

à l'introduction du droit des gens dans le droit civil. C'est un allègement non-seulement au monopole judiciaire des patriciens, mais aux principes du droit quiritaire lui-même. Nous rattachons à la juridiction du préteur pérégrin la régularisation de l'emploi des récupérateurs, auxquels les citoyens recoururent eux-mêmes; et c'est précisément en ces récupérateurs que nous voyons la première origine du second système de procédure.

1855. En somme, dans la procédure des actions de la loi, après l'accomplissement de l'action, lorsque le magistrat ne termine pas lui-même l'affaire par son pouvoir, ceux à qui le jugement à faire est renvoyé, sont uniquement, dans le principe, les juges ou les arbitres pris dans l'ordre des sénateurs. Plus tard vient s'y adjoindre le collège des centumvirs, auquel se lient les décevirs; et, dès lors, les règles de compétence entre ces divers instruments judiciaires me paraissent pouvoir se résumer ainsi. Le renvoi des parties a lieu pour être jugées :

Devant le collège centumviral, s'il s'agit de question d'état, de propriété quiritaire, ou de successions;

Et devant un juge ou devant un ou plusieurs arbitres, s'il s'agit d'obligations ou de possession : le juge, plus spécialement pour les causes dont le résultat est rigoureusement déterminé par le droit civil; l'arbitre, pour celles qui comportent une certaine latitude d'appréciation ou qui exigent la connaissance de certain art.

Il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots sur chacune des actions de la loi en particulier.

Actions de la loi pour le procès.

De l'action sacramenti.

1856. C'est la plus ancienne des actions de la loi, la seule peut-être qui existât, dans l'origine, pour faire décider un procès. C'est l'action de la loi primitive et quiritaire, celle qui contient au plus haut degré le caractère pontifical et le symbolisme matériel d'une époque barbare. Les deux autres formes de procès par action de la loi, qui sont venues après elle, la *judicis postulatio* et la *condictio*, n'ont été, à vrai dire, que le résultat des efforts faits successivement par les Romains pour se débarrasser du *sacramentum*; un commencement de démolition plutôt qu'une extension du système primitif; et, suivant moi, toute l'histoire de la procédure romaine se ramène à l'histoire de ce travail de démolition contre l'action *sacramenti*. La civilisation, en marchant, détruit le symbolisme grossier, et le simplifie, et le spiritualise de plus en plus.

1857. Bien que l'action *sacramenti* soit la plus ancienne, la plus matérielle, celle à laquelle chaque innovation est venue faire brèche, cependant c'est encore celle qui a duré le plus longtemps,

qui a laissé le plus de vestiges dans le droit, et qu'il importe le plus d'étudier. En effet, dans le système des actions de la loi, elle est le type, l'institution première et centrale; les deux autres n'ont été que deux satellites, produits de ses échancrures et disparus avant elles. C'est aussi celle qui nous est le plus et le mieux connue (1).

1858. Jadis, il est à croire que l'action *sacramenti* était employée pour tout procès, soit de droits réels quelconques, soit d'obligations. Les procès en matière d'obligations lui ont été successivement retirés par la création des deux autres actions. En sa qualité d'action générale, elle reste applicable pour toute cause qui n'a pas été spécialement soumise à une autre *legis actio* (2).

1859. Le *sacramentum*, à proprement parler, est une somme pécuniaire, égale pour chaque partie, qui était déposée par l'une et par l'autre entre les mains des pontifes, de telle sorte qu'elle devait rester perdue pour la partie qui succomberait, et acquise au trésor de l'État (*ærarium*) pour le service des sacrifices publics (*sacra publica*) (3). L'action de la loi *sacramento* est celle qui s'accomplit au moyen de ce dépôt. Elle consiste dans une provocation à déposer et à risquer cette somme, provocation que les parties se font en termes consacrés, en s'adressant tour à tour la parole, comme c'est la coutume dans les actions de la loi. C'est là le fond de toutes les variétés d'application de l'action *sacramenti*.

— La loi des Douze Tables avait fixé le montant du *sacramentum* à la somme de cinq cents ou de cinquante as, selon que l'objet de la contestation était de mille as et au-dessus, ou de moindre valeur; en ayant soin, pour ne pas entraver les réclamations de liberté, de leur appliquer le plus petit *sacramentum*, celui de cinquante as (4). — Au lieu du dépôt réel de la somme, les parties

(1) Dans le manuscrit de Gaius, les détails de l'action *sacramenti*, sauf une lacune regrettable, nous sont donnés : tandis que ce qui concerne la *judicis postulatio* manque entièrement, et la *condictio* à moitié. Gai. Comm. 4. §§ 12 et suiv. — (2) Gai. Comm. 4. § 13 : « *Sacramenti actio generalis erat, de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.* » — (3) FESTUS (*hoc verbo*) : « *Sacramentum æs significat quod pœnæ nomine penditur, sive ab eo qui interrogatur, sive ab eo cui contenditur... sacramenti autem nomine id æs dici ceptum est, quod et propter ærarii inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur in rebus divinis.* » — VARRO. *De ling. latin.* IV. 36 : « *Ea pecunia quæ in iudicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiebatur, de aliis rebus utriusque quingenos ad pontem (pontifices) deponabant; de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferabat, vicini ad ærarium redibat.* » — (4) Gai. Comm. 4. § 14. — Voyez aussi les passages de FESTUS et de VARRON, cités à la note précédente. — Il paraît que du temps de Gaius, dans les cas pour lesquels l'action *sacramento* avait survécu, cette somme était encore la même : les cent vingt-cinq sesterces dont parle Gaius, Comm. 4. § 95, équivalant, ainsi que le fait remarquer M. de Savigny, à cinq cents as.

furent admises, par la suite, à en faire seulement garantir le paiement par des répondants que le prêteur recevait : « ce sont ces répondants qui se nomment *prædes sacramenti* (1). »

La décision du procès consistait à dire que le *sacramentum* de telle ou de telle des parties était *justum* : d'où, comme conséquence contre l'autre partie, l'acquisition au trésor public de son *sacramentum* jugé injuste, et, en outre, la perte de l'objet du litige (2).

Tel est le fond même de l'action *sacramenti*; ce qui se retrouve dans toutes ses applications. Quant aux détails des gestes à accomplir et des paroles à prononcer, ils variaient suivant les divers cas. Sous ce rapport, la distinction principale et bien tranchée qui se présente est celle qui existait entre les réclamations de propriété quiritaire ou de tous autres droits réels, et les poursuites d'obligations.

1860. L'action *sacramenti* en matière de propriété quiritaire ou de droits réels quelconques doit être étudiée la première; car c'est précisément le point qui offre le caractère le plus symbolique et le plus singulier, le point qui s'est maintenu, qui a survécu le plus longtemps soit en réalité, soit en fiction, enfin qui a laissé le plus de traces dans le droit romain et que nous connaissons le mieux. L'application de l'action *sacramenti* aux poursuites d'obligations, au contraire, a été de peu de durée, ayant été remplacée de bonne heure par les deux autres actions de la loi, et elle nous est moins bien connue.

1861. 1^o De l'action *sacramenti* dans les réclamations de propriété quiritaire ou de droits réels quelconques. La pantomime, en cette matière, commence par le simulacre d'un combat entre les parties, pour la chose même, qui est présente, et qu'elles se disputent la lance au poing : on dirait que les premiers civilisateurs se sont efforcés de réduire en simple représentation fictive les réalités brutales d'une époque toute barbare encore. Sur ce combat accompli devant ses yeux, le magistrat interpose sa parole et ordonne que la violence cesse de part et d'autre. Alors les deux adversaires, que ce combat interrompu a constitués dans une situation parfaitement égale, et entre lesquels il n'existe encore ni demandeur ni défendeur, se provoquent mutuellement au *sacramentum*. Cela fait, il s'agit de leur donner un juge. Le magistrat décide, suivant ce qui lui paraît convenable d'après les circonstances et moyennant garantie pour la restitution, à qui, pendant

(1) GAL. COMM. 4. §§ 13 et 16. — (2) Ainsi, Cicéron nous raconte que, défendant la liberté d'une certaine Aretina, l'affaire examinée et délibérée, il fut décidé que son *sacramentum* était *justum*. CICÉR. *Pro Cæcin.* 33. D'où ces expressions usitées : *sacramentum justum judicare; justo sacramento contendere; injustis sacramentis petere*. CICÉR. *Pro domo.* 29. *De orat.* 1. 10. *Pro Milon.* 27. — Nous verrons qu'il en fut de même plus tard de la *sponsio*, qui, dans la procédure formulaire, remplaça le *sacramentum*.

la durée du procès, restera la possession intérimaire de la chose. Puis, il renvoie les parties devant le juge qu'il leur donne : ce juge est ici le collège des centumvirs, du moment qu'il a été créé. Le plaideur à qui la possession intérimaire a été attribuée étant ainsi constitué *possessor*, l'autre a, devant le juge, le rôle de demandeur (*petitor*).

Voilà les généralités; voici maintenant les détails, les formules et les dénominations techniques.

1862. Les parties sont, devant le magistrat (*in jure*), amenées selon le mode commun à toutes les actions. Il paraît que d'abord, par préliminaire, elles y exposent chacune librement, sans formules sacramentelles, l'objet et le motif de leurs prétentions (1); puis on procède à l'accomplissement de l'action de la loi.

1863. Le combat simulé se composait de la *manuum consortio* et de la *vindicatio* : il devait avoir lieu en présence même de l'objet du litige. Cet objet, s'il était mobile et facilement transportable, avait donc dû être amené ou apporté au tribunal (*in jure*). L'une des parties tenant à la main une baguette (*vindicta, festuca*), symbole de la lance, qui elle-même était le signe du domaine quiritaire, saisissait d'une main l'objet contesté, par exemple un esclave, et de l'autre apposant sur lui la *vindicta*, elle disait : « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI. ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. » L'adversaire en faisait et en disait autant. Telles étaient, à proprement parler, la *manuum consortio* et la *vindicatio*, expressions qui se prennent souvent l'une et l'autre pour tout l'ensemble de cette formalité. Gaius ne parle même pas spécialement de la *manuum consortio*, qui consiste plus particulièrement dans l'apposition simultanée des mains des deux adversaires sur la chose contestée. C'est cette violence juridique et nominale qu'Aulu-Gelle appelle *vis civilis et festucaria*, par opposition à la violence belliqueuse d'un combat réel (2). Jusqu'ici, comme on le voit, le

(1) Cela résulte des formules qui vont suivre, par lesquelles les parties, s'interpellant tour à tour, se réfèrent chacune à ce qu'elles ont déjà dit : « *Sicut dixi, jus peregi.* » — (2) AUL.-GELL., *Noct. attic.* XX. 10. « *Manum conserere est de qua re disceptatur, in re præsentî, sive ager, sive quid aliud esset, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare...* Idque Ennius significare volens, ait, non ut ad prætorem solitum est agi legitimis actionibus, neque ex jure manum consortium, sed bello ferroque et vera vi atque solida. Quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem festucariam, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi bellica et cruenta. » — VARRO., *De ling. lat.* V. 7 : « *Sic conserere manum dicimur cum hoste.* » — On voit qu'Aulu-Gelle comprend dans le *manum conserere* même le *verbis vindicare*. Je n'aperçois pas bien, pour mon compte, que les deux adversaires dussent, comme le pensent quelques interprètes, se saisir les mains l'un à l'autre pour simuler le combat. Gaius n'en dit rien, et les paroles d'Aulu-Gelle lui-même, *correptio manus in re atque loco præsentî, ad conserendam manum in rem de qua ageretur... vis festucaria, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret*, montrent que c'est l'appréhension simultanée de la chose, l'apposition

rôle des deux adversaires est égal : ou le premier ou le second, peu importe, chacun fait également la vindication de la chose (*qui prior... qui contra vindicat*). — Du nom de la baguette, *vindicta*, qui simule la lance (1), sont venus : 1° le mot *vindicatio*, donné à cette formalité, et, par figure de langage, à toutes les actions réelles en général; 2° le mot *vindicia* ou *vindicatæ*, qui désigne aussi, dans son acception primitive, la même formalité; puis, par figure de langage, la chose même qui est vendiquée, ou le fragment représentatif de cette chose qui est apportée *in jure*; puis, toujours par extension, la possession intérimaire de cette chose, et enfin les fruits perçus pendant cette possession (2). De la *manuum consertio*, et de l'apposition des mains sur la chose en litige (*manu asserere*), dérive le mot *asseror*, appliqué surtout à celui qui vendique un homme pour la liberté, *asseror libertatis* (3).

1864. Mais si la chose litigieuse n'était pas de nature à pouvoir être apportée *in jure*, la procédure avait dû nécessairement subir quelques modifications. Dans le principe le magistrat se transportait sur le lieu même avec les adversaires, et là se faisaient la *manuum consertio* et la *vindicatio*. Toutefois, pour ces objets, surtout pour les édifices et pour les fonds de terre, la *manuum consertio* prenait un caractère particulier. Les immeubles ne pouvant être saisis manuellement, le combat consistait, entre les deux adversaires, en ce que l'un en expulsât l'autre et l'amenât ainsi par violence au magistrat présent, devant lequel chacun faisait alors la *vindicatio*. Cet enlèvement de l'un des plaideurs par l'autre était ce qu'on nommait la *deductio* (4). Il n'y avait

de la *vindicta* et les paroles qui l'accompagnent, qui constituent la *manuum consertio*, la *vis festucaria* dont il parle.

(1) Le mot *vindicta* ne vient-il pas lui-même de *indicare*, *indicta*? — (2) AULU-GELLE, *Noct. attic.* XX. 10 : « *Vindicia*, id est co-reptio manus in re atque loco presentis. » — FESTUS : « *Vindicatæ* appellantur res eæ de quibus controversia... de quo verbo Cincius sic ait : *Vindicatæ* olim dicebantur illæ (res) quæ ex fundo sumptæ in jus adlatæ erant. » — (3) FESTUS : « *Sertorem* quidam dictum putant a prendendo, quia cum cuiquam adserat manum, educendi ejus gratia ex servitute in libertatem, vocatur adsertor. » — (4) C'est ainsi que j'explique la nécessité de la *deductio* pour les immeubles et pour tous les objets non transportables. C'est une autre forme de combat, parce que la lutte pour ces objets ne consiste pas à les saisir, mais à s'en expulser l'un l'autre. — WALTER donne pour motif à cette *deductio*, que le préteur n'étant pas sur les lieux lors du combat simulé, pour imposer la paix, la violence était censée continuer jusqu'à son tribunal où l'un des adversaires était entraîné (voir la traduction de M. LABOULAYE, chap. 3, p. 26) : dans ce système, la *deductio* n'aurait été imaginée et pratiquée qu'à l'époque où le préteur a cessé de se rendre sur les lieux avec les parties. — BACHOFEN (*De Romanorum judiciis civilibus*, Götting., 1841, p. 76) attribue la *deductio* à la nécessité que les parties fussent constituées dans une situation égale. En conséquence, pour les immeubles, comme il y avait un possesseur, il fallait qu'il en fût arraché et amené *in jure*. Dans cette opinion la différence résiderait non pas entre les objets transportables et ceux non transportables, mais entre les meubles et les immeubles. L'auteur

pas d'importance pour les contendants à y jouer un rôle plutôt que l'autre : ces actes n'étaient que les violences fictives d'un combat que le préteur allait faire cesser et qui laissaient le droit indécis (1). — Mais avec le temps, par suite de l'extension du territoire et de la multiplicité des affaires, le déplacement du magistrat devenant impraticable, il s'établit, dit Aulu-Gelle, par consentement tacite, contrairement aux Douze Tables, que les parties, devant le tribunal, se provoqueraient mutuellement à se rendre de là sur les lieux contestés, pour y opérer entre elles le combat. C'est là ce qui se nomme *ex jure manuum consertum vocare*. Sur l'ordre du préteur, elles s'y rendaient chacune avec ses témoins, *utriusque superstibus presentibus* (2); là le combat était simulé, et l'une des parties, par conséquent, en était amenée *in jure*, par une violence feinte et de convention; on avait soin d'apporter, en même temps, un fragment représentatif de la chose contestée, une glèbe du champ, une tuile de l'édifice, un morceau détaché de la colonne, une brebis, une chèvre du troupeau, ou même seulement une touffe de la toison ou du poil, et, sur ce fragment, la vindication s'accomplissait devant le magistrat (3). C'est là la *deductio quæ moribus fit* (4). — Enfin, une nouvelle simplification s'introduisit encore : les parties, pour éviter un double voyage, purent, avant même de comparaître à Rome au tribunal, se rendre en leur particulier sur les lieux contestés; de là, faisant comme par anticipation la *deductio* convenue, et munies du fragment représentatif de la chose, elles arrivaient *in jure* devant le préteur; et ce n'était plus qu'en paroles et en pantomimes fictives que, sans sortir du tribunal, s'accomplissait l'aller sur le terrain litigieux, ainsi que le retour. C'était en cet état que se trouvait la procédure au temps de Cicéron, et c'est en cet état qu'il la tourne si agréablement en dérision dans une de ses saillies facétieuses, où il nous a transmis

invoque à l'appui, par rapprochement, la différence entre les meubles et les immeubles dans les interdits *utrubi et uti possidetis*. Dans ce système, ce serait toujours le possesseur qui devrait être *déduit*, et non pas l'une ou l'autre partie indifféremment, comme nous le voyons dans les sources. — Du reste, quelle que soit l'explication qu'on cherche à donner des motifs de la *deductio*, on est généralement d'accord sur ce que c'est que cette formalité. Et je ne saurais admettre comme exacte la notion émise par M. BONJEAN (tom. I, p. 384), qui appelle *deductio* le transport même des parties, avec ou sans le préteur, sur le terrain litigieux. Cette notion est reproduite presque textuellement du traité de ZIMMERN, § 41; mais il y a sur ce point dans ZIMMERN quelque obscurité et une contradiction palpable, car, à la fin du § 39, il explique fort exactement ce que c'est que la *deductio*.

(1) CICÉR. *Pro Tullio*, c. 20 : « Ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. » — (2) FESTUS : « *Superstiles testes presentes* significat; cujus rei testimonium est, quod *superstibus*, ii inter quos controversia est, *vindicatæ sumere jubentur*. Plautus in *Artemone* : *Nunc presentibus mihi licet quidvis loqui, nemo hic adest superstes.* » — (3) AUL.-GELL. *Noct. attic.* XX. 10. — GAI. *Comm.* 4. § 17. — (4) CICÉR. *Pro Cæcin.* c. 1. 7. 8. 32.

quelques-unes des paroles sacramentelles qui se prononçaient (1). — Quant à Gaius, il est à remarquer qu'il ne parle plus de la *deductio* en aucune manière, mais seulement de l'apport d'un fragment représentatif de la chose. Faut-il attribuer ce silence à une complète désuétude de la *deductio*, ou seulement à la lacune qui existe en cet endroit dans le manuscrit (2)?

1865. Le combat étant ainsi représenté par la *manuum consertio* et par la *vindicatio*, le prêteur interposait sa parole et faisait cesser cette lutte, en disant, par exemple, si l'objet disputé était un esclave : *MITTITE AMBO HOMINEM* (lâchez tous deux cet homme); les deux adversaires le lâchaient. Alors on passait à la constitution du *sacramentum*. Celui qui avait vendiqué le premier interrogeait ainsi son adversaire : *POSTULO, ANNE, DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS* (je demande si tu ne diras pas pour quel motif tu as vendiqué); — l'autre répondait : *JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI* (j'ai parachevé l'acte de mon droit, suivant l'imposition que j'ai faite de la vindicte); — le premier reprenait : *QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI (D. L.) ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO* (comme tu as vendiqué sans droit, je te provoque par le *sacramentum*, de cinq cents ou de cinquante as, suivant le cas); — *SIMILITER EGO TE* (et moi également je te provoque), répliquait celui-ci.

1866. Après cette constitution du *sacramentum*, il s'agissait de la dation du juge; mais avant de le donner, le prêteur attribuait à l'une des parties les *vindicatæ*, c'est-à-dire la possession

(1) Cicér. *Pro Muræna*, c. 12 : « On pouvait très-bien procéder ainsi : *Fundus Sabinus meus est. — Immo meus* (Le fonds Sabinus est à moi. — Au contraire, il est à moi), et ensuite juger. Ils s'en sont bien gardés. *Fundus*, dit l'un, *qui est in agro qui Sabinus vocatur* (le fonds qui est au lieu qui se nomme Sabinus). Voilà bien des mots; poursuivons; après? *Eum ego ex jure Quiritium meum esse aio*. (Ce fonds, je dis qu'il est à moi selon le droit quiritaire.) Et après? *Inde ibi ego te ex jure manuum consertum voco*. (En conséquence, moi, ici, je t'appelle du tribunal au combat.) A tout ce verbiage de plaideur, celui contre qui le fonds était demandé ignorait la réponse. Le même jurisconsulte passe à lui, comme un joueur de flûte latin, et lui souffle ceci : *Unde tu me, ex jure manuum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* (Puisque tu m'as appelé, dit-il, du tribunal au combat, pour cela, moi, ici, je t'y appelle également.) Là-dessus, de peur que le prêteur ne se crût trop habile et privilégié, et qu'il ne s'avisât de dire lui-même quelque chose de son propre mouvement, on lui a composé, à lui aussi, son chant sacramentel, non moins absurde que les autres. Il dit donc alors aux plaidens : *Suis utrisque superstitionibus presentibus, istam viam dico : inite viam!* (A vous, accompagnés chacun de vos témoins, j'ordonne de prendre ce chemin : allez!) Vite, notre savant était là pour leur montrer la route. *Redite viam!* (Retenez!) Et ils revenaient sous la conduite du même guide. C'étaient des choses, je le crois, qui devaient déjà paraître bien ridicules, même à ces jurisconsultes à longue barbe, que d'ordonner à des hommes de s'en aller du lieu où ils sont et où ils doivent être, afin qu'une fois partis ils y reviennent à l'instant même. Les autres formules : *Quando te in jure conspicio*; et celle-ci : *Sed anne tu dicis quæ est causa cur vindicaveris?* ne sont pas moins vides de sens... » etc. — Pour compléter les idées sur la déduction au temps de Cicéron, conférez Cicér. *Pro Cæcina*, c. 1. 7. 8, et *Pro Tullio*, 16. — (2) Gai. Comm. 4. § 17.

intérimaire de la chose vendiquée. C'est ce qu'on nomme *vindicatæ secundum alterum dicere* (1). Le mot *vindicatæ* est pris ici, selon les diverses acceptions que nous venons de donner, n° 1863, pour les choses mêmes vendiquées, et, par extension de langage, pour la possession de ces choses. — Mais cette possession n'était accordée qu'à la charge, par celui qui l'obtenait, de donner à son adversaire des répondants qui garantissaient la restitution de la chose et des fruits, si par l'issue du procès cette restitution devait avoir lieu. Ces répondants, qu'il ne faut pas confondre avec les *prædes sacramenti* que recevait le prêteur, sont ceux qu'on nomme *prædes litis et vindiciarum*. Le mot *vindicatæ* désigne ici, selon ce que nous avons encore dit n° 1863, les fruits perçus durant la possession intérimaire (2). — Le prêteur ne paraît pas s'être assujéti, dans le principe, pour cette attribution de la possession intérimaire, aux règles établies plus tard dans les interdits possessoires du système formulaire. Il était libre d'accorder cette possession à l'une ou à l'autre des parties, selon les divers motifs qui pouvaient le lui faire juger convenable; par exemple : l'apparence du droit le mieux fondé, ou le plus de sécurité; la meilleure administration, ou la possession antérieure, et autres raisons semblables. C'était seulement dans les réclamations de liberté qu'il n'était pas libre. Ici, quelles que fussent les autres considérations, la possession intérimaire, d'après une disposition formelle des Douze Tables, devait toujours être donnée dans le sens de la liberté (3). C'est le fameux procès de Virginie! Nous savons que les questions d'état (liberté, cité, ou famille) sont de véritables questions de droits réels.

1867. 2° *De l'action sacramenti dans les poursuites d'obligations*. Ici, il n'y avait pas de *vindicta* ni de combat simulé, ni d'attribution de la possession intérimaire (*vindicatæ*). Dès le principe, il existait un demandeur et un défendeur. Les parties devaient, en s'adressant tour à tour la parole, selon la coutume des actions de la loi, s'interpeller sur l'obligation que le demandeur prétendait exister et que le défendeur niait, ensuite se provoquer réciproquement par le *sacramentum*; puis venaient les formes relatives à la dation du juge. Mais la série des paroles sacramentelles prononcées dans toute cette procédure ne nous est pas connue; le manuscrit de Gaius s'est trouvé illisible en

(1) Gai. Comm. 4. § 16 : « Postea prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat. » Voir les fragments des Douze Tables, tom. I, *Hist.*, tab. VI, § 6, p. 107; et tab. XII, § 3, p. 118. — Quand cette possession intérimaire était attribuée, non pas au possesseur actuel, mais à son adversaire, cela s'appelait, par rapport à ce possesseur, *vindicatæ ab eo abdicere*; Dig. 1. 2. *De orig. jur.* 2. § 24. f. Pomp. — (2) Gai. Comm. 4. § 16 : « Eumque jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum. » — De même, § 91. — Simplement *prædes litis vindiciarum*, § 94. — Cicér. *In Verr.* 1. 45. — (3) Voir tom. I, *Hist.*, fragments des Douze Tables, tab. VI, § 6, p. 107, avec les sources à l'appui.

cet endroit, et les conjectures faites pour son rétablissement, d'après quelques fragments de formules et quelques indications éparses, ne sont bonnes que pour nous donner une idée de ce que ces formules pouvaient être à peu près (1). Nous croyons que les paroles devaient varier beaucoup, suivant la cause et l'objet de l'obligation; et que c'était ici que les pontifes avaient eu fort à faire pour rédiger leur formulaire dans la prévoyance des divers cas, et en calquant, autant que possible, les formules sur les termes de la loi (2). C'était ici que devaient se rencontrer aussi, comme accessoires ou comme préliminaires, pour certains cas particuliers, quelques formalités spéciales et symboliques, telles que celles de l'action *furti lance licioque concepti*, qui furent supprimées, avec les actions de la loi, par la loi *Æbutia*, selon ce que nous dit Aulu-Gelle (3).

1863. Depuis la loi *Pinaria*, il est certain, pour nous, que, même dans l'action *sacramenti*, un juge était donné aux parties, non pas aussitôt après la demande qu'elles en avaient faite, mais après un délai de trente jours. Ceci était commun au *sacramentum*, tant en matière de droits réels qu'en matière d'obligations (4). La loi *Pinaria* avait-elle seulement réglé ce délai de trente jours, ou bien avait-elle introduit la dation du juge elle-même? C'est une question que nous avons déjà examinée, n° 1845 et suiv.

1869. Ce fut l'action *sacramenti*, dans son application aux droits réels, qui se continua longtemps et qui survécut à toutes les autres actions de la loi. C'est elle aussi, dans sa première formalité, la *vindicatio*, qui se retrouve employée fictivement dans toutes les variétés de l'*in jure cessio*, et qui, comme telle, joue un rôle si important pour la translation, pour la constitution des droits civils. — Quant à l'application de l'action *sacramenti* pour les cas d'obligations, au contraire, elle se réduisit de bonne

(1) M. HEPFTER, d'après les indices qu'on peut saisir encore dans le manuscrit de Gaius, d'après quelques fragments de formules recueillis dans Cicéron, dans les *Notæ* de Valerius Probus, et qui peuvent paraître avec plus ou moins de fondement se référer ici, a cru pouvoir rétablir ainsi le dialogue sacramental :

Le demandeur : *Quando in jure te conspicio, postulo an fias auctor, qua de re mecum nexum fecisti?*

(Le défendeur répond négativement.)

Le demandeur : *Quando negas, sacramento (D. L.) te provoco.* (Je supprime un fragment de formule que M. Hefster ajoute ici, mais qui ne me paraît pas à sa place.)

Le défendeur : *Quando ais neque negas me nexum fecisse tecum, qua de re agitur, similiter ego te sacramento (D. L.) provoco.* (Même suppression.)

(2) C'est ici, par exemple, que peut se référer l'anecdote racontée par Gaius, sur celui qui perd son procès pour avoir dit *vites* au lieu d'*arbores*, en agissant au sujet de vignes coupées. *Gai. Comm. 4. § 11.* — (3) Voir sur ce point, tom. I, *Hist.*, tab. VIII, § 15, et ci-dessus, n° 1720, avec les sources indiquées dans les notes de ces deux passages. — (4) *Gai. Comm. 4. §§ 15 et 16.*

heure et finit graduellement par disparaître presque en totalité, par suite de la création successive des deux nouvelles actions de la loi, qui vont faire l'objet de notre examen.

De l'action per judicis postulationem.

1870. Dans l'action *sacramento*, la sentence du juge se bornait à décider que le *sacramentum* était *justum* ou *injustum* : d'où la conséquence, pour le demandeur, qu'il obtenait ou n'obtenait pas l'objet par lui demandé. Ceci exigeait que le demandeur précisât lui-même formellement cet objet : soit tel corps individuellement désigné, soit une chose ou une quantité déterminée (*res certa, pecunia certa*). Cette détermination se faisait, tant en matière de droits réels qu'en matière d'obligations, dans les paroles sacramentelles que les parties s'adressaient tour à tour avant la provocation du *sacramentum*. Là-dessus, c'était tout ou rien; le *sacramentum* était *justum* ou *injustum* : il n'y avait pas de milieu.

Les affaires qui exigeaient une certaine appréciation ne se pliaient qu'avec de graves inconvénients à cette sorte de procédure. Le procès s'engageait sur l'appréciation faite à l'avance par le demandeur. Celui-ci, pour s'y être trompé en plus, le défendeur pour avoir refusé à tort d'y acquiescer, si minime que fût le point de différence, perdaient leur *sacramentum*. Le demandeur avait, en outre, usé son action. — Il y avait même des natures d'affaires qui se refusaient encore plus à ce mode de procéder. Celles dans lesquelles les parties avaient des obligations réciproques devaient être combinées entre elles; de même, s'il y avait à fixer des limites entre voisins, à opérer un partage entre copropriétaires; ou bien si la chose réclamée était retenue cachée, d'où naissait l'impossibilité d'accomplir sur elle la *vindicatio*, jusqu'à ce qu'elle eût été reproduite. Il était bien difficile d'opérer, dans ces divers cas, par le procédé du *sacramentum* : ce qui peut faire douter que ce procédé ait jamais été exclusif.

1871. Sous l'empire de ces nécessités, une première brèche fut faite à la généralité de l'action primitive, et une nouvelle action de la loi, plus simple et dépouillée de la stricte rigueur du *sacramentum*, fut introduite : l'action accomplie seulement au moyen de la demande d'un juge, *actio per judicis postulationem*. Le feuillet où Gaius traitait de cette seconde action est perdu; le formulaire nous en est inconnu. Sans doute, les parties, rendues *in jure*, devaient s'adresser tour à tour la parole en termes consacrés : le demandeur pour déclarer l'objet de sa demande et pour interpellation : après quoi venait probablement cette formule, que nous trouvons dans les *Notæ* de Valerius Probus, et qui, selon toute apparence, était commune à toute demande de juge, même dans les autres actions : *J. A. V. P. U. D. (Judicem arbitrumve*

postulo uti des). Cette formule était adressée au prêteur par le demandeur; et il est conforme au caractère des actions de la loi de penser que le défendeur répliquait à son tour : *Similiter ego judicem arbitrumve postulo uti des*. Le juge donné par suite de cette action n'avait plus à juger une question aussi étroite que celle de savoir si le *sacramentum* des parties était *justum* ou *injustum*. Le mode même de procédure lui laissait plus de latitude dans sa mission. Il avait à régler convenablement le litige, selon la diversité des cas. Dans le sens propre du mot, c'était un arbitre.

1872. Les cas dans lesquels l'action *per judicis postulationem* serait admise en place du *sacramentum* paraissent avoir été fixés un à un, comme par faveur spéciale (1). Ainsi, nous trouvons dans les fragments des Douze Tables la trace de la nomination d'arbitres : pour le règlement des limites entre voisins (*finium regundorum*) (2), pour le partage du patrimoine entre cohéritiers (*familiæ erciscundæ*) (3), pour le préjudice qu'occasionnent ou dont menacent les eaux pluviales (*arbiter aquæ pluvix arcendæ*) (4), pour la possession intérimaire de mauvaise foi (*arbitri vindiciæ falsæ*) (5), enfin pour l'exhibition de la chose à vendre (*arbitrium ad exhibendum*) (6). — De ces dispositions des Douze Tables se tire la conséquence que l'action *per judicis postulationem* existait déjà antérieurement à ces Tables.

1873. Un passage de Cicéron nous vient en témoignage positif, pour prouver qu'elle a été appliquée spécialement à ces poursuites d'obligations dans lesquelles le juge peut décider *salva fide*, et qui, plus tard, dans le système formulaire, ont été nommées actions de bonne foi. « *Præclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si ea rogaremus quæ salva fide facere possit* (7). » Le propre de ces sortes d'affaires, c'est qu'il y a ordinairement entre les parties des obligations réciproques qu'il faut mettre toutes en ligne de compte et combiner entre elles. Or, le procédé du *sacramentum* resserre l'affaire dans la poursuite d'une obligation unilatérale. C'est ici que je rangerais volontiers, comme ayant fait partie des formules de cette action de la loi, et non pas de l'action

(1) Arg. de Gai. Comm. 4. § 13. — Cicéron parlant des actions de bonne foi : *De offic. III. c. 17.* rapproché du c. 10. — (2) Tom. 1, *Hist.*, tab. VII. § 5. — (3) *Ibid.* tab. V. § 10. — Rapproché du Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 43. f. Ulp. et 52. § 2. f. Julian., où l'on trouve : *arbiter familiæ erciscundæ*. — (4) Tom. 1, *Hist.*, tab. VII. § 8. — Conférez avec les notes citées à l'appui sous ce fragment, Dig. 39. 3. *De aq. pluv.* 23. § 2. f. Paul., et 24. f. Allen. — (5) *Ibid.* tab. XII. § 3. — (6) *Ibid.* tab. VII. § 7 : argument de cette disposition des Douze Tables qui défend l'exhibition des matériaux employés dans les édifices ou pour soutenir les vignes : donc l'*arbitrium ad exhibendum* existait déjà. Confér. Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 6, et 3. § 13. f. Ulp., où on lit *arbitrium commissum*. — (7) Cicér. *De offic. III. 10.* Bien que Cicéron écrive sous le système formulaire, cette phrase fait évidemment allusion à l'antique *postulatio judicis*.

sacramenti, ces paroles que nous donne Cicéron et qui sont adressées par l'un des plaideurs à l'autre : « *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* (1). » — Dans le nombre des affaires ainsi attribuées à l'action *per judicis postulationem*, se trouvent celles qui concernent les tutelles, les fiducies, les ventes et achats, les louages, les mandats, les sociétés, etc. : attributions diverses qui n'eurent lieu que successivement, par l'effet de la jurisprudence progressive (2).

1874. Il faut y joindre, sans doute, encore les cas où il s'agit de la poursuite d'une obligation de faire (*facere*) ou de fournir sans transférer en propriété (*præstare*) : parce qu'ici, à défaut par le débiteur de remplir en nature son obligation, il y a une appréciation à faire. De même ceux où la chose dont vous vouliez réclamer la propriété ou que vous prétendiez vous être due (3) avait disparu ou péri par le dol de votre adversaire. Ces cas ont dû être aussi détachés de l'action *sacramenti* et attribués à la *judicis postulatio*, parce qu'il n'y avait plus moyen de vendiquer ou de demander la chose comme corps certain, ainsi que cela se pratiquait rigoureusement dans le *sacramentum* : il ne restait également plus qu'une appréciation à faire.

1875. Ainsi, les Romains ont déjà commencé, même de bonne heure, à se soustraire, pour nombre de cas, à l'antique action quiritaire du *sacramentum*. Cette action a été graduellement dépouillée par celle de la *judicis postulatio*. Cependant elle reste encore seule applicable dans les questions d'état, de propriété quiritaire ou de ses démembrements, de successions, et dans les poursuites d'obligations de donner (*dare*) des choses ou des quantités certaines. Toutes affaires qui s'accroissent à sa nature. Aussi restera-t-on plusieurs siècles dans cet état, jusqu'à ce qu'une nouvelle et dernière action de la loi vienne la dépouiller encore de tout ce qui lui reste en matière d'obligations. Cette action fut l'action de la loi *per conductionem*.

(1) Cicér. *De offic. III. 17.* — (2) *Ibid.* 17. « *Quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adde-retur : ex fide bona; fideique bonæ nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis-venditis, conductis-locatis, quibus vitæ societas contineretur, in his magni esse judicis statuere, quid quemque cuique præstare oporteret, etc.* » — Sans doute je ne pense pas que, dans l'origine du droit quiritaire, le seul consentement ait pu former les contrats de vente, de louage, de mandat, de société; mais lorsque, de fait, la livraison, le commencement d'exécution ou l'association avaient eu lieu, il pouvait bien y avoir là des obligations mutuelles à régler; avec le temps même, et l'accession des principes du droit des gens, ces contrats furent admis par le droit civil romain comme obligatoires par le seul consentement. — (3) Arg. de Gai. Comm. 4. § 20, où l'on voit qu'on agissait dans certains cas *per judicis postulationem* « *de eo quod nobis dari oportet* ».

De l'action per condictionem.

1876. La *condictio*, en elle-même, n'est autre chose qu'une annonce, une dénonciation faite à quelqu'un verbalement. « *Condicere est dicendo denunciare*, » nous dit FESTUS (1). L'action de la loi *per condictionem* est celle qui s'accomplit principalement au moyen d'une pareille dénonciation. Tout ce que nous savons de certain sur le rite qui y était observé, c'est que le demandeur dénonçait à son adversaire qu'il eût à être présent dans trente jours, pour recevoir un juge (2). Le feuillet du manuscrit de Gaius où se trouvaient les détails est perdu. On a mis en doute si cette dénonciation était faite devant le magistrat (*in jure*), ou bien hors du tribunal, entre parties dans leur particulier; pour moi ce n'est pas une question; toutes les actions de la loi, à l'exception de la *pignoris capio*, s'accomplissent *in jure*; et l'expression de Gaius, *ut adesset*, me semble indiquer parfaitement que les parties y sont en ce moment.

1877. C'est la loi SILIA (par conjecture, an de Rome 510) qui a introduit cette nouvelle et dernière action de la loi, seulement pour les obligations de transférer en propriété (*dare*) une somme précise (*obligatio certæ pecuniæ*); et quelques années après, la loi CALPURNIA (par conjecture, an 520) l'a étendue aux mêmes obligations de toute chose certaine (*de omni certa re*) (3). A quoi bon cette création nouvelle, puisque l'action *sacramenti* et l'action *per judicis postulationem* pouvaient satisfaire au même but? C'était ce qu'on se demandait déjà du temps de Gaius (4).

1878. Il faut voir là une continuation du phénomène historique qui s'accomplit : la démolition graduelle de l'antique action de la loi *per sacramentum*. Déjà, depuis longtemps, l'action *per judicis postulationem* l'avait successivement dépouillée, en matière d'obligations, des différents arbitrages institués par la loi des Douze Tables ou par la jurisprudence postérieure, des obligations *ex bona fide*, qui présentaient communément un engagement réciproque entre parties, des obligations de faire ou de fournir (*facere aut præstare*), même des obligations de transférer en propriété (*dare*) quand il s'agissait de chose incertaine, ou quand la chose certaine avait été frauduleusement détournée ou détraite. Il ne lui restait plus que les obligations de donner (*dare*) des choses certaines. Les lois SILIA et CALPURNIA viennent les lui enlever encore : d'abord seulement pour les

(1) FESTUS : « *Condicere est dicendo denunciare. Conditio in diem certum ejus rei quæ agitur denunciatio.* » — (2) Gai. Comm. 4. § 18 : « *Et hæc quidem actio proprie condictio vocabatur : nam actor adversario denunciabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset.* » — (3) Gai. Comm. 4. § 19 : « *Hæc autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam : lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re.* » — (4) Gai. Comm. 4. § 20 : « *Quare autem hæc actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento, aut per judicis postulationem agere, valde quæritur.* »

sommes d'argent (*pecunia*), et ensuite pour toutes les autres. Dès lors sa sphère est réduite aux droits réels, elle n'est plus employée pour les obligations.

1879. Il faut bien se pénétrer du caractère de ces obligations de donner, dont l'action *per condictionem* dépouille en dernier lieu le *sacramentum*. Et d'abord, de l'obligation *certæ pecuniæ*. — Ce n'est pas tant l'objet dû, que la nature et la cause de l'obligation qu'il faut considérer. Dans la vente, par exemple, le vendeur qui réclame le prix convenu demande aussi une somme déterminée; mais il y a bien des considérations à prendre : il faut examiner ses engagements à lui, les a-t-il tous remplis, n'y a-t-il pas de balance à faire? Ici, au contraire, il s'agit d'obligation unilatérale, de transporter en propriété au demandeur une somme rigoureusement précise; tout est arrêté : c'est la somme *data, stipulata aut expensilata* dont parle Cicéron (ci-dessus, n° 1425), c'est-à-dire une obligation comme celles que font naître le *mutuum*, la stipulation, l'expensilation sur les registres domestiques, ou les causes qui opèrent de la même manière, par exemple le legs. Peut-être même l'expression *pecunia* ne doit-elle pas être restreinte ici aux sommes d'argent : peut-être même, comme dans plusieurs autres cas, faut-il l'entendre de toute chose pouvant faire l'objet d'un *mutuum*, de toute chose *quæ pondere, numero, mensurave constat*. Le droit romain, dès l'origine, a classé à part ces sortes d'obligations (*pecuniæ creditæ*) et spécialement celles d'argent (*æris*). Partout, jusque dans les Douze Tables, on trouve la trace de la distinction qu'il en a faite (1). Même dans le système des actions de la loi, où les condamnations, en principe, ne sont pas pécuniaires, mais où elles portent sur ce qui fait l'objet même de la demande, la gradation dans la précision des obligations de choses certaines est celle-ci : — pour telle somme d'argent, le chiffre est fixe; — pour tant de mesures de vin ou de blé de telle qualité, la quantité est fixe, mais la qualité réclame une certaine appréciation, et la valeur pécuniaire n'apparaît pas rigoureusement; — enfin, pour un corps certain, par exemple tel cheval, qu'il vienne à disparaître ou à périr par l'effet d'un dol, et il faudra recourir à une estimation.

1880. En somme, en réunissant les dispositions de la loi SILIA et celles de la loi CALPURNIA, on voit qu'il faut entendre par *res certæ* ce que nous avons déjà expliqué (ci-dessus, n° 1258) : « *Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale*

(1) Voir tom. I, *Hist. tab. III. § 1* : « *Æris confessi, rebusque jure judicatis...* » — AULU-GELL. *Noct. attic.* : « *Hanc autem fidem majores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt, maximeque in pecuniæ mutuatiliæ usu atque commercio.* » — *Lex Galliæ cisalpinæ*, c. 21 et 22. — *Lex 1. Tabul. Heracl.*, lin. 44. — CICÉRON. *Pro Rosc. c. 4*. — Gai. Comm. 3. § 124, où l'on voit la définition de l'expression *pecunia creditæ*, et l'extension du mot *pecunia* à toute chose de quantité.