

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<sup>o</sup>). 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*

exacte sous plusieurs rapports. Il est certain d'abord que, dans le *præjudicium* comme dans l'action réelle, le demandeur ne présente point le défendeur comme étant *obligé*; l'*intentio* est donc, dans l'un et l'autre cas, conçue en termes absolus. En second lieu, on a la preuve que plusieurs demandes, qui primitivement étaient présentées sous la forme d'une action proprement dite, sont devenues dans la suite de simples *præjudicia*: telle est notamment la demande tendant à faire reconnaître la qualité d'homme libre, sur laquelle nous reviendrons dans le § suivant. Enfin la plupart des actions préjudicielles se rapportent à des questions d'état: or, bien que les jurisconsultes romains, en traitant de la division des droits en *jura in rem* et *jura in re*, ne s'occupent jamais que des droits qui se rapportent au patrimoine, il n'en est pas moins vrai qu'au fond les qualités qui constituent l'état des personnes sont de véritables droits absolus, *adversus omnes*, et par conséquent des droits réels, dans l'acception la plus large de ce mot: il n'est donc pas étonnant que l'*intentio* de ces formules fût conçue en termes absolus comme celle des actions *in rem*.

Cette formule, dont les textes ne nous ont pas conservé un seul exemple, était vraisemblablement conçue ainsi: JUDEX ESTO: PRÆJUDICIUM FIAT (ou peut être: PRÆJUDICIO QUÆRITO) AN DIO, ÈROTIS

*Procurat.*, et L. 37, de *Obl. et act.*) place les *præjudicia* en dehors des actions soit réelles soit personnelles.

FILIUS, LUCII SEII LIBERTUS SIT; ou plus simplement encore: JUDEX ESTO: AN DIO, ÈROTIS FILIUS, LUCII SEII LIBERTUS SIT, QUÆRITO (1).

§ 297. — Espèces principales d'actions préjudicielles et notamment du *liberale judicium*.

Sur la foi de l'énumération incomplète donnée par Justinien, on croyait autrefois que toutes les actions préjudicielles avaient pour objet de faire décider des questions d'état (2). Gaius a rectifié cette opinion, en nous apprenant qu'il y avait des *præjudicia* parfaitement étrangers à l'état des personnes: le *præjudicium quanta sit dos* (3), et celui tendant à faire vérifier si des *sponsors* ou des *fidepromissores* ont été avertis comme le veut la loi (4). Au reste, on aurait dû le soupçonner bien auparavant; car on trouvait des traces d'autres *præjudicia* de même espèce dans des sources déjà anciennement connues: ainsi, au Digeste, il est question du *præjudicium: An bona jure venierint* (5); et, dans les Sentences de Paul, de celui:

(1) Arg. Gaius, *Comm.* III, § 123; Paul., *Sent. recept.*, V, 9, § 1. — Voy. Heffter, in *Gaii Comm. observat.*, p. 60. — On trouve dans les textes les expressions *præjudicio experiri*, *præjudicio postulare*: Papir., L. 30, ff., de *Reb. auct. judic.* — Ulpian., L. 35, § 2, ff., de *Procurat.*

(2) § 13, *Instit.*, de *Actionib.*

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 44.

(4) Gaius, *Comm.* III, § 123.

(5) Papir. Just., L. 30, ff., de *Reb. auct. judic.*

*An res sestertiorum centum millia major sit* (1). Il est hors de doute qu'il devait y avoir une foule d'autres cas dans lesquels le prêteur accordait ainsi des actions préjudicielles.

Disons maintenant quelques mots des principales actions préjudicielles.

I. *Liberaie iudicium*. — Les procès relatifs à la liberté pouvaient se présenter sous une double forme : ou bien on revendiquait comme esclave une personne ayant la possession d'état de liberté (*vindicatio in servitatem*) : le procès de Virginie nous en offre un exemple mémorable; ou bien, au contraire, on voulait faire déclarer libre un individu qui, de fait, se trouvait en esclavage (*vindicatio in libertatem*) (2).

Dans la procédure des actions de la loi, l'un et l'autre procès touchant la liberté se jugeaient dans la forme ordinaire des revendications mobilières : il y avait *vindicatio* et contre-*vindicatio*, imposition de vindicte, *manuum consortio*, etc. (§ 147). Le magistrat réglait ensuite le possessoire, c'est-à-dire, déterminait celle des parties qui avait à faire la preuve soit de la liberté, soit de la servitude; mais, quelle que fût sa décision à cet égard, l'individu dont l'état était en question jouissait, pendant le litige, de la liberté de fait (3). Dans l'un et l'autre cas, aussi, celui dont la liberté était

(1) Paul., *Sent. recept.*, V, 9, § 1.

(2) Ulpian., L. 7, § 5, ff., *de Liberal. caus.*

(3) Tit. Liv., III, 44 et 45.

contestée ne pouvait figurer dans le procès comme partie : il fallait que sa cause fût soutenue par un citoyen qui se portait champion de la liberté (*assertor libertatis*) et qui soutenait le procès à ses risques et périls (1).

Sous le régime formulaire, la *vindicatio in servitatem* continua à être considérée comme une action ordinaire, qui se poursuivait soit *per sponsionem*, soit *per formulam petitoriam* (2); mais la *vindicatio in libertatem* cessa d'être une revendication ordinaire (avec *condemnatio*) pour devenir une action préjudicielle (sans *condemnatio*) (3). — Le possessoire ne se réglait pas au moyen d'interdits, comme dans les actions ordinaires : le magistrat décidait lui-même laquelle des parties jouerait soit le rôle

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 14. — Paul., *Sent. recept.*, V, 1, § 5. — Martial., *Epigr.* 1, 53. — Justinien présente l'*assertor libertatis* comme également indispensable aussi bien dans la *vindicatio in servitatem* que dans la *vindicatio in libertatem* (L. 1, C., *de Assert. toll.*) : j'ai quelque peine à croire qu'il en fût ainsi; car que serait-il arrivé si un homme libre, revendiqué comme esclave, n'eût trouvé personne qui voulût prendre sa défense?

(2) Ulpian., L. 8, et L. 12, § 5, ff., *de Liberal. caus.*

(3) Zimmern pense que cette transformation ne s'opéra que dans les derniers temps de la jurisprudence classique; il s'appuie sur cette circonstance que Gaius, en énumérant les *præjudicia* (*Comm.* IV, § 44), ne fait point mention du litige sur la liberté, qu'il aurait dû cependant mettre en première ligne, si de son temps un tel litige eût déjà fait l'objet d'un *præjudicium* (trad. d'Étienne, § 65, note 8).

de demandeur, soit le rôle de défendeur (1). On avait, au surplus, conservé les anciens principes touchant la nécessité de l'*assertor* (2) et la liberté provisoire, pendant le litige, de celui dont l'état civil était en question (3). — La sentence rendue entre l'*assertor* et celui qui contestait la liberté avait la force de la chose jugée, quand elle proclamait la liberté; dans le cas contraire, celui qui avait été déclaré esclave pouvait encore se prétendre libre et faire juger, jusqu'à trois fois, la question de sa liberté (4).

Justinien supprime la nécessité de l'*assertor libertatis*, et permet à celui dont la liberté est contestée d'intenter l'action ou d'y défendre, soit par lui-même, soit par procureur; mais il veut, en même temps, que la sentence qui interviendra, alors même qu'elle prononcerait contre la liberté,

(1) Ulpian., L. 7, § ult., ff., de *Liberal. caus.* : « Si quis ex « servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet; si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes « actoris sustinet qui servum suum dicit. Igitur, cum de « hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, « ante apud eum qui de libertate cogniturus est, disceptatur utrum ex libertate in servitutem, aut contra agatur. »

(2) Aux autorités citées page 214, note 2, joignez Constantin., L. 1, 2, 3 et 4; C. Theod., de *Liberal. caus.*

(3) Et cette liberté, quoique provisoire et de fait, avait des effets fort importants : Paul., L. 24; Gaius, L. 25; Arr. Menand., L. 29, ff., de *Liberal. caus.* — Cf. Alexand., L. 1, C., *Qui dar. tut.*

(4) Gaius, L. 25, § 1, de *Liberal. caus.* — Martial., *Épigr.*, I, 53.

obtienne du premier coup l'autorité de la chose jugée (1). — Dans le cas où l'individu dont l'état est contesté ne voudrait ou ne pourrait soutenir le procès, ses parents, ses parentes, son épouse ou son patron, pourront intenter l'action, ou y défendre (2).

II. *Præjudicium de libertinitate*. — Cette action préjudicielle était soumise à des règles analogues à celles qui viennent d'être exposées; sauf que l'*assertor* y était évidemment inutile. Le litige se présentait aussi sous une double forme, suivant qu'il s'agissait de faire déclarer affranchi une personne ayant la possession d'état d'ingénu; ou réciproquement, ingénu celui qui avait la possession d'état d'affranchi (3).

III. Y avait-il un *præjudicium* pour les contestations relatives à la qualité de citoyen? Ni Gaius ni Justinien n'en font mention; mais l'analogie ne permet pas de douter qu'il n'en fût ainsi (4).

IV. Les trois actions préjudicielles dont il vient d'être parlé ne pouvaient être soulevées après la

(1) Justinian., L. 1, C., de *Assert. toll.*

(2) Ulpian., L. 1, 3 et 5; Gaius, L. 2 et 4, ff., de *Liberal. caus.*

(3) Voyez, au Digeste, les titres : *Si ingenuus esse dicatur*, et de *Collusione detegenda*, lib. XL, tit. 14 et 16.

(4) Térence, *Eunuch.*, IV, 7, vers. 35, fait mention d'une triple question d'état, de *libertate*, de *civitate*, de *familia* :

CH. PRINCIPIO EAM ESSE DICO LIBERAM. — THR. HEM!

CH. CIVEM ATTICAM. — THR. HUI!

CH. MEAM SOROREM. — THR. OS DURUM!

mort de celui dont elles mettaient l'état en question ; à moins que ce ne fût incidemment, et comme une question préalable de laquelle aurait dépendu la décision d'une autre difficulté (1). Même dans cette hypothèse, il n'était pas permis de contester l'état dont le défunt était en possession au moment de sa mort, quand il s'était écoulé cinq ans depuis le décès, si toutefois il s'agissait de lui attribuer une condition inférieure à celle qu'il avait possédée ; car, dans le cas contraire, l'action pouvait être exercée, même après les cinq ans (2).

La règle qui défend de contester l'état du défunt ne s'appliquait pas aux contestations qui, laissant intact l'état politique (liberté, cité, ingénuité), n'auraient porté que sur l'état civil, *stricto sensu* ; par exemple : un tel est-il *sui* ou *alieni juris*? parent ou non parent de telle personne? telle femme est-elle épouse légitime de tel homme? le mari de la femme est-il le père de l'enfant (3)?

(1) Diocl. et Max., L. 13, C., de *Liberal. caus.*

(2) Marcian., L. 1; Hermogen., L. 3; Callistrat., L. 4, ff., *Ne de statu defunct.* — Valer. et Gallien., L. 6, C., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 1, § 1, ff., de *Rei vindicat.* — Antonin., L. 2, C., de *Ord. jud.* — Ulpian., L. 1, § 1; et L. 3, § 4, ff., de *Partu agnose.* — Gordian., L. 5, C., *Ne de statu defunct.*

## SEPTIÈME DIVISION.

Actions *rei persequendæ*, *pœnæ persequendæ* et *mixtæ* (1)

§ 298. — Caractères généraux et espèces.

La division dont nous nous occupons maintenant est tirée (comme en partie les deux précédentes) du but que se propose celui qui intente l'action. Tantôt le demandeur réclame seulement la réparation du préjudice qu'il éprouve, c'est-à-dire, le recouvrement de ce dont il est privé (*rei persequendæ actio*); tantôt il demande que son adversaire soit condamné à une peine (*pœnæ persequendæ actio*), et cette peine n'est point un obstacle à ce qu'il poursuive plus tard, par une action séparée, la réparation du préjudice éprouvé; quelquefois enfin il réclame simultanément l'un et l'autre par une seule et même action (*actio rei et pœnæ persequendarum*). Dans ce dernier cas, l'action est appelée *mixte*, mais dans un tout autre sens que celui qui nous a occupé plus haut, § 292.

I. Actions *rei persequendæ*. — Sont *rei persequendæ* les actions réelles et toutes les actions personnelles naissant des contrats et des quasi-contracts, excepté toutefois l'action de dépôt misérable

(1) § 16, Instit., de *Actionib.*

et l'action *ex testamento* dans le legs *per damnationem* (1).

II. Actions *pœnæ persecundæ*. — Ce sont en général les actions qui naissent des délits, par exemple, l'action *furti manifesti*, qui est donnée au quadruple, et l'action *furti nec manifesti* au double, sans préjudice du droit, que conserve la personne volée, de réclamer ensuite la chose dérobée, soit par revendication, soit par condiction furtive (2).

III. Actions *mixtes*. — Elles sont assez nombreuses, et, pour la plupart, naissent des délits. Nous allons parcourir les principales.

L'action *vi bonorum raptorum* se donne au quadruple; mais comme la valeur de la chose s'y trouve comprise, et qu'une fois le quadruple obtenu, le demandeur n'a plus rien à réclamer, on dit que l'action est mixte, *rem et pœnam continens*. Cependant, au témoignage de Gaius, quelques jurisconsultes avaient regardé cette action comme purement pénale, et, par conséquent, avaient pensé que l'obtention de la peine n'était point un obstacle à ce que le spolié revendiquât la chose par action séparée, comme dans l'action *furti manifesti*; mais leur opinion n'a pas prévalu (3).

L'action de la loi *Aquilia* est mixte dans un double sens: d'un côté, en ce que la condam-

(1) Gaius, *Comm. IV*, § 9.

(2) §§ 14, 18, *Instit., de Act.*; § 19, *de Obl. quæ ex delict.*

(3) Gaius, *Comm. IV*, § 8.

nation croît au double, en cas de dénégation du défendeur; d'un autre côté, lors même qu'elle reste au simple, elle peut être mixte en ce que, au moment où l'esclave a été tué ou blessé, il pouvait n'avoir plus la valeur qu'il avait eue dans la dernière année ou dans les trente derniers jours. D'après cette manière de voir, l'action de la loi *Aquilia*, quand elle est au simple, ne serait donc mixte qu'accidentellement: c'est, au surplus, ce que Justinien donne à entendre par le mot *interdum* (1).

Gaius cite encore comme mixtes les diverses actions qui croissent au double, par exemple, l'action *judicati*, l'action *depensi*, et l'action de testament pour réclamer legs *per damnationem* (2). On pourrait, à ce titre, ajouter à la liste qu'il donne, l'action de dépôt misérable (3); l'action *quod metus*, qui croît au quadruple (4); et sous Justinien, l'action de testament pour les legs faits aux églises (5).

IV. Il est certaines actions qui sont réputées pénales, quoique la peine qu'elles entraînent pour le défendeur n'excède pas le préjudice éprouvé par le demandeur, et qu'elles aient ainsi le caractère d'une action *rei persecundæ*: telles sont l'action *de dolo*, l'action *quod falso tutore*, l'action *si*

(1) § 19, *Instit., de Actionib.*; cf. Ulpian., L. 23, §§ 3, 4, 5, 6, ff., *Ad leg. Aquil.*

(2) Gaius, *Comm. IV*, § 9.

(3) § 17, *Instit., de Actionib.*

(4) § 31, *Instit., eod.*

(5) § 19, *eod.*

*mentor falsam mensuram*. Dans tous ces cas et autres semblables, on peut se demander quel intérêt il y a à déclarer que les actions de cette nature sont pénales? L'intérêt est grand; car les actions pénales ne se donnent pas contre les héritiers du délinquant (1).

### HUITIÈME DIVISION.

Actions au simple, au double, au triple, au quadruple (2).

#### § 299. — Caractères généraux et espèces.

Cette division, qui a de l'analogie avec la précédente, présente, dès l'abord, à résoudre la question suivante : Quel est le terme qui sert d'unité pour fixer le double, le triple, le quadruple?... D'après l'opinion la plus vraisemblable et la plus généralement adoptée, cette division exprime un rapport arithmétique entre l'*intentio* et la *condemnatio*. L'unité, ou point de départ, se trouverait dans l'*intentio*, et cette unité serait précisément le multiplicande dont le produit par deux, par trois ou par quatre doit former le chiffre total de la *condemnatio* à prononcer. Mais ce système n'est

(1) Ulpian., L. 9, § 4; L. 17, § 1, ff., de *Dol. mal.*; L. 9, § 1, ff., *Quod fals. tut.*; L. 3, §§ 5 et 6, *Si mens. fals.* Voy., ci-après, § 305.

(2) § 21-27, *Instit., de Actionib.*

pas, il s'en faut de beaucoup, à l'abri de toute objection, surtout pour les actions qui sont dès l'origine au double ou au quadruple.

I. *Actions au simple*. — L'action est au simple, quand on agit en vertu d'une stipulation, d'un prêt, d'un mandat, d'une vente, d'un louage, etc. (1).

II. *Actions au double*. — Il y en a de deux espèces. Les unes sont toujours au double, telles sont les actions *furti nec manifesti*, *servi corrupti*, *de tigno juncto*. Les autres, données d'abord au simple, croissent au double par la dénégation du défendeur : telles sont l'action *judicati*, l'action *depensi*, l'action de la loi *Aquila*, l'action de dépôt misérable, l'action *ex testamento* pour le legs *per damnationem*, et, sous Justinien, pour le legs fait aux églises (2).

III. *Actions au triple*. — L'ancien droit ne connaissait que deux actions au triple, l'action *furti oblati* et *furti concepti* (3). Ces deux actions étaient tombées en désuétude au temps de Justinien : ce prince en créa une nouvelle contre le demandeur qui, en portant dans la citation (*libellum conventionis*) plus qu'il ne lui est dû, oblige par là le défendeur à payer à l'huissier un salaire trop élevé (4).

IV. *Actions au quadruple*. — Nous ferons à leur égard la même distinction que pour les actions au double. Les unes sont, dès le principe, au quadruple.

(1) § 22, *Instit., de Actionib.*

(2) §§ 22, 26, *Instit., de Actionib.* — Gaius, *Comm.* IV, § 9.

(3) Gaius, *Comm.* III, § 161.

(4) § 24, *Instit., de Actionib.* Voy., ci-dessus, § 243.

ple : telles sont l'action *furti manifesti, vi bonorum raptorum*, l'action *de calumnia*. Au contraire, l'action *quod metus causa* est d'abord au simple, et ne croît au double que par la dénégation du défendeur (1). Justinien a aussi imaginé une action au quadruple contre les huissiers qui exigent au delà du tarif fixé par les constitutions (2).

### NEUVIÈME DIVISION.

Actions de droit strict, de bonne foi et arbitraires.

#### § 300. — Nature de cette neuvième division.

Cette division est tirée de la nature des pouvoirs que la formule confère au juge, tant par rapport aux principes d'après lesquels il doit examiner les prétentions des parties, que relativement à la latitude plus ou moins grande qu'il a de fixer le montant des restitutions ou le chiffre des condamnations. En traitant plus haut des condicions (§§ 291 et 292), nous avons déjà donné sur les actions de droit strict et de bonne foi des notions qui seront complétées dans les §§ suivants.

(1) §§ 25, 27, *Instit., de Actionib.*

(2) Justinian., § 25, *Instit., de Actionib.* — En droit français, toutes les actions sont *au simple* : la loi du 10 vendémiaire an IV nous présente cependant un exemple d'une action qui croît au triple par cela seul que le débiteur n'a pas restitué spontanément, en nature.

Les distinctions qui font l'objet de cette neuvième division ont été conservées, avec presque tous leurs effets, dans le droit de Justinien, notwithstanding la suppression des formules. Ainsi, dans le droit nouveau, le juge, en vertu des seuls pouvoirs de sa charge, juge avec plus ou moins de latitude dans les mêmes cas et de la même manière qu'aurait fait autrefois le juré en exécution des termes de la formule.

Cette division ne peut avoir aucune application dans le droit français : toutes nos actions sont de bonne foi (1). Notre Code ne nous présente guère qu'un seul exemple d'une action analogue aux actions de droit strict, c'est l'action par laquelle la femme, en renonçant à la communauté, veut reprendre son apport (2) : encore n'est-ce là qu'une analogie très-éloignée.

#### § 301. — Actions de droit strict.

L'action *stricti juris* est celle dans laquelle le juge doit, si l'intention est fondée *jure civili*, condamner le défendeur à payer précisément la somme comprise dans cette *intentio*, ou, si cette indication n'est pas dans la formule, l'estimation exacte du litige, sans pouvoir prendre en considération des raisons qui ne seraient pas reconnues par le droit civil. Mais le magistrat peut étendre, à cet

(1) Arg. C. C., art. 1134 et 1135.

(2) C. C., art. 1514.