

*peregrino* par l'action *repetundarum*, et *pro captivis et absentibus*, dans le cas particulier prévu par la loi Hostilia (1). Agissait *pro populo*, celui qui intentait une action publique ou populaire (2); *pro libertate*, celui qui revendiquait en liberté un homme libre injustement retenu en esclavage (*assertor libertatis*) (3). On ne sait pas au juste à quel cas rapporter le *pro tutela* dont parlent les Institutes : s'agissait-il du tuteur plaidant pour son pupille, ou bien, au contraire, du tuteur prétorien chargé de plaider contre le tuteur, quand celui-ci était en procès avec son pupille (4)? — Les deux autres exceptions n'exigent aucune explication.

## SECTION II.

*Représentation judiciaire sous la procédure formulaire.*

§ 367. — Des diverses espèces de représentants judiciaires.

La représentation judiciaire, si restreinte sous les *actions de la loi*, acquit de grands développe-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 82 et pr., *Instit.*, de *Iis per quos agere poss.* — Cicero, *Div. in Cæcil.*, c. 4, 16 et 20.

(2) *Voy.* ci-dessus, page 1, note 1.

(3) *Voy.* ci-dessus, § 297.

(4) Gaius, *Comm.* I, § 184.

ments sous la procédure plus flexible des formules. On put plaider pour autrui à quatre titres différents, comme *cognitor*, *procurator*, *tutor* et *curator* (1).

On va examiner comment se constituèrent les *cognitores* et les *procuratores*; quel pouvoir ils avaient sur la direction du procès et quelle influence l'emploi de ces représentants exerçait, tant sur les formules d'actions que sur les rapports résultant entre les parties intéressées, soit de la *litis contestatio*, soit de la *res judicata*. — Quant aux *tuteurs* et *curateurs*, le mode de leur nomination et leurs rapports avec ceux qu'ils sont chargés de défendre, appartiennent au *Traité des incapables*, qui est en dehors du sujet spécial de cet ouvrage.

§ 368. — I. Des *Cognitores* (2).

I. Le *cognitor* était un mandataire constitué, en présence de l'adversaire, au moyen de certaines paroles solennelles, et probablement aussi, devant le Préteur, *in jure* (3). Il n'était pas nécessaire que

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 82.

(2) *Cognitor* vient de *cognoscere* (connaître), parce qu'en effet le *cognitor* connaît (*cognoscit*) de l'affaire d'autrui : «*Cognoscendo, cognitor dictus.*» (Isidor.)

(3) Gaius ne mentionne pas formellement cette troisième condition; mais les formules de constitution qu'il rapporte semblent bien attester que les parties sont en présence du magistrat : *Quando tu a me fundum petis...* Cf. *interpretatio ad L. 7, C. Theod., de Cognit. et procurat.*



le *cognitor* fût présent à la constitution ; mais le mandat n'existait à son égard que du jour où il l'avait accepté. Les termes solennels usités pour la nomination du *cognitor* étaient les suivants : pour le demandeur : QUOD EGO A TE FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM COGNITOREM DO ; pour le défendeur : QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS IN EAM REM PUBLIUM MÆVIUM COGNITOREM DO (1).

II. Grâce à ce mode de constitution, le mandat du *cognitor* étant tout à la fois certain et public, ce qui était jugé avec le *cognitor* liait le représenté qui n'aurait plus été admis à renouveler, plus tard, le procès jugé avec son représentant ; bien que cependant la formule, prise à la lettre, parût ne lier que le *cognitor*, et non le représenté (2).

Représentant ainsi la partie intéressée dans le sens le plus étendu, il était naturel que le *cognitor* ne fût tenu, à ce titre, à aucune caution particulière (3).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 83, ajoute d'autres formules analogues applicables aux actions personnelles.

(2) *Voy.*, ci-après, la formule de la condamnation.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 98 : « *Procurator*, si agat, *satisfidare* « jūbetur *rem dominum ratam habiturum* ; *periculum enim* « est ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod *periculum non intervenit, si per cognitorem actum sit.* » — *Voy.* le paragraphe suivant, n° IV. — Le *cognitor* du défendeur ne fournissait la caution *judicatum solvi* que dans les cas où le défendeur lui-même aurait été obligé de la fournir. Cf. Gaius, *Comm.* IV, § 102.

III. L'emploi d'un *cognitor* modifiait d'une manière très-remarquable le mécanisme de la formule d'action. L'*intentio* était libellée au nom du représenté, comme si celui-ci eût dû plaider en personne ; mais la condamnation était formulée au nom du représentant. — Ainsi, par exemple, si le demandeur Publius Mævius proposait pour *cognitor* Lucius Titius, la formule était ainsi rédigée : « SI PARET N. NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX N. NEGIDIUM LUCIO TITIO X MILLIA CONDEMNA ; SI NON PARET ABSOLVE. — Si c'est le défendeur N. Negidius qui a présenté un *cognitor*, Caius Cornelius, la formule sera ainsi conçue : SI PARET N. NEGIDIUM PUBLIO MÆVIO X MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX CAIUM CORNELIUM, PUBLIO MÆVIO CONDEMNA ; SI NON PARET ABSOLVE. — Enfin, si demandeur et défendeur avaient également présenté chacun un *cognitor*, l'*intentio* posait en question la dette de N. Negidius envers P. Mævius ; et la condamnation autorisait le juge à condamner Caius Cornelius (*cognitor* du défendeur) envers Lucius Titius (*cognitor* du demandeur) (1).

Nonobstant cette forme de condamnation, par laquelle le représentant semble si complètement substitué au représenté, il est certain que l'action

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 86 et 87. — Comme dans les actions *in rem*, le nom du défendeur ne figure pas dans l'*intentio*, il en résulte que lorsque dans ces actions le défendeur plaide par *cognitor*, son nom (celui du défendeur) ne figure dans aucune partie de la formule.



*judicati* ne se donnait ni au *cognitor* de celui qui avait obtenu la condamnation, ni contre le *cognitor* du condamné, mais bien au représenté, et contre le représenté lui-même. C'est un point dont les fragments du Vatican ne permettent pas de douter : « *Cognitore interveniente, judicati actio domino vel in dominum datur. Non alias enim cognitor experietur, vel actioni subjicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit* » (1). Mais on peut alors se demander quelle utilité il y avait à substituer dans la condamnation le nom du *cognitor* à celui du représenté, puisqu'il ne devait être fait ultérieurement aucune application de cette substitution.

IV. Quoique la rédaction de la condamnation au nom du *cognitor* fût une affaire de forme plutôt que de fond, cependant le contrat judiciaire une fois formé avec le *cognitor* (*lite contestata*), celui-ci devenait véritablement *dominus litis*. On ne conçoit même pas comment il aurait été possible au mandant de révoquer un tel mandataire. Quand cela devenait nécessaire, il est vraisemblable qu'il fallait avoir recours à la *translatio judicii*, dont les caractères ont été examinés dans un des livres précédents (§ 207) (2).

(1) Vatic. Fragm., § 317.—Cf. L. 7, C. Theod., de *Cognit.*, et Paul., L. 86, ff., de *Solut.*, où les mots *litis procurator* ont été évidemment substitués par Tribonien au mot *cognitor*.

(2) Cf. Constantin., L. 22, C., de *Procurat.*

§ 369. — II. *Procuratores* : En quoi ils différaient des *Cognitores*.

Cicéron nous apprend que, de son temps, on ne connaissait d'autres représentants judiciaires que les *cognitores* : « *Alteri nemo potest litem contestari, nisi qui cognitor est factus* » (1). Mais les conditions à remplir, pour constituer un *cognitor*, étaient gênantes, souvent impraticables : telle fut sans doute la cause qui fit admettre, à côté des *cognitores*, d'autres représentants judiciaires (*procuratores*), dont la constitution était tout à la fois plus facile et toujours possible.

I. En effet, à la différence du *cognitor*, le *procurator* pouvait être constitué sans aucune parole solennelle, hors de la présence de l'adversaire et du magistrat. On n'exigeait même pas de celui qui voulait plaider pour autrui en qualité de procureur, qu'il justifiât d'un mandat de la partie au nom de laquelle il se présentait (2). Cependant, comme nous le verrons bientôt, on ne tarda pas à établir une grande différence entre les procureurs, suivant que leur mandat était certain ou contestable.

II. Par une conséquence naturelle de l'incertitude qui régnait le plus souvent sur la réalité du mandat du *procurator*, on était arrivé, au temps de Gaius,

(1) Cicero, *Pro Cæcina*, 11 et 18. — Peut-être même au temps de l'orateur romain n'était-il pas toujours permis aux parties de se faire représenter, même par un *cognitor*. Cf. *ad Herenn.*, II, 13.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 84.



à cette règle générale que le procureur devait donner caution (*satisdare*) que le maître ratifierait (*rem ratam dominum habiturum*); caution qui n'était pas exigée du *cognitor*, à raison même du mode de sa constitution (1).

Cette caution n'était point un obstacle direct à ce que la personne pour laquelle le procureur avait agi recommençât plus tard le procès; car c'était précisément en vue de cette éventualité et du dommage qui devait en résulter pour celui qui avait plaidé contre un procureur, qu'était exigée la caution *de rato*. Mais, comme tout mandant est tenu de rendre son mandataire indemne des obligations que celui-ci a pu contracter à l'occasion du mandat; qu'ainsi, en cas de non ratification, le procureur poursuivi en vertu de la caution *de rato*, pouvait à son tour recourir contre son mandant par l'action *mandati contraria*; il ne devait jamais arriver, en pratique, que celui qui avait donné mandat à un procureur, refusât de se soumettre à la chose jugée avec ce procureur. Quand, au contraire, celui qui s'était présenté comme procureur avait agi sans mandat, comme *negotiorum gestor*; celui dont l'affaire avait été ainsi gérée pouvait à son gré recommencer le procès; sauf à l'autre partie à se faire indemniser par le procureur, ou ses fidéjusseurs, en vertu de la caution *de rato*.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 84 et 98. — La caution *de rato* n'était en général exigée que du procureur du demandeur.

Au surplus, pour le *procurator* comme pour le *cognitor*, la formule d'action était conçue de manière à ce que l'*intentio* fût rédigée au nom des représentés, et la condamnation au nom des représentants (1). Mais, comme, à la différence du *cognitor*, le *procurator* ne s'identifiait pas avec le représentant, la présence du nom du procureur dans la condamnation conduisait à ce résultat pratique très-important, que l'action *judicati* se donnait, non au représenté ou contre lui, mais au procureur ou contre le procureur: « *Interveniente procuratore, judicati actio, ex edicto perpetuo, in ipsum, non domino vel in dominum com- petit* » (2).

Ainsi, en résumé, le *cognitor* s'identifiait avec le représenté, à ce point que ce qui était jugé avec le premier était réputé jugé avec le second; au contraire, le *procurator* ne s'identifiait pas aussi complètement avec le représenté, qui n'était point lié, directement du moins (3), par la chose jugée avec son procureur. Mais, sous un autre rapport,

---

Quant au procureur du *défendeur*, alors même qu'il ne pouvait justifier d'aucun mandat (*negotiorum gestor*), il était seulement tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. Cependant le représentant du défendeur pouvait être tenu de fournir la caution *de rato*, lorsque le *dominus*, au nom duquel il se présentait, pouvait avoir une action pour attaquer le jugement. (Ulpian., L. 39, § 5, 6, 7, ff., *de Procur.*)

(1) Voy. les formules dans le paragraphe précédent.

(2) *Vatican. Fragm.*, § 317 et 332.

(3) Car, ainsi qu'on vient de le voir dans le texte, il était



le *procurator* devenait *dominus litis* tout aussi bien que le *cognitor*, en ce sens que, par la forme donnée à la *condemnatio*, la *litis contestatio* faisait du procès du représenté l'affaire propre du représentant. Sous ce point de vue, on peut même dire que le *procurator* s'appropriait le procès plus encore que le *cognitor*; car celui-ci ne prenait le procès à son compte que pour la forme; tandis que le *procurator* devenait si bien *dominus litis* que seul il était exposé à l'action *judicati*, et que seul aussi il pouvait s'en prévaloir: tel était du moins le droit primitif qui fut bien modifié par la suite, ainsi qu'on va le montrer.

IV. Ces différences entre le *procurator* et le *cognitor* qui paraissent avoir existé dans toute leur plénitude, au temps de Gaius, ne tardèrent pas à s'affaiblir.

Dès le temps de Papinien, si nous en croyons le témoignage des fragments du Vatican, on aurait commencé à distinguer entre le procureur d'un absent (*procurator absentis*), et celui d'un présent (*procurator præsentis*). Le premier seul demeurerait soumis à la nécessité de la caution *de rato*, le second en était dispensé, comme assimilé à un *cognitor* (*cognitoris loco*) (1). Cette assimilation fut,

lié indirectement par l'action *mandati contraria*, toutes les fois qu'il y avait eu mandat.

(1) Papinian., lib. II, *Respons.* dans les *Vatic. Fragm.*, § 331 et 333. — Bien que constitué par un mandat *præsens*, il n'était point *cognitor*, si d'ailleurs il n'avait pas été

probablement étendue, par analogie, à tous les cas où le mandat ne pouvait être contesté. C'est à ce titre, sans doute, que le procureur constitué *apud acta*, ou dont la nomination avait été notifiée au défendeur par lettre du mandant, se trouva dispensé de la caution *de rato* (*cognitoris loco*) (1). — Cependant, chose remarquable, l'assimilation du *procurator præsentis* au véritable *cognitor* n'existait que relativement à la caution *de rato*! Quant à la caution *judicatum solvi* à fournir par le défendeur, c'était encore le *procurator* qui devait la fournir, et non le représenté (*dominus*); tandis que le contraire avait lieu dans le cas du *cognitor*. — On continuait aussi à considérer l'action *judicati* comme devant être donnée au *procurator*, et contre lui personnellement (2). Telle était au

constitué en termes solennels et en présence de l'adversaire.

(1) *Vatic. Fragm.*, §§ 317 et 333. — Paul., *Sentent.*, I, 3, § 1. — Modestin., L. 65, ff., de *Procurat.* — Ulpian., L. 5, 7. — Paul., L. 6, ff., *eod. tit.* — Diocl. et Max., L. unic., C., de *Satisdat.* — Cette caution n'était plus nécessaire, car le mandat étant certain, le défendeur contre lequel le mandant aurait voulu renouveler le procès perdu par son procureur, aurait pu aisément se défendre, soit par l'exception *doli*, soit par l'exception *rei judicatae*. (Ulpian., L. 11, § 7, ff., de *Except. rei judicat.*; L. 56, ff., de *Judic.*, et L. 27, ff., de *Procurat.* — Papinian., L. 66, ff., *eod. tit.* — Paul., L. 17, § 2, ff., de *Jurej.* — Paul., L. 22, et Ulpian., L. 23, ff., de *Adm. tut.*)

(2) Voy. *Vatican. Fragm.*, § 317, où il est évidemment question d'un *procurator præsentis* ou constitué *apud acta*.



moins la règle; car Papinien nous apprend que l'action *judicati* se donnait aussi quelquefois, *causa cognita*, contre celui qui avait été représenté par un procureur : c'était une action *judicati*, utile. Il est évident, au reste, qu'on devait accorder bien plus facilement encore l'exception *rei judicatæ* (1).

Quant à la caution *de rato*, elle ne fut donc plus exigée des *procuratores* que dans le cas où ils ne pouvaient justifier d'aucun mandat, parce qu'on était en droit de les considérer comme de véritables *negotiorum gestores*. Alors, en effet, cette caution n'avait rien que de juste; car celui qui vient, au nom d'autrui, troubler le repos d'un citoyen, ne peut se plaindre qu'on exige de lui une garantie que le procès auquel il provoque sera accepté par celui au nom duquel il l'intente.—On arriva même à contester au simple *negotiorum gestor* le droit d'intenter un procès au nom du demandeur (2); mais on continua à autoriser l'intervention du *negotiorum gestor*, dans l'intérêt du défendeur : on

(1) Papinian., lib. II, *Respons.*, dans les *Vatic. Fragm.*, § 331.

(2) Julian., L. 6, § 12; Ulpian., L. 8, pr., ff., *Negot. gest.* — Paul., L. 5, § 4, ff., *de Præsc. verb.* — Par exception, on admettait le *negotiorum gestor* à plaider comme demandeur, quand il y avait entre lui et le représenté des rapports personnels ou de copropriété. (Ulpian., L. 35, pr.; *idem*, L. 40, § 4. — Paul., L. 41, ff., *de Procurat.* — Julian., L. 6, § ult. — Ulpian., L. 8, pr. — Papin., L. 31, § 6, ff., *Negot. gest.*)

conçoit en effet que celui qui se présente pour défendre est toujours plus digne de faveur que celui qui vient soulever, sans mandat, un procès que le véritable intéressé n'eût peut être jamais songé à intenter.

§ 370. — III. Tuteurs et curateurs.

Pour les procès, comme pour les autres affaires, le tuteur (1) avait en général le choix entre deux manières de procéder : il pouvait, ou agir par lui-même en laissant de côté le pupille (ce que nous appellerions chez nous *représenter le pupille*), ou bien faire faire les actes par le pupille en personne, en l'autorisant (2). — Ce dernier procédé avait le grand avantage de simplifier les rapports entre le pupille, son tuteur et les tiers, puisque tout était fait alors directement par le pupille, comme par une personne capable : mais cette marche était souvent impraticable, notamment lorsque le pupille était absent ou encore *infans*. — Lors donc que le tuteur ne pouvait ou ne voulait pas faire figurer dans le procès le pupille en personne, il y avait lieu, de sa part, à *représenter le pupille* : il

(1) Pour simplifier l'exposition, on ne parle ici que des tuteurs; mais tout ce qui est dit dans ce paragraphe est également applicable aux curateurs, en tenant compte toutefois de la différence que les Romains mettaient entre l'*auctoritas tutorum* et le *consensus curatorum*.

(2) Ulpian., L. 1, §§ 2, 3, 4, et L. 2, ff., *de Administr. tut.*



faut dire maintenant les formes et les effets de cette représentation.

Les tuteurs et curateurs, plaidant pour les personnes qu'ils étaient chargés de défendre, furent naturellement assimilés à des *procuratores* plutôt qu'à des *cognitores*; car ils ne présentaient pas la double condition qui distinguait le *cognitor*, à savoir la constitution en termes solennels et en présence de l'adversaire. En conséquence, de même que les *procuratores*, les tuteurs et curateurs étaient obligés de fournir à l'adversaire la caution *de rato*, ce qui suppose bien que la chose jugée avec eux n'était pas considérée comme liant directement les pupilles (1). — Dès le temps de Gaius, on s'était déjà relâché de la rigueur de ces principes, et on faisait quelquefois remise aux tuteurs et curateurs de l'obligation de fournir la caution *de rato* (2). Au temps d'Ulpien, on en était arrivé à considérer le pupille comme lié par la chose

(1) Le pupille aurait donc pu recommencer le procès perdu par son tuteur, sauf recours de l'adversaire contre le tuteur, en vertu de la caution *de rato*. Mais quand le tuteur avait soutenu le procès avec la diligence convenable, il trouvait dans l'action *tutelæ contraria* un moyen de se faire indemniser des condamnations auxquelles l'exposait le défaut de ratification du pupille. Ainsi donc, et toujours dans l'hypothèse d'un procès convenablement conduit par le tuteur, le défaut de ratification du pupille était peu à redouter.

(2) Gaius, *Comm. IV*, § 99 : « Aliquando illis satisfactio remittitur. »

jugée avec son tuteur, ce qui rendait sans objet la caution *de rato* (1). On ne trouve donc plus dans le Digeste cette caution exigée des tuteurs ou curateurs, que dans le cas où il n'était pas certain que le tuteur ou le curateur, qui se présentait pour plaider, eût réellement l'administration (2).

### SECTION III.

*Représentation judiciaire au temps de Justinien.*

§ 371 — Caractères de la représentation judiciaire sous Justinien.

On a vu dans les paragraphes précédents comment, dès le temps de Papinien et de Paul, les différences, autrefois si tranchées entre le *cognitor* et le *procurator*, tendaient déjà à s'effacer; et comment, en définitive, pourvu que le mandat fût certain, le *procurator* se trouvait, à de légères dif-

(1) Ulpian., L. 23, ff., de *Adm. tut. et curat.* : « Vulgo ob-servatur ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum; « QUIA REM IN JUDICIUM deducit... » — Cf. Paul., L. 22, ff., *eod. tit.* — Il en résultait cette autre conséquence que l'action *judicati* se donnait au pupille ou contre lui. (Papin., L. ult., *Si quis caut.* — Ulpian., L. 2, pr., de *Adm. tut.* — Papinian., L. 5, 6, et Scœvola, L. 7, *Quando ex fact. tut.* — Ulpian., L. 4, § 1, ff., de *Re judic.*)

(2) Ulpian., d. L. 23, ff., de *Admin. tut.* — Gordian., L. 13, C., *eod. tit.*