

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 *tutela 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 observatur 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.*

férences près, traité comme le *cognitor*. Il n'est donc pas étonnant que Justinien, suivant son système ordinaire, ait achevé de fondre en une institution unique deux institutions que le temps avait déjà si fort rapprochées. A cet égard, le seul reproche qu'on puisse faire à Tribonien, est d'avoir reproduit dans le Digeste bien des textes relatifs aux anciens *cognitores*, en se bornant à remplacer ce mot par celui de *procuratores*, ce qui a été pour les interprètes une source de difficultés, jusqu'au moment où la découverte de Gaius et des fragments du Vatican est enfin venue donner le mot d'énigmes qui paraissaient inexplicables.

La législation de Justinien sur la représentation judiciaire n'est en général que la reproduction des principes qui avaient fini par prévaloir au sujet des *procuratores*. Il faut cependant signaler ici quelques innovations dignes d'attention.

I. On a vu que la jurisprudence classique admettait sans difficulté à plaider pour autrui, celui-là même qui, ne pouvant justifier d'aucun mandat, se présentait comme simple *negotiorum gestor*. Une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose voulut que les pouvoirs de celui qui se présentait comme *procurator* fussent examinés dès le commencement du litige, et déclara nulle toute instance engagée avec un *falsus procurator* (1). C'était là, comme on voit, une grave innovation, qui sup-

(1) Grat., Valent. et Theod., L. 24, C., de *Procurat.*

primait de fait toute représentation judiciaire par *negotiorum gestor*; mais il est douteux que cette constitution doive être prise à la lettre : car si, à partir de ces Empereurs, la représentation judiciaire n'eût plus admis que de *veri procuratores*, quel sens présenteraient, dans la compilation de Justinien, les textes si nombreux où l'on distingue entre le *verus procurator* à mandat incontesté et le *procurator* dont le mandat est douteux?

II. Une autre innovation qui aurait encore plus d'importance, comme se rapprochant de notre droit moderne, se trouve indiquée dans une constitution de Zénon où il est question de l'établissement, dans les divers tribunaux, de *procuratores publici*; mais les détails relatifs à cette institution manquent complètement, et le texte même de la loi n'a été rétabli qu'avec le secours des basiliques (1).

§ 372.— Coup d'œil sur la représentation judiciaire dans le droit moderne, et notamment de la maxime : *Nul en France ne plaide par procureur, excepté le Roi.*

On a vu dans quel sens les Romains entendaient ces mots *plaider par procureur*; et comment le représentant, faisant en quelque sorte du procès d'autrui sa propre affaire, obtenait ou subissait

(1) Zeno, L. 27, C., de *Procurat.* — Cf. Cujac., *Observat.* XIII, 5.

la condamnation, en son nom personnel (§§ 268 et 269).

I. Nous n'avons point en France de représentation pareille, du moins pour les particuliers (*voy.* n° II); mais notre organisation judiciaire présente cette particularité remarquable (1), que, devant nos tribunaux civils de première instance et devant nos cours d'appel, nul particulier n'est admis à plaider en personne : tous sont tenus de se faire représenter par des procureurs officiels, institués *ad hoc* par le gouvernement.

Cette institution est fort ancienne; car il en est fait mention comme d'une chose déjà établie dans des lettres patentes du roi Philippe VI, du mois de février 1327. Il appartenait en général aux cours et tribunaux de déterminer le nombre des procureurs (2), qui finirent par être établis partout en titre d'office (3).

Les offices de procureurs tombèrent devant la loi du 29 janvier - 20 mars 1791; mais le principe

(1) Ce court rapprochement entre les deux législations ne s'adresse pas aux lecteurs français, à qui il n'apprendrait rien : comme tant d'autres allusions à notre organisation judiciaire, jetées çà et là dans le cours de cet ouvrage, il a été mis pour satisfaire au désir de plusieurs amis étrangers, curieux d'apprendre quelque chose de nos institutions.

(2) Lettres de Charles V, du 16 juillet 1378; de Charles VI, du 19 novembre 1393 et du 13 novembre 1403; Ordonn. de Louis XII de 1498.

(3) Édit de mars 1586.

de la nécessité de la représentation judiciaire fut conservé : seulement aux procureurs, *en titre d'office*, la loi substitua, sous le nom nouveau d'*avoués*, des représentants officiels ayant plus exclusivement le caractère d'officiers publics. Les avoués (et avec eux l'obligation pour les plaideurs de se faire représenter en justice) furent à leur tour supprimés par la loi du 3 brumaire an II, puis rétablis définitivement par la loi du 27 ventôse an VIII.

On n'a point à juger ici du mérite de cette institution : au point de vue où nous nous plaçons, il suffit de faire remarquer que les Romains n'avaient rien de semblable. — Comme le *procurator* du dernier état du droit romain, notre avoué est *dominus litis*, en ce sens que les conclusions qu'il prend au nom des parties sont réputées émanées des parties elles-mêmes. Mais, d'ailleurs, l'avoué diffère essentiellement du *procurator* romain, en ce qu'il ne se rend jamais propre la cause des parties : aussi la condamnation n'est-elle jamais prononcée contre lui ni à son profit (1). — Il en diffère encore en ce qu'il agit toujours

(1) Sauf en ce qui concerne ce que nous appelons la *distriction des dépens* (Cod. de proc., art. 133), objet d'ailleurs accessoire qui n'altère nullement la vérité du principe énoncé. En autorisant l'avoué du vainqueur à requérir, en son nom personnel, condamnation contre le plaideur perdant, à raison des frais dont cet avoué a fait l'avance, la loi n'a fait qu'opérer de plein droit une *cession d'action* que la partie victorieuse n'aurait pu équitablement refuser de

avec un caractère public; tandis que le *procurator* romain était une personne purement privée (1).— Enfin, l'emploi d'un *procurator* était en général pour les Romains une simple faculté; tandis que la représentation par avoués est obligatoire pour tous les particuliers: le Roi seul en France est dispensé de la représentation par avoués, parce qu'il a des représentants judiciaires naturels dans les fonctionnaires du ministère public (procureurs du Roi) (2).

consentir au profit de son mandataire. Cette distraction des dépens au profit de l'avoué peut encore s'expliquer comme une application du principe général qui accorde privilège à celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose. (Cod. civ., art. 2102, 3°.)

(1) On ne peut, en effet, faire entrer en ligne de compte les *procurators publics* dont il est question dans la constitution de l'empereur Zénon. (Voy. la fin du paragraphe précédent.)

(2) Rien n'empêche, au surplus, le Roi d'employer dans ses procès le ministère soit d'un avoué, soit d'un avocat. Lors de la discussion, au conseil d'État, de l'art. 69 du Cod. de procéd., on fit observer qu'il pourrait arriver que le souverain désirât être défendu par un avocat; le rapporteur répondit que l'art. 69, 4°, ne concernait que l'assignation. — D'après la loi du 8 novembre 1814, les actions judiciaires du chef de l'État sont exercées *par et contre un intendant*, commis par le ministre de la maison du roi: c'est à cet intendant que les assignations sont signifiées en la personne des procureurs du roi. — D'après la loi du 2 mars 1832, le *domaine privé* et la *dotation de la couronne* sont représentés par des intendants particuliers. Les actions judiciaires sont suivies contre les intendants ou à leur requête, comme elles le seraient s'il s'agissait de sim-

II. En présence d'un tel état de choses on se demande naturellement quel peut être le sens de cette maxime: NUL EN FRANCE NE PEUT PLAIDER PAR PROCUREUR, EXCEPTÉ LE ROI; maxime si souvent proclamée au palais, et dont les praticiens ont voulu tirer de si étranges conséquences.

Prise à la lettre, elle serait précisément le contre-pied de la vérité, puisqu'il est certain, au rebours de la maxime, que *nul en France ne peut plaider sans procureur, c'est-à-dire sans avoué*; que le Roi seul n'est pas tenu d'employer le ministère de ces officiers publics, parce qu'il a pour représentants les fonctionnaires du ministère public.

Quelques praticiens avaient cru pouvoir tirer de la maxime cette conséquence que nul acte judiciaire ne peut être libellé au nom d'un mandataire; qu'il faut toujours que le nom de la partie intéressée figure sur le premier plan. Ils regardaient donc comme nulle une assignation ainsi conçue: *A la requête de Mævius agissant comme procureur de Titius*; suivant eux, il aurait fallu dire: *A la requête de Titius, poursuite de Mævius son mandataire*. Un tel non-sens ne mérite pas une réfutation: nous ne vivons plus sous la procédure des actions de la loi pour que la validité d'actes sérieux puisse dé-

ples particuliers; ils *doivent* constituer avoué. — Plusieurs arrêts ont décidé que le ministère des avoués était en général *facultatif* pour l'État. (Bourges, 7 février 1828; Poitiers, 5 février 1829; Colmar, 12 mars 1831; Nancy, 28 mars 1831.)

pendre d'un certain arrangement des mots, quand d'ailleurs le sens est le même. Il est au reste par trop incontestable que nous pouvons confier nos procès, comme nos autres affaires, à des mandataires privés; sauf à ceux-ci à employer le ministère des avoués comme nous le ferions nous-mêmes (1).

Le prince des jurisconsultes modernes entendait la maxime en ce sens que, en France, nul ne peut, sans justifier d'un mandat exprès, intenter une action au nom d'autrui (2). Mais cette proposition, dont la vérité est certaine, ne donne un sens qu'à la moitié de la maxime; elle n'explique nullement l'exception faite au profit du Roi.

La maxime, prise dans son ensemble, nous paraît pouvoir être expliquée comme un souvenir de droit romain combiné avec une règle d'étiquette monarchique.—On se souvient que l'ancien *procurator* romain prenait tellement la place du représenté que la *condamnation* était prononcée au profit ou contre le procureur *personnellement*; on se souvient aussi que cette règle avait fini par être remplacée par la règle contraire: supprimée directement pour les procureurs à mandat certain, elle le fut indirectement pour tous les autres procureurs, par suite du

(1) Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, page 129.

(2) Merlin, *Questions de droit*, v^o *prescription*, § 5.— Il indique un second sens qui rentre dans celui que nous avons critiqué plus haut, comme n'ayant pu tomber que dans la tête de quelques praticiens.

principe nouveau qui ne permit plus qu'une action pût être intentée par *negotiorum gestor*. On était ainsi arrivé à ce principe que la *condamnation doit toujours être prononcée au profit ou contre la partie intéressée, jamais contre son procureur*, principe qui, comme tant d'autres, survécut dans les provinces d'Occident à la chute de la puissance romaine. — Voici maintenant, selon toute vraisemblance, comment fut introduite l'exception en faveur de la personne royale. Les jurisconsultes, soutiens constants de l'autorité royale contre le pouvoir féodal, ayant fait prévaloir la règle que *toutes les justices émanaient du roi*, il eût été tout à la fois peu rationnel et contraire aux bienséances monarchiques que des juges, rendant la justice au nom du Roi, condamnaient le Roi lui-même. On fut ainsi conduit à écarter toujours du débat la personne royale, de façon à ce que la condamnation ne fût jamais prononcée contre la personne même du Roi, mais bien contre celle d'un procureur (1). Telles sont, à notre avis, l'origine et l'explication historique d'une maxime qui serait plus claire si on la traduisait ainsi : *Chacun, en France, doit être condamné en personne, excepté le Roi, qui ne peut être condamné*

(1) Des raisons d'étiquette analogues avaient porté le roi Henri II à demander au parlement de Paris que la reine pût, comme le roi, plaider par procureur. (1^{er} juin 1549.) — C'est aussi le cas de rappeler que Justinien voulait que les personnes d'un rang élevé ne pussent plaider que par procureurs.

qu'en la personne de son procureur. Entendue ainsi, la maxime a reçu une autorité et une extension nouvelles des constitutions modernes qui, à côté d'un Roi inviolable et irresponsable, ont établi des ministres responsables.

Notre Code de procédure contient une application du principe dans le n° 4 de l'article 69.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES AVOCATS.

§ 373. — Des avocats au temps de la République.

I. Sous une forme de gouvernement et avec une organisation judiciaire qui appelaient tous les citoyens à prendre part à la confection et à l'application des lois, la science du droit et l'art oratoire étaient des conditions indispensables à quiconque voulait jouer un rôle dans la vie publique. L'absence de toute institution analogue à notre ministère public fournissait aussi fréquemment aux hommes du barreau l'honneur périlleux de montrer le plus noble caractère, en prenant en main la cause des opprimés contre de puissants oppresseurs. Soit qu'il accuse Verrès au nom de la Sicile entière, soit qu'il défende le roi Déjotarus contre une accusation dans laquelle l'accusé joue son

royaume et sa vie, Cicéron nous donne des preuves immortelles du degré d'importance que devaient acquérir les hommes auxquels étaient confiés de si grands intérêts. Aussi, tant que le gouvernement de Rome conserva sa forme républicaine, les fonctions d'avocat ne constituèrent pas une profession particulière; elles étaient exercées par les hommes les plus distingués, comme moyen d'acquérir de la considération, de l'influence, et d'arriver ainsi, par l'éclat du talent, aux premières dignités de l'État (1).

II. Dans les procès civils, les avocats étaient souvent appelés (*advocati*) devant le magistrat (*in jure*), soit pour y aider les parties de leurs conseils sur les points de droit si délicats que soulevait fréquemment la question de savoir quelle action devait être accordée au demandeur, ou quelle exception devait protéger le plus efficacement le défendeur; soit pour y développer, dans un débat oral, les conclusions des parties (*postulare*) (2).

(1) Voy. ce qui a été dit au § 54, tome 1^{er}, page 126, et tome II, page 1, note 1.

(2) L'assistance d'un conseil versé dans la connaissance du droit était surtout nécessaire pour la procédure des actions de la loi. (Voy. § 137). Dans son plaidoyer pour Murena, cité au § 149, Cicéron a fait du rôle du jurisconsulte une caricature fort spirituelle; mais il ne faut pas oublier que l'orateur avait intérêt à tourner en ridicule des formes de procédure que son client n'avait point observées. Dans d'autres passages, et notamment dans ceux qui ont été rapportés ou cités au § 200, tome 1^{er} page 469, Cicéron parle en termes bien différents des questions qui s'agitaient *in jure*.