

si on est resté un an sans agir. — Ou bien si on est mort sans l'avoir intentée. — Du reste, rien n'empêche, tant pour le cas d'injures que pour les autres délits, quand il y a lieu, d'agir ou civilement ou criminellement si on préfère la poursuite criminelle.

Obligations qui naissent comme d'un délit.

Lorsque les faits nuisibles et illicites n'ont pas été caractérisés par la législation comme un délit, et pourvus, à ce titre, d'une action propre et spéciale, ils peuvent donner lieu à une action générale et commune, une action *in factum*. On dit alors que l'obligation naît comme d'un délit (*quasi ex delicto*), d'où l'on a fait, dans la langue moderne, l'expression de *quasi-délit*. — Tels sont, par exemple, les cas du juge qui a fait le procès sien (*qui litem suam fecit*); du chef de famille responsable des dégâts causés par ce qui a été jeté ou répandu de son habitation (*de dejectis et effusis*); de celui qui a suspendu ou posé des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique (*de periculose positis et suspensis*); enfin du capitaine de navire et de l'aubergiste, passibles d'une action pour les vols ou autres dommages frauduleux commis dans le navire ou dans l'auberge par quelques-uns des gens qui y sont employés.

Sources ou causes des obligations naturelles.

Parmi ces causes, il en est qui tiennent au caractère particulier du droit romain, et qui, par conséquent, sont spécialement propres à ce droit. — Telles sont celles qui tiennent aux règles rigoureuses du droit romain sur les contrats : obligations naturelles provenant des simples pactes ; — ou bien aux règles rigoureuses sur la condition des personnes : obligations naturelles de l'esclave ; obligations naturelles entre personnes qui, quoique faisant partie de la même famille, contractent ensemble.

Il en est d'autres qui ne tiennent pas aux particularités du droit romain, mais qui sont fondées sur des considérations plus générales, susceptibles d'application même en dehors de ce droit. Elles se présentent dans des cas où la loi civile, considérant comme nulles ou comme éteintes certaines obligations, par suite de présomptions générales tirées de ce qui arrive le plus souvent, les parties intéressées apprécient néanmoins, dans leur conscience, que la présomption se trouve démentie à leur égard, et que l'obligation doit recevoir effet : obligations naturelles dans les cas de prescription, ou de sentence absolutoire ; — obligation naturelle de l'héritier exécutant des dispositions irrégulières, afin de mieux remplir les intentions du défunt, ou les exécutant sans faire les retenues qu'il aurait droit de faire ; — obligation naturelle du pupille ; — à l'égard du fou ou du prodigue, la jurisprudence romaine, quoique incertaine, paraît tendre à ne pas reconnaître d'obligation naturelle.

Toutes les obligations naturelles ne produisent pas tous les effets réunis de ces sortes d'obligations : possibilité d'exception ou de compensation, validité du cautionnement, du paiement, de la novation, de la ratification. Il en est qui les produisent tous : telles sont notamment celles indiquées dans notre première catégorie. Il en est d'autres dans lesquelles il ne peut être question d'exception ni de compensation : telles sont celles de la seconde. L'effet de ces dernières sortes d'obligations naturelles se borne à servir de cause suffisante pour soutenir le cautionnement, et le paiement, la novation, ou la ratification, lorsqu'ils ont été faits sciemment.

Obligations alternatives. — Obligations pro parte ou in solidum. — Obligations quæ divisionem recipiunt, ou non recipiunt.

Les éléments essentiels d'une obligation peuvent se multiplier de telle sorte qu'il y ait : — soit pluralité d'objets de l'obligation ; soit, pour une même chose due, pluralité de créanciers, ou de débiteurs, ou des uns et des autres.

La pluralité d'objets se rencontre dans l'obligation alternative : *illud aut illud*, dont les effets varient suivant que le choix appartient au débiteur ou au créancier.

La pluralité de créanciers ou de débiteurs peut se rencontrer dans diverses circonstances qu'il est nécessaire de ne pas confondre entre elles. La question est alors de savoir si la créance ou la dette se divise *pro parte* entre chacune de ces personnes, ou si chacune d'elles est créancière ou débitrice *in solidum*. — Bien que la division *pro parte* soit la règle commune, les cas de créances ou de dettes *in solidum* sont nombreux dans la jurisprudence romaine, mais les conséquences de l'obligation *in solidum* n'y sont pas toujours les mêmes.

La circonstance qu'une obligation, par des raisons de fait ou par des raisons de droit, n'est pas susceptible d'être divisée (*quæ divisionem non admittunt, ou non recipiunt*), met obstacle à la division *pro parte*, même dans les cas où cette division devrait avoir lieu en principe, et produit ainsi une sorte d'obligation *in solidum* qui a ses effets particuliers. C'est là ce que nous nommons aujourd'hui obligation *indivisible*.

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

TITRE VI.

DES ACTIONS (1).

1829. L'idée génératrice de ce qu'on appelle *action* dans la langue du droit nous est déjà connue (tom. I, *Génér.*, n° 239 et suivants).

(1) La matière des actions en droit romain, depuis les nouveaux documents fournis sur ce point par le manuscrit de Gaius, a été explorée déjà par tant d'écrivains allemands, soit en des traités généraux, soit en des livres spéciaux ou en des monographies, qu'elle commence à être encombrée. TIGESTROEM (1826), HEFFTER et KELLER (1827), ZIMMERN (1829), MAYER (1830), BECHMANN-OLWEG (1834), REIN (1836), WALTER, dont M. LABOULAYE nous a donné une excellente traduction, et BACHOFEN (1840), PUCHTA (1842), en dernier lieu de SAVIGNY, dans son *Traité de droit romain*, dont nous avons une traduction, tom. 5, 6 et 7 (1846 à 1850) ; parmi nous M. BONJEAN (1838 et 1844) : tels sont les auteurs principaux à citer à ce sujet.

Tout en profitant des écrits de mes devanciers, dans le cadre plus restreint que m'impose la nature de mon travail, il est deux points auxquels je me suis spécialement attaché : le premier, c'est de rechercher, de faire voir comment les divers systèmes de procédure romaine et les institutions de détail qui s'y rattachent ont été engendrés successivement les uns par les autres ; le second, c'est de répandre le plus de clarté possible sur ces matières souvent obscures, et de les résumer, d'époque en époque, en quelques tableaux d'ensemble vifs et animés.

Elle se déduit de cette réflexion, que le droit, par lui-même, est une règle inerte; qu'il faut, pour lui donner le mouvement, une puissance, et pour mettre en jeu cette puissance un procédé. D'où, dans toute société, en tout temps et pour toute espèce de droits, ces trois parties constitutives et indispensables : 1° le droit; 2° l'organisation des juridictions et des pouvoirs divers qui concourent à l'exercice de l'autorité judiciaire; 3° la procédure.

1830. L'action (de *agere*, agir), dans le sens propre et naturel du mot, est le recours à l'autorité pour faire valoir ses droits d'une manière quelconque, soit en demandant, soit en défendant; l'acte même de recourir ainsi au pouvoir institué à cet effet.

Puis des figures de langage viennent donner au mot diverses autres acceptions. Ainsi, dans un sens figuré, action n'est plus l'acte lui-même, c'est le droit de faire cet acte; c'est-à-dire le droit de former ce recours à l'autorité.

Enfin, dans un troisième sens, figuré comme le second, ce n'est plus ni l'acte lui-même, ni le droit de faire cet acte, c'est le moyen qui vous en est donné, la forme qui est à votre disposition pour exercer ce recours.

Voilà donc trois significations différentes pour le mot action : dans la première, l'action est un fait; dans la seconde, un droit; dans la troisième, un moyen, une forme. Ces trois significations sont toutes usitées dans la langue juridique. Pour être d'accord sur la définition, il faut donc commencer par s'accorder sur celle des trois acceptions dans laquelle on veut se placer.

1831. Jusqu'ici nous parlons abstraction faite du droit romain, à prendre les choses en elles-mêmes, selon la raison universelle, et dans leur étendue la plus large. Chaque législation vient ensuite apporter ses spécialités. Aussi, dans le droit romain, outre les significations générales, qui sont vraies partout et toujours, trouverons-nous pour le mot *actio* d'autres significations techniques, plus ou moins étroites, qui ont varié suivant les époques et suivant les systèmes divers de procédure.

1832. Ces systèmes, nous le savons, sont au nombre de trois : celui des actions de la loi (*legis actiones*); celui de la procédure par formules (*per formulam*), nommée aussi procédure ordinaire (*ordinaria judicia*); et enfin celui de la procédure extraordinaire (*extraordinaria judicia*). Chacun d'eux présente cette double étude à faire : 1° l'organisation des juridictions et des différents pouvoirs qui concourent à l'exercice de l'autorité judiciaire; 2° la forme de procéder. Nous avons déjà tracé le caractère saillant de ces trois systèmes, et donné les notions les plus générales qui s'y réfèrent (tom. I, *Génér.*, n° 243 et suiv.; *Hist.*, passim, notamment, n° 140 et suiv., 160 à 177, 237 à 260, 279 et suiv., 392 et suiv.). Il s'agit maintenant d'entrer dans quelques détails, en évitant le plus possible les redites

PREMIER SYSTÈME. *Des actions de la loi* (*legis actiones*).

Origine et caractère général de ce système.

1833. Ce système est celui qui ouvre l'histoire du droit romain. Il remonte aux premières origines nationales. Il contient à un haut degré les divers caractères d'une civilisation grossière et dans son enfance : le symbolisme matériel, un rituel de pantomimes et de paroles consacrées, la domination patricienne et l'influence pontificale. Il a régné exclusivement, pour les citoyens, plus de cinq siècles et demi (depuis le commencement de Rome, suivant sa chronologie, jusqu'à la loi *ÆBUTIA*, en 577 ou 583). Cependant, diverses modifications, qu'il a subies successivement, attestent dans la société romaine, à mesure qu'elle progressait, une tendance de plus en plus marquée à s'en affranchir. Pendant qu'il régnait seul encore sur les citoyens, une juridiction établie pour les étrangers (la juridiction du prêteur pérégrin, à partir de l'an 507 de Rome) donnait graduellement naissance au système qui devait plus tard le remplacer. Enfin, il est tombé sous la haine populaire (en vertu d'abord de la loi *ÆBUTIA*) : non pas tout d'un coup, dans toutes ses parties, mais peu à peu; conservé longtemps encore en vestiges, soit réellement, dans quelques cas exceptionnels, soit par fiction, dans quelques emplois simulés. Cette dernière trace n'est effacée entièrement que par Justinien. De sorte qu'il n'y a pas une séparation de temps brusque et tranchée entre le système des actions de la loi et le système formulaire venu après lui. Il n'y a pas de l'un à l'autre succession immédiate et remplacement radical. Ils se fondent l'un dans l'autre, et les vestiges de l'un s'étendent encore sous le règne de l'autre. Il faut en dire autant du troisième système, qui resta seul en dernier lieu, celui de la procédure extraordinaire.

1834. Le mot action, dans cette expression, actions de la loi (*legis actiones*), désigne une sorte de procédure considérée dans son ensemble. Ainsi, quand on dit qu'il y a cinq actions de la loi, cela veut dire qu'il y a, dans ce système, cinq sortes de procédures déterminées et sacramentelles.

1835. Nous savons que ces cinq actions de la loi sont : l'*actio sacramenti*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, et la *pignoris capio* (1). Elles ne sont pas classées ainsi dans leur ordre chronologique; mais elles sont groupées selon leur destination : les trois premières sont trois formes différentes de procéder pour arriver au règlement et à la décision d'un litige, véritablement des formes de procès; les deux dernières sont plus particulièrement des formes d'exécution forcée. Entre toutes, l'*actio sacramenti* et la *manus injectio* sont incontestablement les plus antiques; elles offrent la forme de procès et la voie

(1) *Gal. Comm.* 4. § 12.

d'exécution des temps primitifs. La *condictio* est la plus récente des cinq; elle est de deux siècles postérieure aux Douze Tables; tandis que les quatre autres sont antérieures à ces Tables, où elles nous apparaissent encore en quelques vestiges (t. I, *Hist.*, n° 141). Ces dates ne sont pas sans signification, nous en tirerons quelque lumière pour des problèmes intéressants.

1836. A proprement parler, par action de la loi on n'entend pas toute la procédure, y compris celle qui a lieu devant le juge, jusqu'à la sentence, ou décision du litige; on entend seulement le rite consacré qui s'accomplit devant le magistrat (*in jure*) et après lequel, s'il y a lieu, on est renvoyé devant l'autorité qui doit juger. Le magistrat est le seul qui ait pouvoir de présider à l'accomplissement de l'action de la loi (*apud quem legis actio est*). Aussi, comme la *pignoris capio* était une voie d'exécution qui s'accomplissait, non pas *in jure*, mais hors de la présence du magistrat, Gaius nous dit-il que c'était une question controversée entre les jurisconsultes romains, que de savoir si la *pignoris capio* était véritablement une action de la loi (1).

1837. Malgré le sens technique du mot action dans ces expressions *actions de la loi*, où il désigne exclusivement une sorte de procédure consacrée, c'est-à-dire la forme, le moyen mis à la disposition de celui qui veut faire valoir son droit, nul doute qu'on ne puisse aussi, même sous ce premier système, donner au mot action, en l'employant généralement, les deux autres significations qui lui appartiennent: celle du fait, ou celle du droit. Ainsi, lorsque Gaius nous dit constamment: «*Lege agimus sacramento, per judicis postulationem, per conditionem, per manus injectionem, per pignoris captionem* (2), » il désigne le fait, l'acte même d'agir; le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio* ne sont que des formes employées pour cet acte. De même lorsque les jurisconsultes romains nous disent que les actions *familix erciscundæ*, *finium regundorum*, *de tigno juncto*, *de aqua pluvix*, *in duplum ex causa depositi*, les diverses actions *furti*, et tant d'autres encore, viennent des Douze Tables (3), ils entendent par action le droit lui-même d'agir, et non la forme; la forme à cette époque ne pouvant être que celle des actions de la loi, puisqu'il n'en existait pas d'autre.

1838. Ici je dois signaler quelques principes caractéristiques des actions de la loi qui ne sont absolument vrais que sous le régime de ces actions, et que souvent on généralise trop en les

(1) Gai. Comm. 4. §§ 26 et 29. — (2) Gai. Comm. 4. §§ 12. 20. 21. 26. 31. etc. — (3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 1. pr. f. Gai. — 10. 1. *Fin. regund.* 13. f. Gai. — 47. 3. *De tign. juncto.* 1. pr. f. Ulp. — 43. 8. *Ne quid in loco publ.* 5. f. Paul. — PAUL. *Sentent.* 2. 12. § 11. Voir aussi tom. I, *Hist.*, les fragments des Douze Tables, avec les notes qui s'y réfèrent, tab. V, § 10; VI, § 9; VII, § 8; VIII, § 19.

appliquant même aux systèmes de procédure qui ont suivi. Il importe de se mettre en garde dès l'abord contre cette confusion.

1839. La procédure des actions de la loi est une procédure éminemment quiritaire, les citoyens romains seuls pouvaient y figurer (1). Dans le second et dans le troisième système de procédure, la même règle n'est plus applicable (2). Je suis même convaincu que c'est l'accroissement des relations avec les pérégrins, et la nécessité de rendre la justice dans les affaires où ils étaient mêlés, qui ont suscité et développé les premiers germes du second système de procédure, celui de la procédure formulaire.

1840. C'est dans la procédure des actions de la loi que règne le principe, que nul ne peut agir par représentant: «*Nemo alieno nomine lege agere potest* (3). » Chacun doit, en personne et pour son propre compte, accomplir le rite et prononcer les paroles consacrées. Il n'y a que quelques rares exceptions, introduites successivement. D'abord pour le peuple (*pro populo*), soit dans des litiges où il a besoin d'agir ou de défendre pour des intérêts qui lui appartiennent, et où il faut bien, de toute nécessité, qu'il puisse être représenté, soit dans les actions populaires, ouvertes à tous; pour la liberté (*libertatis causa*), dans les réclamations de liberté en faveur de celui qui est détenu en servitude; et ensuite pour trois autres cas moins généraux ou venus postérieurement. On parvint, sous le système formulaire, à échapper complètement à ce principe (4), et il n'en est plus question sous le troisième.

1841. C'est encore dans les actions de la loi que les actes et les paroles prescrits forment une sorte de rite tellement sacramentel, que si une seule de ces paroles est changée, si par exemple celui qui agit pour des vignes coupées nomme dans son action les vignes (*vites*), au lieu du mot générique arbres (*arbores*) employé par les Douze Tables, le procès est perdu (5). Il n'en est pas de même dans la procédure formulaire, dans laquelle on a eu encore pour but spécial d'échapper à ce formalisme rigoureux (6); ni, à plus forte raison, dans le troisième système.

(1) Au nombre des droits communiqués aux Latins, se trouvait celui d'agir par action de la loi (*lege agere*). Voir Ciceron, *Pro Cœcina*, c. 35. — (2) Gai. Comm. 4. § 37. — (3) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 123. f. Ulp. — (4) Gai. Comm. 4. § 82. «*Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno: alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio; cum olim, quando solæ legis actiones in usu fuissent alterius nomine agere non liceret; nisi pro populo et libertatis causa.* » — Les Instituts de Justinien (4. 10. pr.) ajoutent deux autres exceptions: *Pro tutela*, et *ex lege Hostilia*, dans certains cas de vol. Ciceron nous indique un cinquième cas au sujet de l'action *repetundarum* qui pouvait être intentée par un citoyen pour un pérégrin. (Cicér. *In Cæcil.* c. 4. 16 et 20. — LEX SERVILIA, c. 4 et 5.) — Enfin, on peut remarquer que le *vindex*, qui prend la cause de la personne actionnée et s'oblige à payer pour elle, est ainsi admis à intervenir pour autrui dans l'action de la loi. (tom. I, *Hist.*, table I, § 4, p. 98, et table III, § 3, p. 101.) — (5) Gai. Comm. 4. § 41. — (6) *Ibid.* § 30.

1842. Enfin cette maxime que l'action une fois introduite et rejetée pour une cause quelconque, par exemple pour un vice de forme, est éteinte de plein droit, définitivement usée, et ne peut plus être reproduite, cette maxime n'est d'une vérité absolue que pour les actions de la loi. Elle n'est conservée, sous le système formulaire, que dans certaines sortes d'instances, et elle disparaît en réalité dans le troisième système (1).

1843. En sens inverse, ce serait une erreur d'appliquer aux actions de la loi ce principe que toutes les condamnations sont pécuniaires, c'est-à-dire que le juge, quelle que soit la chose demandée, ne peut jamais condamner la partie qui succombe qu'au paiement d'une somme d'argent. Ce principe n'est vrai que dans la procédure formulaire. Il n'existe pas encore sous les actions de la loi, dont le résultat est de faire obtenir à celui dont le droit est reconnu l'objet même de son droit, à moins d'impossibilité (2). Le principe est également étranger à la procédure extraordinaire, à ne considérer que la nature propre et originaire de cette procédure. Aussi s'évanouit-il sous ce troisième système de procédure, sans qu'on puisse bien marquer l'époque de sa disparition (3).

1844. Ces prémisses posées, occupons-nous d'abord du premier objet à considérer : quelle est la puissance qu'il s'agit de faire fonctionner au moyen des actions de la loi? En d'autres termes, quelle est l'organisation des juridictions et des pouvoirs divers qui concourent à l'exercice de l'autorité judiciaire, sous l'empire de ces actions? Aux connaissances générales que nous avons déjà données sur cet objet (notamment tom. I, *Génér.*, n° 247 et suiv.), ajoutons quelques particularités.

Organisation de la puissance juridique et judiciaire sous le régime des actions de la loi.

1845. La première question qui se présente ici est celle de savoir si dès l'origine, dans le système des actions de la loi, a été établie cette séparation profonde et caractéristique, que nous avons déjà signalée (tom. I, *Génér.*, n° 247 et suiv.) entre le *jus* et le *judicium*, le *magistratus* et le *judex*, le pouvoir public de juridiction et la mission particulière de statuer sur une cause

(1) *Gal. Comm.* 4. § 108 : « Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat. » — (2) *Ibid.* § 48 : « Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Itaque... judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) æstimata re pecuniam eum condemnat. » — (3) La règle que la sentence du juge est, soit d'une somme d'argent, soit de la chose même réclamée, est établie dans les *Instituts de Justinien*, 4. 6. § 32 : « Curare autem debet judex ut... certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat. » — Et dans le *Code de Justinien*, 7. 4. *De fideic. libert.* 17, une constitution de Justin nous prouve qu'à cette époque c'est là un droit constant et consacré déjà de longue main, puisque l'empereur ne croit pas que, dans tel cas donné, aucun juge fût assez stupide pour substituer une condamnation pécuniaire à l'objet même de la demande.

donnée? En d'autres termes, si dès l'origine, le magistrat public investi de la juridiction, après que le rite de l'action de la loi avait été accompli devant lui, se déchargeait du soin de décider la contestation, sur un juge privé qu'il donnait aux parties, pour leur cause seulement, ou bien s'il la jugeait lui-même?

1846. L'existence de cette séparation, à une certaine époque du système des actions de la loi, est incontestable. Ainsi, les deux actions de la loi *per judicis postulationem* et *per condictionem sacramenti*. Encore voyons-nous, par Gaius, que même dans le *sacramentum*, une loi PINARIA, sur laquelle nous n'avons pas d'autres renseignements, avait établi des règles relatives à la dation du juge. Mais, premier doute : cette loi PINARIA n'avait-elle fait que statuer sur le délai dans lequel le juge devrait être donné, ou avait-elle introduit pour la première fois l'usage de la dation du juge (1)? Second doute : quelle est la date de cette loi?

Quoi qu'il en soit sur ces deux points, ce qu'il y a de certain, c'est que la loi des Douze Tables, même dans les fragments qui nous sont parvenus, dans sa fameuse formule *SI IN JUS VOCAT*, et dans plusieurs autres (tom. I, *Hist.*, tab. I, § 1; II, § 2; III, § 2; VII, § 5; IX, § 3, et XII, § 3), porte la trace irrécusable de la distinction formelle entre le *jus* et le *judicium*, entre le magistrat et le juge ou arbitre, comme d'une chose non pas nouvelle mais bien préexistante. Il reste donc indubitable que cette distinction est d'une haute antiquité dans les origines du droit romain; qu'on pourrait la révoquer en doute tout au plus pour les temps primitifs et presque fabuleux, où toute espèce de documents nous manquent. Et même pour ces premiers temps, je suis porté à croire que le magistrat, le *rex*, a pu, selon le cas, comme cela s'est pratiqué évidemment par la suite, ou terminer lui-même l'affaire par son pouvoir, ou la donner à juger à un juge. Ainsi pourrait s'expliquer le dire des historiens, qui présente le roi, il faut en convenir, comme rendant lui-même la justice dans toutes ses parties (2).

(1) Voici le fragment de Gaius décrivant les formes de l'action *sacramenti* (*Comm.* 4. § 15) : « Ad judicem accipiendum venient, postea vero reversi dabatur... xxx judex (le sens est probablement *die trigesimo*) : idque per legem PINARIAM factum est; ante eam autem legem... dabatur judex. » Cette malheureuse lacune d'un seul mot laisse la notion incertaine. Faut-il la remplir avec M. HEFFTER par le mot *nondum*? le sens sera qu'avant la loi PINARIA on ne donnait pas encore de juge dans l'action *sacramenti*. Faut-il la remplir avec M. BUTTMANN par le mot *confestim* ou par le mot *statim*, selon M. HOLLWEG, à l'avis duquel se range M. BLONDEAU? le sens sera qu'avant la loi PINARIA le juge était donné sur-le-champ, sans attendre le trentième jour. — (2) CICÉRON, dans son traité de la République, V, 2, dit positivement, en parlant de l'époque royale : « ... Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regis. » — Il dit dans son traité des Lois, III, 3, en parlant du préteur : « Juris disceptator, qui privata judicet, judicarijubeat, prætor esto. » — Voir aussi Denys d'Halicarnasse, ci-après, p. 479, note I.

1847. Cela posé, voyons quels ont été les magistrats, et quels ont été les juges, du temps des actions de la loi.

On caractérise l'office du magistrat, en notre matière, en disant qu'il a la *jurisdictio* et l'*imperium*. — La *jurisdictio*, c'est-à-dire la diction, la déclaration du droit, dans toutes les variétés d'attribution qu'elle comporte : soit en général et pour tous, comme par l'émission des édits; soit entre particuliers, dans les causes privées. Ces trois mots, *do, dico, addico*, en sont le résumé (1). — L'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir de commandement et de contrainte, le droit de disposer de la force publique pour mettre ses ordres à exécution. La *jurisdictio*, proprement dite, ne va pas sans un certain *imperium*, et il y a un grand nombre d'actes qui tiennent à la fois de l'un et de l'autre. C'est ce pouvoir, inhérent à la juridiction civile, qui se nomme *imperium mixtum*, par opposition au *merum imperium*, ou droit de glaive contre les délinquants, qui est aussi uni à la *cognitio* en matière criminelle (2). — Bien que cette analyse et ces diverses distinctions n'aient été développées par les jurisconsultes romains que plus tard, à mesure que la science du droit s'est formée, le fond en existe déjà sous le régime des actions de la loi. Ainsi, dans le procès, c'est devant le magistrat (*in jure*) que s'accomplit le rite des actions de la loi, c'est lui qui dit le droit sous une multitude de formes, c'est lui qui donne le juge aux parties et qui l'investit de sa mission; c'est lui qui commande, qui dispose des moyens de contrainte, et c'est à lui qu'il faut revenir pour l'exécution de la sentence.

1848. Dans l'antiquité du droit, à son époque éminemment patricienne et sacerdotale, le collège des pontifes a joué dans les actions de la loi un rôle important, qui ne nous est pas bien défini. Son influence apparaît d'une manière évidente, et dans la vieille action du *sacramentum*, et dans la *pignoris capio* (tom. I, *Génér.* n° 261). Même pour le temps postérieur aux Douze Tables, Pomponius nous dit : « Et actiones apud collegium pontificum erant (3). » Nous savons que c'étaient les pontifes qui avaient composé le rituel des actions de la loi, qui en rédigeaient les

(1) VARRO. *De ling. latin.* V. 4. — MACROB. *Sat.* I. 16. — OVID. *Fast.* I. vers 47. *Do*, donner une action, une possession des biens; *dico*, dire droit, émettre des édits, des interdits; *addico*, attribuer, par diction du droit, une propriété, un juge aux parties. — Voir cette dernière expression dans les Douze Tables, tom. I, *Hist.*, tab. I. § 7, p. 99. — (2) Ulp. s'exprime ainsi sur la *jurisdictio* et sur l'*imperium* : « Jus dicentis officium latissimum est : nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare. » DIG. 2. 1. *De jurisdict.* 1. f. Ulp. — « Imperium aut merum aut mixtum est. Merum imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. » *Ibid.* 3. f. Ulp. — (3) « Omnium tamen harum (Leg. Duob. Tabul.) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant : ex quibus constituebatur quis quoquo anno præset privatis. » DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 6. f. Pomp.

paroles sacramentelles pour leurs divers cas d'application, qui en étaient les dépositaires et les interprètes; enfin qui, par la fixation des jours fastes ou néfastes, déterminaient à chacun quand il pourrait ou ne pourrait pas agir : aussi est-ce à eux qu'on en déroba plus tard le secret (tom. I, *Hist.* n° 41 et suiv., 140 et suiv., 176 et suiv.). Mais l'expression de Pomponius ne dit-elle que cela? A la prendre dans le sens consacré, cette locution *actio apud eum est* semblerait signifier que l'action de la loi devait s'accomplir devant le collège des pontifes, ou du moins devant celui qui, selon les paroles du même Pomponius, était choisi entre les pontifes pour présider durant l'année aux affaires privées (*qui præset privatis*); c'est-à-dire que le collège avait lui-même la juridiction, du moins par son délégué : ce qui a pu être vrai pour les temps primitifs.

1849. Cependant, au dire des historiens, du moment qu'il est mention du roi, c'est lui qui est présenté comme le magistrat chargé de la *jurisdictio* et de l'*imperium*. Il est vrai que le roi n'est lui-même que le premier pontife, le régisseur choisi par la caste patricienne (1). — Après lui viennent les deux consuls (an de Rome 245) (2). — Puis le préteur, avec la charge expresse de la juridiction et de l'*imperium* inhérent à elle (an de Rome 387) (3). — Enfin, et à partir de la même époque, les deux édiles curules, investis d'une juridiction spéciale : en matières de ventes faites au marché public, principalement de ventes d'esclaves et d'animaux; en matière de poids et mesures, et de divers objets semblables (4). — Quant au préteur pérégrin, il est créé à une époque où le système des actions de la loi est encore le seul existant (an 507). Mais il y reste étranger tant qu'il n'exerce sa juridiction qu'à l'égard des pérégrins, parce que la procédure éminemment quiritaire des actions de la loi ne peut pas être communiquée à ceux-ci. Aussi est-il obligé d'en créer une autre à leur usage,

(1) DENYS D'HALIC. II, 14. « Ac regis quidem hæc munia eximia esse jussit : primum, ut sacrorum et sacrificiorum principatum haberet, et omnes res divinas ac piæ per eum agerentur : deinde ut legum ac morum patriorum custos esset, et omnis juris naturalis et ex communi hominum consensu pactoque scripti curam gereret. » — Et ailleurs, X. 1 : « Olim eorum reges jus petentibus constituebant, atque lites dirimebant : et quod ab illis fuisset judicatum, id vim legis habebat. » (*Traduct. latine.*) — Voir aussi, page 477, note 2, le passage de Cicéron qui y est cité. — (2) DENYS D'HALIC. X. 1 : « Imperio a regibus ad annum consulum magistratum translato, inter cætera regia officia juris quoque cognitio iis tributa est : atque illi lites inter litigatores quacunquæ de causa ortas jure decidebant. » (*Trad. lat.*) — CICER. *De legib.* III. 3 : « Regio imperio duo sunt : iique præeundo, judicando, consulendo, prætores, judices, consules appellantur. » — C'est encore aux consuls que s'adresse Auguste (*jussit consulibus*) pour faire exécuter les fidéicommiss (*Just. Inst.* 2. 23. § 1). — Les magistrats accidentels, tels que les *Tribuni militum*, les Dictateurs, ont eu aussi la juridiction dans les actions de la loi. — (3) DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 27. f. Pomp. « Quumque consules avocarentur bellis finitimis, neque esset qui in civitate jus reddere posset, factum est ut prætor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet. » — (4) DIG. 1. 2. *De orig. jur.* 2. §§ 26 et 34. f. Pomp.

qu'il semble modeler en plusieurs points sur celle des actions de la loi, tout en la simplifiant et en l'accommodant à la nature plus large du droit des gens. Ce sera de là que sortira le second système de procédure, le système formulaire (1).

1850. Telles sont, pour Rome, les magistratures diverses qui président à la juridiction, sous le règne des actions de la loi. Mais les colonies, mais les municipes, mais les villes, les préfectures prennent naissance, et sont établies avec développement dans le cours de cette période (tom. I, *Hist.*, n° 182 et suiv. — Cère est le premier municipe, fondé en 365). — Et vers la fin de cette période, environ soixante ans avant la suppression totale des actions de la loi par la loi *Æbutia*, les provinces ont été constituées (tom. I, *Hist.*, n° 225 et suiv. — La Sicile est la première province, établie en 513). — Dans les colonies, dans les municipes, ce sont les magistrats supérieurs de la localité, les *duumvirs* ou *quatuorvirs*, à l'image des consuls de Rome, et dans les villes-préfectures, c'est le préfet envoyé de Rome, qui ont la juridiction sur le territoire de la cité, et devant lesquels s'accomplissent les actions de la loi. *Duumvir J. D.*, *Præfectus J. D.* (*Duumvir* ou *Præfectus Juri Dicundo*) : telle est la qualification qui leur est restée sur un grand nombre d'inscriptions, et qui témoigne de leur pouvoir. — Dans les provinces où Rome envoya d'abord des préteurs spécialement nommés pour les gouverner, c'est le préteur provincial qui a la juridiction; mais tant qu'il l'exerce à l'égard des provinciaux, des sujets pérégrins, il n'est pas question d'action de la loi, puisque ces sujets ne participent pas au droit quiritaire. C'est encore la procédure imaginée à Rome par le préteur pérégrin, la procédure formulaire, qui s'introduit forcément pour eux.

1851. Après l'indication des magistrats, il faut passer à celle des juges. Bien que les deux mots soient quelquefois employés l'un pour l'autre, même dans les auteurs latins, cependant, pour le jurisconsulte, dans la langue scientifique, ils ont une signification bien différente. La mission du juge ne commence qu'après que le rite des actions de la loi a été accompli devant le magistrat, et que le juge a été donné aux parties. Cette mission consiste à examiner la contestation et à la décider par une sentence (2). Pour l'exécution de cette sentence, il faut revenir au magistrat. — Déjà, sous la première période qui nous occupe, nous trouvons des juges de deux sortes : les uns sont désignés et constitués juges pour l'affaire seulement; avec le prononcé de leur sentence expire leur pouvoir; les autres sont constitués en collège judiciaire per-

(1) Voir sur toutes ces créations de magistrats notre tom. I, *Hist.*, n°s 36, 93, 98, 108, 151, 160, 161 et 222. — (2) *VARRO*, *De ling. latin.* V. 7. « *Dico* originem habet græcam quod Græci δικάζω... Hinc *dicare*, hinc *judicare* quod tunc jus dicatur, hinc *judex* quod judicat accepta potestate, id est quibusdam verbis dicendo finit. »

manent. Les premiers sont : le juge unique, *unus judex*, ou les arbitres, *arbitri*; les seconds sont les centumvirs et les décemvirs.

1852. La loi des Douze Tables fait déjà mention du juge et de l'arbitre : *judex arbiterve* (tom. I, *Hist.*, tab. II, § 2, pag. 100). Elle ordonne la dation de trois arbitres (*arbitros tres dato*) pour quelques causes spéciales, entre autres pour les contestations sur les limites, et pour celles sur la possession (*Ib.*, tab. VII, § 5, et XII, § 3, pag. 109 et 118. — Il n'y a pas eu, entre le juge et les arbitres, du moins dans les termes, une différence tellement tranchée, qu'on les ait radicalement séparés l'un de l'autre; car Cicéron s'étonne ironiquement que tant d'esprits ingénieux, depuis tant d'années, n'aient pu encore décider si l'on doit dire *judex* ou *arbiter* (1). La confusion vient, en grande partie, de ce que le mot *judex* est le titre générique qui peut s'appliquer même à l'arbitre, celui-ci n'étant qu'une espèce de juge. Aussi la seconde action de la loi ne porte-t-elle que le nom de *judicis postulatio*, quoiqu'on y demande aussi la dation d'un arbitre; de même plus tard, dans le système formulaire, la constitution du juge se fait en ces termes : *judex esto*; jamais en ceux-ci : *arbiter esto*, quoiqu'il s'agisse d'un arbitre. Pris dans son sens spécial, le mot *judex* paraît être l'expression propre pour les causes rigoureusement déterminées dans leurs conséquences par le droit civil : tandis que celui d'*arbiter* semble réservé pour les causes qui exigent dans le juge la connaissance d'un certain art, ou qui, n'étant pas strictement précisées dans leurs résultats, comportent une certaine latitude d'appréciation (2). — Le juge est toujours unique (*unus judex*) (3); l'*arbiter* aussi, communément : cependant nous voyons, par les Douze Tables elles-mêmes, qu'il peut y en avoir jusqu'à trois (4). — Le *judex*, durant tout le règne des actions de la loi, est pris uniquement dans la classe des sénateurs (*ordo senatorius*); le pouvoir judiciaire, sous ce régime, est le monopole de la caste patricienne : ce n'est qu'au temps des Gracques (an 632), plus de cinquante ans après la suppression des actions de la loi, que les chevaliers commencent à y être admis (tom. I, *Hist.*, n° 280). Quant aux arbitres, on peut mettre en doute qu'il en fût de même; on peut conjecturer que leur ministère exigeant fréquemment la connaissance de certain art, une

(1) *CICÉRON*, *Pro Murena*. XII. « Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum... *judicem* an *arbitrum*... dici oporteret. » — (2) *FESTUS*. « *Arbiter* dicitur *judex* qui totius rei habeat *arbitrium* et *facultatem*. » — *CICÉRON*, *pro Rosc. comed.* c. 4, a tracé entre le *judicium* et l'*arbitrium* un parallèle bien connu, mais qui se réfère plus spécialement au système de la procédure formulaire. Nul doute à mes yeux, cependant, que le fond de la distinction ne soit le même sous le régime des actions de la loi. — (3) *GAI.* *Comm.* 4. §§ 104, 105 et 109, etc. — (4) Nombre réduit plus tard à un seul pour tous les cas. *CICÉRON*, *De legib.* 1. 21. — Voir *Hist. du Dr.*, p. 109, note 2.

plus grande latitude devait être laissée aux choix des parties. Cependant j'ai peine à le croire par le temps où nous sommes, et je pense qu'ils ont été aussi, durant toute cette époque, limités exclusivement à la classe sénatoriale (1). — Mais, en restant dans cette classe, les parties ont le droit de choisir leur juge (*judicem sumere*), ou du moins de récuser sans motif celui qui leur est proposé (*judicem recusare, ejerare, rejicere*), si elles ne veulent pas l'agréer. Ainsi, la cité nomme le magistrat, les parties choisissent leur juge (tom. I, *Génér.*, n° 252). Nos ancêtres ont voulu, dit Cicéron, que de quelque mince intérêt qu'il s'agit, il n'y eût d'autre juge que celui dont les parties seraient convenues entre elles (2) : soit que le demandeur, conformément à l'usage le plus commun, le propose (*judicem ferre*), et que le défendeur l'accepte; soit que la proposition vienne du défendeur, soit qu'elle vienne du magistrat. En cas de désaccord persistant sur toutes les propositions, on peut conjecturer que l'on recourait à la voie du sort (3); ou bien que l'on procédait par voie d'élimination, les parties étant obligées, sur un certain nombre présenté par le magistrat, de choisir indirectement en récusant tous ceux qu'elles ne voudraient pas (4). Une fois le juge convenu ou agréé, le magistrat l'attribue aux parties (*judicem addicere*). Celui-ci, à moins d'excuse légitime, ne peut refuser, car cet office est une charge publique (5).

1853. Le collège des centumvirs, auquel se rattachent les décevirs, nous l'avons déjà dit, fut un notable affranchissement du monopole judiciaire des patriciens. Soit que sa création doive être attribuée à la réaction de Servius Tullius contre l'aristocratie de race, soit qu'elle n'ait eu lieu que plus tard, à mesure des progrès politiques des plébéens, c'est une institution démocra-

(1) S'il y avait eu entre le *judex* et l'*arbiter* cette différence si tranchée, que l'un dût être pris forcément sur les listes judiciaires annuelles, et que l'autre pût être choisi en dehors, comment les aurait-on encore tellement confondus au temps de Cicéron?

« Ergo dato
De senatu Cyrenesi quemvis opulentem arbitrum. »
PLAUTE, *Rudens*, act. 3, scène 4, vers 7 et 8.

Au temps de Sénèque, il semble qu'on soit autorisé à conjecturer, par un passage *De beneficiis*, lib. 3, § 7, que les arbitres pouvaient être choisis hors de l'*album* où devaient se prendre les juges. Cependant, même pour cette époque, ce passage est loin d'être concluant, ainsi que nous le démontrerons plus loin. — Il ne faut pas confondre ces arbitres avec les arbitres purement volontaires, que les parties sont toujours libres de se donner par compromis, et de prendre n'importe où. — (2) Cicér. *Pro Cluentio*, c. 43. « Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. » — (3) PLIN. *Hist. nat. præf.* « Plurimum refert sortiatum aliquis judicem an eligat. » — Argum. de Cicér. *In Verr.* III. 13. — *Sortitor* Minos, dit Virgile. — (4) Argum. de Cicér. *In Verr.* II. 31. — (5) D. 5, 1. *De judic.* 78. f. Paul. « Judicare munus publicum est. » — 50. 5. *De vacat. et excus. mun.* 13. § 2. f. Ulp. « Qui non habet vacationem, etiam invitum judicare cogitur. »

tique. Les centumvirs sont élus annuellement et indistinctement dans chaque tribu : la plèbe arrive à l'autorité judiciaire. Le collège est permanent, son personnel est élu et annuel. Tribunal éminemment quiritaire, devant lui se plante la lance (*hasta*), symbole de la propriété romaine. Sa compétence s'étend à ces trois points : questions d'état, questions de domaine *ex jure Quiritium* et de ses démembrements, questions de successions testamentaires ou *ab intestat* : de sorte que tant qu'il se maintint dans sa vigueur et dans sa compétence exclusive, il ne resta plus au juge et aux arbitres que les questions d'obligations ou de possession. Le collège des centumvirs ne connaît d'autre procédure que celle des actions de la loi, et la seule de ses actions qui lui soit applicable, c'est l'action *sacramenti*, puisque dans les deux autres il s'agit de la dation d'un juge. Quand le rite de l'action a été accompli devant le magistrat, les parties pour le jugement sont renvoyées devant les centumvirs, d'où elles reviennent ensuite au magistrat, pour l'exécution. — Le caractère et l'importance politique du collège centumviral, surtout sa popularité plébéenne, ont amené dans l'histoire de la procédure ce phénomène particulier, que lorsque le système des actions de la loi est tombé sous l'animadversion publique, vers la fin du sixième siècle de Rome, le tribunal centumviral en a sauvé une bonne partie. En effet, trop bien placé dans les institutions de la république pour tomber aussi, ce tribunal est resté; et comme il ne comportait d'autre procédure que celle des actions de la loi, et parmi celles-ci que l'action *sacramenti*, il a ainsi, même dans sa décadence postérieure et progressive, perpétué presque jusque sous le Bas-Empire, au milieu des nouvelles procédures, l'emploi de cette action de la loi. C'est lui qui en a conservé les vestiges jusque dans la pratique de l'époque impériale (1).

1854. Quant aux récupérateurs (*recuperatores*), nous croyons cette institution introduite déjà sous le règne des actions de la loi (2); mais nous la croyons étrangère au régime de ces actions, auquel elle vient porter brèche. C'est une de ces institutions qui sont amenées par les relations avec les étrangers, et qui tiennent

(1) Je ne reviens pas sur les détails que j'ai déjà donnés relativement au collège centumviral et à sa division en quatre conseils ou sections (*concilia, tribunalia, hastæ*), ni sur les sources et les preuves que j'ai déjà citées, tom. I, *Hist.*, nos 166 et suiv. — (2) Il est question de récupérateurs dans PLAUTE, par conséquent vers le milieu du sixième siècle de Rome, postérieurement à la création du préteur pérégrin, et quelques années, selon moi, avant la suppression des actions de la loi par la loi *ÆBUTIA*.

« Quem ad recuperatores modo damnavit Plausidippus. »

(PLAUTE, *Rudens*, act. 5, scène 1, vers 2.)

Sur ces diverses sortes d'autorités judiciaires, juges, arbitres, centumvirs, récupérateurs, voir ce que nous avons déjà dit, tom. I, *Hist.*, nos 162 et suiv., 166 et suiv.