Dès le temps d'Ulpien, et probablement déjà bien auparavant, on tenait pour constant qu'à l'égard du pécule *castrans* les fils de famille devaient être considérés comme véritables propriétaires : ... *cum in castrènsi peculio filii familias vice patrum familiarum fungantur*. (Ulpian., L. 2, ff., *de Senatusc. macedon.*) Il est naturel de supposer d'après cela que, pour les objets composant le pécule *castrans*, les fils de famille pouvaient agir même par action *in jus*.

L'institution du pécule *castrans* paraît remonter au temps de Jules César. Cette innovation fut, comme on sait, singulièrement amplifiée par les empereurs chrétiens. (Justinian., §§ 1 et 2, *Instit.*, *Per quas pers. dom. acq.*)

ou par action conçue *in factum*. Les fils de famille, au contraire, ne peuvent agir que par action *in factum*; parce que l'*intentio* d'une action *in jus* énonce explicitement, de la part du demandeur, la prétention à un droit de propriété (*si paret rem esse Titii*), ou à un droit d'obligation (*si paret Mævium Titio dare oportere*); et qu'une telle prétention est incompatible avec la qualité de fils de famille. Si le fils de famille pouvait agir par action *in factum*, c'est que, dans l'*intentio* d'une formule ainsi rédigée, la *prétention au droit* se trouve dissimulée, masquée en quelque sorte, au moins dans la forme du langage, sous l'apparence d'une simple question de fait (§ 174).

Deuxième différence. — Dans les actions conçues *in jus*, la *litis contestatio* et la sentence opèrent de plein droit (*ipso jure*) novation de l'obligation qui fait l'objet du litige; et dès lors, si le demandeur voulait plus tard renouveler le procès, le défendeur pourrait repousser la nouvelle demande sans avoir recours aux exceptions *rei judicatæ*, *rei in judicium deductæ*. Ces exceptions sont au contraire nécessaires si l'action par laquelle l'obligation a été une première fois mise en litige (*in judicium deducta*) était conçue *in factum* : en effet, l'*intentio* ainsi conçue ne paraît soumettre au juge qu'une pure question de fait, et on ne comprendrait pas qu'un fait fût susceptible de novation. Ainsi donc, nonobstant la *litis contestatio* et la sentence, l'obligation, en supposant qu'elle n'ait pas été éteinte de quelque autre

manière, continue à subsister; elle peut devenir la base d'une demande nouvelle dont le succès serait infaillible si le défendeur n'avait soin de faire insérer dans la formule l'exception *rei in iudicium deductæ* ou *rei iudicatæ* (§§ 174, 182, 204 et 230).

Troisième différence. — La plus-pétition (1) n'entraîne déchéance qu'autant qu'elle porte sur l'*intentio*: il s'ensuit que, dans les actions *in jus*, où l'*intentio* est distincte de la *demonstratio*, la plus-pétition n'est dangereuse que lorsqu'elle se rencontre dans l'*intentio*, et non quand elle se trouve seulement dans la *demonstratio*. — Dans les actions *in factum*, au contraire, l'*intentio* et la *demonstratio* étant toujours confondues, la plus-pétition ne peut porter sur l'une sans porter aussi sur l'autre; elle entraînera donc toujours déchéance (2).

Quatrième différence. — Les actions *in jus* sont les unes *in rem*, les autres *in personam*. Les actions *in factum* sont toutes *in personam*.

Cependant on a fait remarquer avec raison que, dans l'origine, la division des actions *in rem* et *in personam* ne s'appliquait probablement qu'aux seules actions *in jus*. En effet, en affirmant le fait dont l'existence est mise en question, le demandeur n'argue ni d'un droit qui lui appartienne, ni

(1) Voyez, sur les caractères de la plus-pétition, le livre VII de cet ouvrage.

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 60.

d'une obligation qui pèse sur son adversaire. Cela est incontestable, si l'on n'a égard qu'à la forme du langage; mais, en s'attachant au fond des choses, le fait à la vérification duquel la formule subordonne la condamnation du défendeur, peut et doit être considéré comme la cause d'une véritable obligation, sur laquelle le demandeur s'appuie implicitement pour demander la condamnation du défendeur.

Cinquième différence. — Les actions *in jus* sont essentiellement civiles (*intentio juris civilis*), et par conséquent elles sont en général perpétuelles (1). Les actions *in factum* sont en général prétoriennes, et par conséquent annales (2). Nous disons en général: en effet, il y avait des actions civiles dont la formule était quelquefois conçue *in factum*, par exemple, les actions de dépôt et de commodat (3); à moins qu'on ne dise que l'action civile devenait prétorienne quand elle était rédigée *in factum*, ce qui paraît peu admissible.

§ 270. — Des diverses espèces d'actions *in factum*.

En introduisant les formules *in factum*, le préteur n'avait pas toujours le même but.

1° Les unes avaient pour objet de protéger les édits, et la juridiction du préteur (4).

(1-2) Voy., ci-après, la dixième division. — Cf. p. 38, *in fin.*

(3) Gaius, *Comm.*, IV, § 47. — Voy. § 174.

(4) § 3, *Instit.*, de *Actionib.* — *Digest.*, lib. II, tit. II et suiv. — Gaius, *Comm.*, IV, § 46. — Cujac., *Observ.*, X, 10.

2° Les autres étaient destinées à mettre certaines personnes, et notamment les fils de famille, dans le cas d'exercer, par une formule *in factum*, une action qu'ils n'auraient pu exercer par la formule *in jus* (§ 269, 2° diff.).

3° Quelquefois le préteur s'en servait pour étendre l'application d'une loi juste et nécessaire (par exemple la loi *Aquiliana*), à des cas que cette loi n'avait pas prévus (§ 268).

4° A l'inverse, il s'en servait aussi pour tempérer et restreindre la rigueur des actions du droit civil, quand, par exemple, il substituait une action *in factum composita* à l'action *de dolo*, pour épargner au défendeur l'infamie qu'entraînait cette dernière action (1). — Nous trouverons aussi, et exactement dans le même sens, des exceptions *in factum*.

5° Enfin, le préteur avait introduit beaucoup d'actions *in factum*, pour sanctionner et faire valoir des principes d'équité entièrement étrangers au droit civil; les actions de cette cinquième classe sont aussi quelquefois appelées *utiles*, mais improprement (2).

§ 271. — De l'action *in factum* ou *præscriptis verbis*.

On trouve dans le *Digeste* plusieurs dénominations d'actions que quelques auteurs ont mal à

(1) Ulpian., L. 11, § 1, ff., de *Dolo malo*.

(2) §§ 1 et 3, Instit., de *Oblig. quasi ex delict.* — Ulpian., L. 7 et L. 9, ff., *Quod falso tut.*; L. 7 et L. 14, ff., de *Liberali causa*; L. 10 et L. 14, *Quæ in fraud. credit.*

propos confondues avec les actions *in factum*, dont il a été question dans les deux paragraphes précédents, c'est-à-dire avec les actions *in factum* considérées par opposition aux actions *in jus*: nous voulons parler des actions qui sont indiquées dans les textes par les expressions *actio in factum civilis* (1); *actio in factum, id est præscriptis verbis* (2); *civilis actio, id est præscriptis verbis* (3); *præscriptis verbis actione civili subdita* (4); *utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat* (5); *præscriptis verbis incerta actio civilis* (6); *civili intentione incerti agendum* (7). Dans tous ces cas, l'expression *in factum*, prise soit séparément, soit comme synonyme de *præscriptis verbis*, soit enfin jointe aux mots *præscriptis verbis, civilis, ou utilis*, n'a plus le même sens que ci-dessus. En effet, la simple comparaison de ces textes démontre suffisamment que les actions dont il s'agit ont une *intentio juris civilis*, et qu'en conséquence elles rentrent dans les actions *in jus*.

Mais pourquoi alors les appeler *in factum*? — Remarquons d'abord que, dans les passages cités, il s'agit de contrats *innommés*, contrats valables

(1) Papinian., L. 1, § 2, de *Præsc. verb. et in fact.*

(2) Gaius, L. 22, *eod.*

(3) Ulpian., L. 15, *eod.* — Conf. Paul., L. 2, § 2, de *Præsc. et sent. recept.*, V, 6, § 10.

(4) Diocl. et Max., L. 33, C., de *Trans.*

(5) Carac., L. 6, C., *eod.*

(6) Diocl. et Max., L. 6, C., de *Rer. per.*

(7) Nerat., L. 6, ff., *Præsc. verb.*

d'après le droit civil, mais qui manquaient de noms propres, et, par conséquent, d'actions spéciales. — Ceci posé, nous répondrons que les actions dont il s'agit étaient *in factum*, mais seulement sous le rapport de la *demonstratio*; en ce sens, qu'au lieu de désigner le contrat par son nom, comme on aurait désigné un dépôt, une vente ou tout autre contrat nommé, on employait une périphrase pour exposer en tête de l'action, c'est-à-dire dans la *demonstratio*, les circonstances créatrices du contrat innommé; mais l'*intentio* n'en était pas moins *juris civilis*, et la formule *concepta in jus*; telle est du moins l'explication que donnent de ce point difficile MM. Zimmern, Heffter et Du Caurroy.

L'action *præscriptis verbis* se donnait aussi toutes les fois que le nom d'un contrat, ou celui de l'action qui devait en résulter, étant l'objet d'un doute, on reconnaissait néanmoins qu'il était juste d'accorder une action. — Ce nouveau genre d'actions, introduit par Labéon, fut généralement adopté par les Proculétiens; les Sabinien préfèrent donner l'action *utile* du contrat le plus voisin (1).

Au reste, il ne faut pas confondre avec les actions *præscriptis verbis* les anciennes *præscriptio-nes* dont nous avons déjà expliqué la forme, le but et la nature (§ 185 à 188), et sur lesquelles

(1) Ulpian., L. 1, pr., et § 1; — Cels., L. 2; — Nerat. L. 6, ff., de *Præscrip. verb.* — Diocl. et Max., L. 6, C., de *Rer. perm.*

nous reviendrons encore dans le chapitre V de ce livre.

§ 272. — Quel peut être le sens de cette division dans le droit de Justinien.

Il est évident que les théories fondées sur la distinction des actions *in jus* et *in factum* durent tomber avec l'ancienne organisation judiciaire. (Voy. §§ 240 et 241.) Comme cette distinction tenait essentiellement au libellé de la formule, elle n'eut plus aucun sens du moment où, les formules étant supprimées, les plaideurs portèrent directement leurs demandes devant un magistrat chargé de prononcer à la fois sur le fait et sur le droit (1).

CINQUIÈME DIVISION.

Actions réelles. — Actions personnelles. — Actions mixtes.

§ 273. — Nature de cette division.

De toutes les divisions d'actions, celle-ci est de beaucoup la plus importante; aussi Gaius et Justinien la présentent-ils comme la division fondamentale, la division par excellence : *summa actionum divisio* (2). Si nous nous sommes écarté de leur exemple, en ne la donnant pas la première, c'est qu'il nous a paru que la connaissance de

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

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 4. — § 1, *Inst.*, de *Actionib.*