

rem quam in personam présentent effectivement le sens que nous venons d'indiquer (1). Mais cette explication a dû être abandonnée : en effet, les seules actions auxquelles puisse s'appliquer l'ensemble du paragraphe 20, sont les trois actions divisoires, *familiæ eriscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum* ; or, ces trois actions sont *in personam* (2).

D'autres ont cru trouver l'explication de ce passage dans un texte d'Ulpien, inséré au *Digeste*, et qui est ainsi conçu : « *Mixtæ* actiones in quibus « *uterque actor est, ut puta finium regundorum, « familiæ eriscundæ, communi dividundo, inter- « dictum uti possidetis, utrubi* » (3). Dans ce système, le mot *mixte* présenterait le même sens que le mot *double* dont Gaius se sert pour caractériser les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, en les considérant du même point de vue qu'Ulpien (4). Pour concevoir ce double rôle, il suffit de se rappeler que, d'après la conception ordinaire des formules, la condamnation ne peut, en général, tomber que sur le défendeur ; tout le risque que court le demandeur est de voir absoudre son adversaire : Si

(1) §§ 31 et 3, Instit., de Actionib. — Pr., de Perpet. et temporal.

(2) §§ 3 et 4, Instit., de Obligat. quasi ex contr. — Paul., L. 1, ff., Finium regund. — Justinian., L. 1, § 1, C., de Ann. except.

(3) Ulpian., L. 37, § 1, ff., de Oblig. et actionib.

(4) Gaius, Comm. IV, §§ 158, 159, 160.

PARET... N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE... Par exception à la règle, dans les trois actions divisoires, la condamnation peut tomber aussi bien sur le demandeur que sur le défendeur ; car si, usant du pouvoir que lui confère l'*adjudicatio* de la formule (1), le juge, pour éviter un morcellement nuisible, adjuge à l'une des parties la totalité de la chose indivise, il doit, en même temps, pour rétablir l'égalité, condamner cette partie à payer une soulte à l'autre (2). Cette explication est vraie, sans doute ; et le double rôle que joue chacune des parties dans les actions divisoires est incontestable ; mais cela n'explique nullement pourquoi on dit de ces actions qu'elles sont *in rem* et *in personam* : il faut donc chercher ailleurs.

Dans ses Institutes expliquées, M. Du Caurroy, désespérant sans doute d'expliquer la difficulté, s'efforce de la supprimer ; il ne dénoue pas le nœud gardien, il le tranche. A cet effet, cet auteur prétend que, dans le passage en discussion, les expressions *in rem* et *in personam* ne doivent pas être prises dans le sens technique qu'elles comportent habituellement : elles signifieraient seulement que dans les actions divisoires le juge a un double pouvoir, pouvoir sur les choses pour

(1) Voyez tome I^{er}, § 175 et les trois paragraphes suivants.

(2) § 20, Instit., de Actionib. — §§ 4, 5, 6, 7, 8, ibid., de Offic. judic.

les adjuger (*in rem, in res*), pouvoir sur les personnes (*in personam, in personas*) pour les condamner à payer des soultes (1). — Cette manière de sortir d'embarras, qui avait déjà été indiquée par Pothier (2), rentre, sous plusieurs rapports, dans l'explication précédente, et, quoique elle repose sur une donnée exacte, néanmoins elle ne nous semble pas admissible. En premier lieu, si cette manière de voir était vraie, ce ne serait pas seulement les trois actions divisaires qui seraient *mixtes*, mais aussi toutes les actions *in rem*, et notamment la *pétition d'hérédité* (3) : or, le § 20, aux *Institutes, de Actionibus*, semble bien ne reconnaître qu'aux trois actions divisaires le caractère d'actions *mixtes*, quel que soit d'ailleurs le sens qu'il faille attacher à cette dénomination. En second lieu, quand on rapproche sans préoccupation le § 20 de la loi première, au *Digeste, finium regundorum*, où il est dit : « *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei*

(1) Ulpian., L. 22, § 4, ff., *Famil. ercisc.* — L. 4, § 3, ff., *Comm. divid.*

(2) Pothier, *ad Pandect.* : lib. X, tit. 2, n° XIX.

(3) Ulpian., L. 25, § 18, ff., *de Her. pet.* : « *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales, ut puta eorum quæ a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.* » — Il faut rapprocher ce texte de cet autre qui est également d'Ulpian., L. 22, § 4, *Famil. ercisc.* : « *Familie erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus quæ sunt personales actiones.* »

« *sit,* » on demeure convaincu que les mots *in rem* et *in personam* du § 20 doivent bien être pris dans leur sens technique ; et qu'ainsi, à tort ou à raison, les Romains avaient cru apercevoir, dans les trois actions divisaires, un mélange d'action réelle et d'action personnelle.

Mais comment de si habiles analystes avaient-ils pu croire à la coexistence, dans une même action, de deux caractères dont l'incompatibilité est si bien démontrée ? Je ne puis admettre qu'ils aient jamais pensé qu'une même action contient ces deux caractères sous le même point de vue ; mais n'est-il pas possible qu'ils aient voulu dire qu'une même action pouvait les réunir, en la considérant sous deux points de vue différents ? Le sens du § 20, expliqué par la L. 1, *finium regundorum*, nous paraît être celui-ci : certaines actions ont une nature mixte, en ce sens que, quoique leur *intentio* soit conçue *in personam*, elles conduisent ou peuvent conduire au même résultat qu'une action *in rem*, c'est-à-dire à une déclaration de propriété au profit du demandeur. C'est ainsi qu'en sens inverse, la *pétition d'hérédité*, qui est incontestablement une action réelle, conduit néanmoins fort souvent aux mêmes résultats que ceux que l'on eût obtenus par une action personnelle (1).

Au surplus, on ne doit pas s'étonner que les trois actions divisaires eussent un caractère par-

(1) Ulpian., L. 25, § 18, ff., *de Her. pet.*, et, ci-dessus, page 139, note 1.

ticulier. Ces trois actions étaient les seules dont la formule contient la partie appelée *adjudication* (§ 175); et il serait vraiment bien extraordinaire que l'introduction dans la formule d'un élément si important eût pu avoir lieu, sans qu'il en résultât pour ces trois actions une physionomie et une nature à part. Ce résultat n'avait pu manquer de frapper les jurisconsultes romains; et ils s'efforcent d'en rendre compte à l'aide d'expressions déjà consacrées (*in rem, in personam*), qui peut-être n'ont pu rendre complètement leur idée.

§ 293. — Suite des actions mixtes : — I. Action FINIUM
REGUNDORUM.

On a déjà parlé de la procédure particulière aux procès ayant pour objet la délimitation des fonds ruraux. On a vu que, d'après la loi des XII Tables, les controverses relatives aux *finēs*, ou espace de cinq pieds de large qui, d'après la loi Mamilia, devait être laissé entre les champs voisins, étaient renvoyées devant trois arbitres qui se faisaient assister d'*agri mensores* (§ 239). Sous la procédure formulaire, l'action en bornage se porte devant un seul juge, qui se fait également assister d'*agri mensores*.

Cette action embrassait deux objets principaux, le règlement des limites et des condamnations pécuniaires.

Le juge devait d'abord chercher à reconnaître les limites, par l'inspection des anciens monuments,

le rapport des *agri mensores* et les registres publics du cens; il pouvait aussi ordonner des arpentages, afin de s'assurer de la contenance respective des deux fonds (1). La limite une fois reconnue, le juge ordonnait la restitution du terrain usurpé, ainsi que la destruction des plantations ou constructions qui empiétaient sur la limite. Le refus d'obéir entraînait contre le récalcitrant une condamnation pécuniaire (2). La condamnation comprenait aussi les dommages-intérêts en raison des délits que l'un des voisins aurait commis au sujet des limites, soit en les déplaçant, soit en les faisant disparaître (3).

Quand la limite réelle paraissait au juge trop difficile à reconnaître ou à conserver, il entraînait dans ses pouvoirs d'y substituer une limite nouvelle, en adjugeant à chacun des voisins la propriété des portions de terre que la limite nouvelle enlevait à l'autre; sauf à condamner celui qui recevait ainsi plus de terre qu'il n'en perdait à payer à l'autre une soulte en argent (4).

(1) Ulpian., L. 8, § 1; Papinian., L. 11; Paul., L. 12, ff., *Finium regund.*

(2) Paul., L. 4, § 3; Modest., L. 7; Ulpian., L. 8, ff., *Finium regund.* — Sous ce rapport, l'action *finium regundorum* rentrait dans la classe des actions arbitraires dont nous parlons ci-après, § 303.

(3) Paul., L. 4, § 4, ff., *Finium regund.* — Il y avait, en outre, contre le déplacement frauduleux des bornes, une action populaire et des peines publiques : voir, au Digeste, le titre de *Termino moto*, et ci-devant, page 5, à la note.

(4) § 6, Institut., de *Offic. judic.* — Ulpian., L. 2, § 1; Gaius,

Régulièrement, l'action en bornage n'appartient qu'au propriétaire; mais on l'accordait utilement à l'usufruitier, à l'emphytéote et au créancier gagiste (1).

L'action *finium regundorum* était autrefois imprescriptible. Depuis la constitution de Théodose qui réduisit à 30 ans la durée de toutes les actions qui auparavant avaient une durée indéfinie, on distingua par rapport à l'action *finium regundorum*. Cette action est-elle employée comme moyen de recouvrer les parties de terrain usurpées par le voisin, elle se prescrit par 30 ans, comme la revendication dont elle tient alors la place. Est-elle, au contraire, employée dans le seul but de faire cesser la confusion des limites, elle est imprescriptible: il serait en effet absurde qu'un laps de temps quelconque pût obliger deux voisins à vivre dans l'espèce d'indivision qui naît de l'absence de limites (2).

§ 294. — Suite des actions mixtes: — II. ACTION *FAMILIÆ ERISCUNDÆ*.

I. L'action en partage d'hérédité (*familiæ eriscundæ*) ne doit pas être confondue avec la pétition d'une quote-part d'hérédité. La pétition d'hérédité

L. 3, ff., *Finium regund.* — Dans notre droit français, les juges sont loin d'avoir un tel pouvoir.

(1) Paul., L. 4, § 9, ff., *Finium regund.*

(2) Les textes à cet égard sont très-obscurs: voy. Vin-
nius, *Select. quæst.*, I, 34.

est une action réelle qui a pour but de faire reconnaître au demandeur la qualité d'héritier qu'on lui conteste; l'action *familiæ eriscundæ* est, au contraire, une action personnelle, *quasi ex contractu*, qui suppose que la qualité d'héritier est reconnue au demandeur. Si le défendeur à l'action entend contester au demandeur la qualité d'héritier, il peut le repousser par l'exception *si in ea re, de qua agitur, præjudicium hæreditati non fiat*; sauf au demandeur à faire reconnaître sa qualité par une action en pétition d'hérédité (1). Toutefois, si le demandeur possède la part d'hérédité à l'occasion de laquelle il demande le partage, comme il ne peut, en ce cas, agir par pétition d'hérédité, puisqu'il possède, le juge, saisi de l'action *familiæ eriscundæ*, connaîtra incidemment de la question concernant la qualité d'héritier (2).

II. L'action *familiæ eriscundæ* comprend deux chefs principaux, des prestations personnelles et une adjudication de propriété (3).

Les prestations personnelles se réfèrent: 1° au paiement des soultes auxquelles doit être condamné celui à qui est adjugé un lot supérieur en valeur à sa part héréditaire; 2° à l'obligation réciproque qu'ont tous les héritiers de se tenir compte

(1-2) Gaius, L. 1, § 1, ff., *Famil. erisc.* — Cf. Julian., L. 51, § 1, *eod.*

(3) Ulpian., L. 22, § 4, ff., *Famil. erisc.*: «*Familiæ eriscundæ judicium ex duobus constat, id est, rebus atque præstationibus quæ sunt personales actiones.*»

des profits et des pertes qui ont pu résulter pour eux de la possession ou de la gestion de tout ou partie de la succession indivise. Chaque héritier est tenu de donner à la gestion de l'hérédité les mêmes soins qu'il donne à ses propres affaires (1).

L'adjudication comprend la composition des lots et leur attribution aux divers héritiers : par là, chaque héritier se trouve échanger un droit de propriété indivise dans le tout, contre un droit de propriété privative sur une partie déterminée.

Pour la composition des lots, le juge jouissait d'un pouvoir très-étendu : il pouvait adjuger à chacun un objet entier, ou bien une portion déterminée dans chacun des objets héréditaires (2); adjuger à l'un la nue propriété, à l'autre l'usufruit (3); et même, si la division paraissait impossible ou trop difficile, adjuger le tout à un seul des co-partageants; sauf à condamner celui qui obtient un lot d'une valeur supérieure à sa part héréditaire à payer une soulte aux autres (4).

(1) Pour les détails, voir les *Pandectes* de Pothier, liv. X, tit. 2, 3^e partie, section 2.

(2) Ulpian., L. 22, §§ 1, 2 et 3; Julian., L. 52, § 2, ff., *Famil. ercisc.*

(3) Ulpian., L. 16, § 1, ff., *Famil. ercisc.* — Idem, L. 6, § 10, *Comm. divid.* — Javolen., L. 18, *cod. tit.* — Chez nous, le juge ne pourrait imposer aux parties un tel mode de partage.

(4) § 5, *Instit., de Offic. judic.* — Quand, chez nous, la chose indivisée est reconnue impartageable, le juge doit en ordonner la licitation (C. C., art. 827). Au reste, les Ro-

III. L'action en partage ne porte que sur la division des corps héréditaires : les créances (*nomina*) et les dettes (*res alienum*) n'exigent aucun partage; car une disposition de la loi des XII Tables les divisait de plein droit entre tous les cohéritiers en proportion des parts héréditaires (1).

IV. L'adjudication des lots n'avait pas à Rome d'effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession; chaque héritier n'était réputé propriétaire des objets compris dans son lot que du jour de l'adjudication; en conséquence, l'hypothèque consentie avant le partage, par l'un des cohéritiers sur sa part indivise, continue à subsister, après partage, moitié sur son lot et moitié sur celui de son cohéritier (2). — Notre Code civil n'a pas suivi en ce point le droit romain : d'après l'article 882, chaque héritier est réputé avoir succédé seul et immédiatement à tous les objets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation. Cette ingénieuse fiction prévient bien des difficultés et des complications.

V. L'action *familiæ erciscundæ* ne peut, en général, être exercée qu'une seule fois, entre mêmes personnes, relativement à une même hérédité : si donc, lors d'un premier partage, quelques objets

maïns connaissaient aussi la licitation; mais elle n'avait pas les mêmes caractères que chez nous : Cf. Alexand., L. 3, C., *Comm. divid.*

(1) Ulpian., L. 2, § 5; Gaius, L. 3, ff., *Famil. ercisc.* — Gordian., L. 6, C., *cod. tit.*

(2) Ulpian., L. 6, § 8, ff., *Comm. divid.*

héréditaires ont été omis, les cohéritiers ne peuvent plus agir à cet égard que par l'action *communi dividundo* (1).

§ 295. — Suite des actions mixtes. — III. Action COMMUNI DIVIDUNDO.

I. L'action *familix eriscundæ* est spéciale à l'indivision d'hérédité; l'action *communi dividundo* est générale, et se donne dans tous les cas où, par une cause quelconque, une chose se trouve appartenir en commun à plusieurs; soit que cette communauté soit volontaire et résulte d'une société, soit qu'elle soit involontaire et accidentelle, comme cela arrive quand une même chose a été léguée à plusieurs, ou lorsqu'il s'établit confusion entre des choses appartenant à divers propriétaires (2).

Au surplus, la forme et les effets de l'action *communi dividundo* sont, presque en tout, les mêmes que dans l'action *familix eriscundæ* (3).

II. L'action *communi dividundo* n'appartient régulièrement qu'à ceux qui sont copropriétaires; mais elle se donne utilement à l'emphytéote, à l'usufruitier, au créancier gagiste (4).

(1) Ulpian., L. 20, § 4, ff., *Famil. erisc.* — Cf. Paul., L. 44, § 2, *eod.*; Diocl. et Max., L. 17, C., *eod. tit.*

(2) Paul., L. 1; Gaius, L. 2; Paul., L. 8, § 1, ff., *Comm. divid.* — §§ 27 et 28, *Instit., de Rer. divis.*

(3) § 5, *Instit., de Offic. judic.*

(4) Ulpian., L. 7. pr., §§ 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8., 9 et 11, ff., *Comm. divid.*

SIXIÈME DIVISION.

Actions préjudicielles (*præjudicia*).

§ 296. — Caractères généraux des *præjudicia*.

Les actions préjudicielles se distinguent de toutes les autres, par ce caractère remarquable que leur formule se compose uniquement d'une *intentio*, sans *condemnatio* (§§ 180 et 189, 4^o). C'est qu'en effet, dans les actions préjudicielles, le demandeur se propose seulement de faire constater judiciairement une qualité ou un fait, sans prétendre en tirer, au moins pour le moment, la conséquence d'aucune prestation à la charge du défendeur: soit que cette constatation soit de nature à procurer par elle-même un avantage suffisant; soit que le demandeur ait en vue d'utiliser ultérieurement cette constatation, pour intenter une action proprement dite, but qu'il n'est point tenu de faire connaître (1).

Justinien fait remarquer que les actions préjudicielles avaient beaucoup de ressemblance avec les actions réelles: «*Præjudiciales actiones in rem esse videntur*» (2). Cette assimilation est

(1) Ulpian., L. 6, ff., *Si ingen.* — Cf. Aurel. Victor, *Arts rhet.*, II, § 5.

(2) § 13, *Instit., de Actionib.* — Ulpian (L. 35, § 2, ff., *de*