

d'autres exemples de restitution pour cause d'erreux (1).

§ 359. — VI<sup>e</sup>. Restitution *ob absentiam*.

Cette sixième cause de restitution a lieu, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action pendant son absence, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action par suite de l'impossibilité où il s'est trouvé de l'exercer contre un absent.

Nous avons vu des exemples de l'une et de l'autre restitution pour cause d'absence, en traitant de l'action contre-publicienne (§ 283). Au reste, le texte de l'édit montre suffisamment l'importance de ce sixième chef de restitution : SI CUJUS QUID DE BONIS, CUM METU AUT SINE DOLO MALO REIPUBLICÆ CAUSA ABESSET, INVE VINCULIS, SERVITUTE HOSTIUMQUE POTESTATE ESSET; SIVE CUJUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR; ITEM, SI QUIS QUID USU SUUM FECISSET, AUT, QUOD NON UTENDO AMISIT, CONSEUTUS, ACTIONEVE, QUÆ SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EJUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR, INVE VINCULIS ESSET, SECUMVE AGENDI POTESTATEM NON FACERET, AUT CUM EUM INVITUM IN JUS VOCARI NON LICERET, NEQUE DEFENDERETUR; CUMVE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET; SIVE QUI PRO MAGISTRATU, SINE DOLO

(1) Ulpian., L. 2 et L. 11, ff., de *Except. rei judicat.* — L. 13, § 1, de *Instit. act.* — L. 2, § 8, de *Interrogat. in jure* — L. 1, § 18, de *Repl.*

IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR, EARUM RERUM ACTIONEM INTRA ANNUM QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT (1).

## CHAPITRE SIXIÈME.

### STIPULATIONS PRÉTORIENNES.

§ 360. — Des stipulations prétoriennes en général.  
(*Stipulationes cautionales.*)

Les moyens de droit connus sous le nom de stipulations prétoriennes, différaient, et par le fond et par la forme, de tous ceux dont il a été question dans les chapitres précédents. Ils en différaient par le fond, en ce que les stipulations prétoriennes n'avaient pas pour objet d'obtenir la réparation d'une atteinte déjà consommée contre nos droits ou nos intérêts; elles étaient bien plutôt des moyens de prévenir une telle atteinte dans l'avenir, en exigeant d'avance des garanties contre certaines éventualités. En considérant donc les actions proprement dites comme des moyens *répressifs*, les stipulations prétoriennes seraient des moyens *préventifs* (2). Ils en différaient quant à

(1) Ulpian., L. 1, § 1, *Ex quib. caus. maj.*

(2) Certaines *præscriptiones* peuvent être aussi considérées comme présentant un caractère préventif; mais le but est atteint par des moyens tout différents.

la forme, en ce que, bien que le magistrat intervint pour obliger l'une des parties à donner à l'autre certaines garanties, l'avantage que se proposait le demandeur résultait bien plus immédiatement de la convention privée, que de l'autorité même du magistrat; puisqu'en définitive, une promesse faite spontanément, et en dehors de la présence du magistrat, aurait procuré exactement les mêmes avantages.

Les stipulations prétorienes proprement dites ou *cautionales*, les seules dont il soit question ici, ne doivent être confondues ni avec les stipulations *judiciales*, ni avec les stipulations *communes*, qui intervenaient entre plaideurs pour assurer soit la continuation de l'instance, par exemple, la *cautio in judicio sistendi*, soit l'exécution du jugement, par exemple, la *cautio judicatum solvi* (1).

Quoique très-différentes des actions proprement dites, les stipulations *cautionales* étaient cependant considérées comme tenant lieu d'actions (*instar actionis habent*); à tel point que lorsqu'une partie s'adressait au magistrat pour obtenir une stipulation de cette nature, on pouvait lui opposer la compensation, aussi bien qu'on aurait pu le faire plus tard à l'action née de cette stipulation (2).

La garantie que l'on se procurait au moyen des stipulations prétorienes résultait tantôt de la sim-

(1) Voy., aux Institutes, le titre de *Divis. stipul.* — Ulpian., L. 1, pr., ff., de *Stipul. prætor.*

(2) Ulpian., d. L. 1, § 2 *eod. tit.*; et L. 10, § 3, ff., de *Compens.*

ple promesse de l'autre partie (*cautio*), laquelle fait naître l'action *ex stipulatu*; tantôt de l'intervention d'un fidéjusseur (*satisdatio*) (1).

Pour n'avoir point à prouver plus tard le *quantum interest*, il était d'usage de stipuler une peine pour le cas où le défendeur ne tiendrait pas la promesse formant l'objet direct de la stipulation prétorienne (2).

Notre législation ne connaît pas plus en matière civile qu'en matière criminelle les moyens préventifs, qui pourtant présenteraient de si notables avantages pratiques: on les a sans doute jugés peu compatibles avec la liberté. Il y avait au surplus, à Rome, pour justifier l'emploi de ces moyens préventifs, une raison qui n'existe pas chez nous. D'après notre Code civil, chacun répond et du dommage qu'il a causé par sa faute, sa négligence ou son imprudence, et de celui qui a été occasionné par les personnes dont il répond, et par les choses qu'il a sous sa garde (3). Celui qui éprouve un dommage, trouvant donc toujours dans ces principes un titre légitime de poursuite pour obtenir réparation, n'a pas besoin de se créer, en quelque sorte artificiellement, une action que le droit commun lui promet d'une manière si complète et si absolue. Les Romains n'avaient pas même

(1) Ulpian., d. L. 1, § 5, 6, 7 et 8; et L. 7, ff., *eod. tit.*

(2) Venul., L. 11, et Paul. L. 6, ff., *eod. tit.*

(3) Code civil, art. 1382, 1383 et 1384.

eu l'idée de ces larges principes en matière de responsabilité; loin de là, ils tenaient pour maxime que nul ne peut être obligé à raison du dommage causé par les choses qui lui appartiennent, *au delà de la valeur de ces mêmes choses* (1): le propriétaire, dont la chose avait causé quelque dommage, pouvait donc, presque toujours, se soustraire à toutes les réclamations de la personne lésée, en abandonnant l'objet qui avait causé le dégât.

C'est pour prévenir un résultat si contraire à l'équité, que les Préteurs avaient imaginé de contraindre celui dont la chose pouvait causer quelque dommage, à *promettre* indemnité à la personne menacée, si le dommage que celle-ci redoutait venait à se réaliser. Cette promesse, qui, chez nous, n'ajouterait rien au titre légal d'action écrit dans les articles 1382 et suivants de notre Code, procurait au contraire au Romain menacé dans ses intérêts une action qui, sans cette précaution, lui aurait complètement manqué, ou à la place de laquelle il n'aurait eu que des moyens moins efficaces d'obtenir réparation.

(1) Ulpian., L. 7, § 1, ff., *Damn. infect.*: «... quum enim animalia, quæ noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxæ ea dedamus: multo magis ea, quæ anima carent, ultra nos non deberent onerare; præsertim cum res quidem animales, quæ damnum dederint, ipsæ extent, ædes autem, si ruina sua damnum dederunt desiderint extare.» — Cf. *d. L. 7, § 2.* — Voy. ci-dessus § 306 et 308.

Ces réflexions, quoique plus directement applicables à la *cautio damni infecti*, le sont aussi, sous plusieurs rapports, aux autres stipulations prétorienes.

§ 361. — 1<sup>o</sup> *Cautio damni infecti.*

Cette stipulation est traitée avec de grands développements dans un titre spécial du Digeste; on présentera seulement ici les traits les plus saillants.

I. Cette stipulation ne pouvait être exigée qu'à raison d'un dommage futur (*infectum, non adhuc factum*), et non à raison d'un dommage déjà arrivé (1).

Elle avait lieu toutes les fois que, par vétusté ou vice de construction, un édifice menaçait ruine, et devenait ainsi, pour les voisins, une cause de péril imminent (2).

Elle pouvait être demandée par le propriétaire de l'héritage menacé, ou par tous ceux qui avaient intérêt à sa conservation, contre tout propriétaire ou possesseur de l'édifice menaçant ruine (3).

Il faut s'adresser, pour l'obtenir, aux magistrats supérieurs, qui peuvent cependant, à raison de

(1) Ulpian., L. 7, § 1 et 2; Gaius, L. 8; Afric., L. 44, ff., *Damn. infect.*

(2) Gaius, L. 19, § 1; Ulpian., L. 15, § 3 et 8; L. 24, § 2, *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 13, § 1 et 9; L. 11; Paul., L. 5, L. 18 et L. 38, ff., *eod. tit.* — Ulpian., L. 13, § 2; Pompon., L. 39, § 1; Paul., L. 9, § 5, L. 10 et L. 22, ff., *eod. tit.*

l'urgence, déléguer leurs pouvoirs aux simples magistrats municipaux (1).

II. Celui qui demandait la caution *damni infecti* devait, au préalable, jurer qu'il n'agissait point par esprit de chicane (*de calumnia jurare*) (2).

On examinait ensuite si le demandeur n'avait aucun autre moyen juridique de se garantir du dommage (3), et s'il n'avait aucune faute à s'imputer à raison du péril redouté (4).

Le magistrat ordonnait ensuite au défendeur de promettre indemnité au demandeur, pour le cas où le danger redouté viendrait à se réaliser : cette garantie était tantôt une simple promesse, tantôt une satisfaction (5). La stipulation avait toujours lieu à terme; car il eût été trop rigoureux d'exiger du défendeur un engagement indéfini; mais, le terme expiré, on pouvait renouveler la demande (6). — Du reste, le magistrat jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour la fixation tant de ce terme que des autres conditions de la stipulation (7).

III. Si le défendeur refusait de répondre à la

(1) Ulpian., L. 1 et L. 4, § 3, ff., *Damn. infect.*

(2) Ulpian., L. 13, § 3, 12, 13 et 14, ff., *cod. tit.*

(3) Gaius, L. 32; Pompon., L. 39, pr.; Ulpian., L. 40, § 1; Alfen., L. 43, § 1 et 2, ff., *cod. tit.*

(4) Ulpian., L. 13, § 7, ff., *cod. tit.*

(5) Ulpian., L. 13, § 1; L. 30; Paul., L. 31, § 1, ff., *cod. tit.*

(6-7) Ulpian., L. 13, § 15; Paul., L. 14; Ulpian., L. 4 et L. 15, ff., *cod. tit.*

stipulation du demandeur, le Préteur envoyait celui-ci en possession de l'édifice menaçant ruine : c'est la mission *ex primo decreto*, laquelle ne confère au demandeur qu'une simple détention, et non la possession civile, qui continue d'appartenir au défendeur (1).

Quand, au bout d'un certain temps, le défendeur persévérerait dans son refus, le Préteur accordait à l'envoyé en possession la possession civile, qui lui permettait d'acquérir par usucapion la propriété même de l'édifice dont le mauvais état avait motivé l'ordre de garantir (*missio ex secundo decreto*) (2).

Il y avait une action *in factum, in id quod interest*, contre le défendeur qui, après avoir refusé la caution *damni infecti*, s'opposait à l'entrée en possession du demandeur *ex primo vel ex secundo decreto* (3).

§ 362. — II<sup>o</sup> *Cautio legatorum servandorum causa.*

Pour assurer l'accomplissement des volontés des défunts le Préteur obligeait, dans certains cas *causa cognita*, l'héritier à garantir, par fidéjusseurs (*satisdare*), aux légataires l'exacte délivrance des legs au jour de leur exigibilité. — Faute par l'héritier de fournir cette caution, le magistrat

(1) Ulpian., L. 4, § 1; L. 15, § 11, 12, 13, 14, 20, 30, 31, 34, 35, ff., *cod. tit.*

(2) Paul., L. 5; Ulpian., L. 15, § 16, 21, 22, 26, 27; Paul., L. 18, § 15, ff., *cod. tit.*

(3) Ulpian., L. 4, § 2; Paul., L. 18, § 13, ff., *cod. tit.*

envoyait les légataires en possession des biens héréditaires (1).

§ 363. — III<sup>o</sup> *Cautio rem salvam pupilli fore.*

Les tuteurs et curateurs étaient pareillement contraints par le Préteur à garantir, par fidéjusseurs (*satisdare*), la bonne administration des biens des individus en tutelle ou en curatelle (*rem pupilli vel adolescentis salvam fore*). Cette caution devait précéder tout acte d'administration (2).

Comme on ne peut stipuler pour autrui, on faisait stipuler, autant que possible, par le pupille lui-même. Quand le pupille était absent ou encore *infans*, on faisait stipuler par un esclave du pupille, et à défaut d'esclave du pupille par un esclave public, qui, étant réputé avoir tous les citoyens romains pour maîtres, avait qualité pour stipuler pour tel ou tel d'entre eux (3). Enfin on admit aussi que la stipulation pouvait être faite par une personne libre désignée par le Préteur (4).

(1) Voy., pour les détails, Dig., liv. XXXVI, tit. III et IV.

(2) § 4, Instit., de *Divis. stipul.*

(3) Ulpian., L. 2, ff., *Rem pupill. salv.* — § 3, Instit., de *Stipul. serv.*

(4) Mais alors le pupille n'avait que l'action utile, car on ne peut acquérir aucun droit par une personne indépendante. (Ulpian., L. 3 et 4, ff., *eod. tit.*)

Les tuteurs étaient contraints à fournir la caution *salvam rem pupilli fore* par la *pignoris capio* de leurs biens (1).

## CHAPITRE SEPTIÈME.

### NOVI OPERIS NUNCIATIO (2).

§ 364. — Nature, formes et effets de la *novi operis nunciatio*.

1. La dénonciation de nouvel-œuvre était un moyen fort énergique et fort sommaire d'arrêter l'exécution des ouvrages qui paraissaient être de nature à porter atteinte aux droits des propriétaires voisins. — Ce moyen juridique a des caractères particuliers qui ne permettaient pas de le ranger dans aucune des espèces traitées dans les chapitres précédents. Il tient de la *cautio damni infecti*, en ce qu'il est, comme elle, un moyen de protection contre un dommage futur, non contre un dommage consommé; il se rapproche des interdits et des actions négatoires (3), en

(1) § 3, Instit., de *Satisd. tut.*

(2) Cette matière est traitée avec beaucoup de détails dans un titre spécial du Digeste, livre XXXIX, titre I.

(3) Et même, quelquefois, des actions confessoires: en effet, la dénonciation de nouvel-œuvre peut avoir lieu non-

ce qu'il tend à prévenir des atteintes analogues à celles que les interdits et les actions négatoires ont pour objet de réprimer ; mais il diffère des uns et des autres par les formes qui lui sont propres.

II. En effet, à la différence des actions, des interdits et des stipulations prétoriennes, la dénonciation de nouvel œuvre ne supposait nullement la présence ni l'intervention soit d'un magistrat, soit d'aucun officier public : c'était un acte purement privé (1), comme l'*in jus vocatio* (§ 138 et 191).

Le dénonçant se transportait sur les lieux, et déclarait s'opposer à la continuation du nouvel-œuvre (2). Cette opposition s'opérait tantôt par une voie de fait symbolique (*lapilli iclu* ou *jactu*) (3), tantôt par une simple déclaration verbale adressée,

---

seulement contre le nouvel-œuvre qui serait de nature à grever notre fonds d'une servitude, auquel cas elle opère comme action négatoire ; mais aussi contre le nouvel œuvre que le voisin ferait au mépris d'une servitude de *ne pas construire* due par son fonds au nôtre (Ulpian., L. 5, § 9, ff., *de Op. nov.*). — Toutefois, il n'y aurait pas lieu à la dénonciation de nouvel-œuvre, et il faudrait recourir soit aux interdits, soit à l'action confessoire, si le nouvel-œuvre contrariait une servitude active sur le fonds voisin, par exemple, une servitude de passage. (Julian., L. 14, ff., *eod. tit.*)

(1) Ulpian., L. 1, § 2, ff., *de Oper. nov. nunc.*

(2) Ulpian., L. 5, § 2, 4, 7 et 15 ; Paul., L. 8, § 1, ff., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 5, § 10, ff., *de Oper. nov.*, et L. 6, § 1, ff., *si servit. vindicet.*

~~hale adressée~~ soit au voisin, soit aux ouvriers employés aux travaux qu'on voulait arrêter (1).

La dénonciation de nouvel-œuvre ne pouvait avoir lieu que pour des travaux en voie d'exécution. Quant aux ouvrages déjà terminés, il fallait recourir soit aux interdits, soit aux actions confessoires ou négatoires (2).

III. Sur cette protestation, les travaux devaient être arrêtés à l'instant, sauf réclamation ultérieure devant le magistrat, si le propriétaire voisin pensait avoir le droit d'exécuter l'ouvrage par lui entrepris (3).

Si, au mépris de la *nunciatio*, le voisin continuait le nouvel-œuvre, un interdit restitutoire donnait au dénonçant les moyens de faire détruire tout ce qui avait été fait depuis la dénonciation : « QUEM IN LOCUM NUNCIATUM EST, NE QUID OPERIS NOVI FIERET, QUA DE RE AGITUR : QUOD IN EO LOCO, ANTEQUAM NUNCIATO MISSA FIERET, AUT IN EA CAUSA ESSET UT REMITTI DEBERET, FACTUM EST, ID RESTITUAS » (4).

IV. Le voisin, ainsi arrêté dans ses travaux, avait plusieurs voies pour faire lever l'obstacle. — Il pouvait d'abord en référer au magistrat, faire

(1) Ulpian., L. 1 § 5 ; L. 5, § 5 ; L. 10, ff., *de Oper. nov.* — Paul., L. 11, ff., *eod. tit.*

(2) Ulpian., L. 1, § 1, 8, 12, 13, ff., *de Oper. nov.*

(3) Ulpian., L. 1, § 7, et L. 20, § 1, 3, 4, ff., *de Oper. nov.*

(4) Ulpian., L. 20, ff., *de Oper. nov. nunciat.* — Les mots *antequam nunciatio missa fieret* signifient avant que le magistrat ou l'adversaire ait donné mainlevée de l'opposition.

juger que la dénonciation avait été faite à tort, et en obtenir la mainlevée (*nunciationis remissio*) (1). — Il pouvait aussi obtenir de continuer le travail, en donnant ou en offrant caution, tantôt par simple promesse, tantôt par satisfaction (2); et alors, il avait un interdit prohibitif, qui le protégeait contre toute voie de fait de la part du dénonçant : « *QUEM IN LOCUM NUNCIATUM EST NE QUID OPERIS NOVI FIERET, QUA DE RE AGITUR : SI DE EA RE SATISDATUM EST, QUOD EJUS CAUTUM SIT, AUT PER TE STAT QUOMINUS SATISDETUR; QUOMINUS ILLI IN EO LOCO OPUS FACERE LICEAT, VIM FIERI VETO* » (3).

(1) Ulpian., L. 1, § 9, ff., de *Oper. nov.* : « Et post operis novi nunciacionem committunt se litigatores prætorie jurisdictioni. »

(2) Paul., L. 8, § 2, 3, 4, ff., de *Oper. nov.* — Ulpian., L. 5, § 17, et L. 21, ff., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 20, § 9, ff., de *Nov. oper. nunciat.*

## LIVRE QUATRIÈME.

### DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS (1).

§ 365.—De la capacité d'ester en justice (2), soit pour son propre compte, soit pour le compte d'autrui.— Division de ce livre.

La capacité d'ester en justice était régie par des principes différents de ceux qui réglaient la capacité en matière de contrats.

I. Les esclaves n'avaient pas de personne civile, et dès lors, ne pouvaient ester en justice, soit pour eux, soit pour leurs maîtres, ni comme demandeurs, ni comme défendeurs; ils ne pouvaient même se faire représenter par procureurs : toute sentence obtenue par eux ou contre eux était radicalement nulle (3). Très-exceptionnellement, ils pouvaient porter plainte contre leurs

(1) Voy. aux Institutes, le titre x du livre IV, de *Iis per quos agere possumus*; au Digeste, les titres de *Postulando*, de *Judiciis*, de *Procuratoribus*, et les titres correspondants des Codes Théodosien et Justinien.

(2) Cette aptitude est désignée par cette périphrase technique : *Legitima persona standi in judicio*. — Voy. la rubrique du titre vi, livre III, au Code de Justinien.

(3) Gaius, L. 107, ff., de *Reg. jur.* — Gordian., L. 6; Diocl. et Max., L. 7, C., de *Judic.* — Papin., L. 44, § 1, ff., de *Judic.*