

première qui contient les faits à vérifier et à apprécier, sous cette forme conditionnelle, *SI PARET* (s'il est prouvé) : c'est en quelque sorte la condition mise à la condamnation; la seconde qui contient la condamnation à prononcer, avec la mission alternative d'absoudre si les faits ne sont pas prouvés, *SI NON PARET*. Cette espèce de formule est celle qu'on dit être conçue en fait, *in factum concepta*. C'est, sans doute, la première créée, c'est la seule régulièrement possible pour les pérégrins. En s'étendant aux citoyens et en se perfectionnant, d'autres conceptions de formules et deux autres parties de plus auront été imaginées.

1913. 2° Par la même raison que le droit civil ne peut recevoir ici d'application, il ne peut pas y être question pour le juge de reconnaître ni d'attribuer aucune propriété *ex jure Quiritium*, aucun de ses démembrements, aucun état ou droit réel, ni même de faire exécuter directement et en elle-même aucune obligation suivant les règles du droit civil : la condamnation ne peut pas avoir pour objet, comme dans les actions de la loi, la chose même demandée. Tout se résout, dans tous les cas, en une somme pécuniaire en laquelle le préteur pérégrin, en vertu de sa puissance et de sa juridiction, autorise les récupérateurs à condamner le défendeur s'il succombe. Voilà, selon moi, l'origine de ce principe remarquable, qui devient le caractère particulier du système formulaire, même après son extension aux citoyens, savoir que toute condamnation y est pécuniaire (1).

1914. Dans les actions de la loi, c'est la puissance de la loi quiritaire qui se fait sentir partout : le droit existe. Ici, c'est celle du préteur : le droit est à créer. C'est le préteur qui donne l'action aux parties; qui accommode une décision, et, par conséquent, qui crée en quelque sorte un droit pour les faits qu'il pose en question; qui interpelle le juge constitué par lui, et lui confère le pouvoir de condamner le défendeur en une somme pécuniaire plus ou moins rigoureusement déterminée, ou de l'absoudre. Tout se ressent de la situation dans laquelle on se trouve, en dehors du droit civil; tout ressort presque forcément de cette situation.

1915. Telle est la procédure que les citoyens virent pratiquer régulièrement, à partir des premières années du sixième siècle de Rome, dans les procès entre pérégrins, et dans leurs propres affaires avec ces derniers. Elle était beaucoup plus simple que celle des actions de la loi, et de nature à se plier avec flexibilité aux changements et aux améliorations progressives de la civilisation croissante. Ce fut peu de temps après que l'antique action de la loi, le *sacramentum*, fut, par suite du besoin de simplification qu'on éprouvait, dépouillée de son dernier domaine en matière d'obligation, au moyen de la création de la *condictio*.

(1) *Gai. Comm. 4. § 48.*

Mais cette simplification ne tarda pas à paraître encore insuffisante, et les citoyens commencèrent, sans aucune loi précise, par le seul entraînement de la coutume, à recourir au système formulaire et à demander au préteur l'action de la formule, même pour leurs procès entre eux. Cette tendance fut favorisée, entre autres causes, par cette circonstance, que chez les Romains les magistrats investis de la juridiction n'étaient pas exclusivement restreints chacun dans sa sphère spéciale; mais qu'ils pouvaient, au besoin, se suppléer l'un l'autre : par exemple, le préteur pérégrin remplacer le préteur urbain dans les procès entre citoyens, et réciproquement.

1916. Mais du moment qu'il fut question d'étendre même aux citoyens entre eux le système formulaire, il dut y être apporté des additions et des perfectionnements. En effet, on tombait ici dans le droit civil, et la procédure légale était celle des actions de la loi. Les préteurs s'efforcèrent donc de paraître, autant que possible, accommoder le système qu'ils avaient créé à celui des actions de la loi, en imitant de celui-ci quelques pratiques et des paroles qui pouvaient se transporter facilement dans le leur. Les traces de cette imitation ne nous sont pas bien connues, par une raison toute simple, c'est que les détails et les paroles des actions de la loi, surtout en matière d'obligations, nous étant restés pour la plupart ignorés, il nous est impossible d'établir une comparaison complète. Cependant nous trouvons plusieurs indices incontestables de cette transfusion.

1917. De ce nombre sont les *sponsiones*, dérivation évidente du *sacramentum*. — Le *sacramentum*, du moment que le dépôt réel de la somme voulue avait été remplacé par la dation des répondants ou *prædes sacramenti*, ne s'était plus constitué que par des *sponsiones*, ce mode d'engagement solennel et verbal des citoyens, au moyen de ces paroles : *SPONDESNE? SPONDEO*. C'était le préteur qui interrogeait les *prædes sacramenti*, c'était à lui qu'ils répondaient, et envers lui, pour l'État, qu'ils étaient obligés, le *sacramentum* de la partie qui perdrait devant être acquis au trésor public. — Ces provocations servirent de transition des actions de la loi à la procédure formulaire appliquée aux citoyens, toutefois en se simplifiant et en devenant moins onéreuses pour les parties. Au lieu de donner des répondants, les parties durent s'engager elles-mêmes par la *sponsio* : elles avaient été dispensées d'abord de la consignation réelle, maintenant elles l'étaient de l'embaras de trouver des répondants, leur engagement personnel suffisait. En outre, au lieu de s'engager envers le préteur, elles s'engagèrent devant ce magistrat, *in jure*, mais l'une envers l'autre : d'où les noms de *sponsio* et de *restipulatio* pour ces stipulations réciproques : *sponsio* pour l'interrogation du demandeur, *restipulatio* pour celle du défendeur (*spondere* pour l'un, et *restipulari* pour l'autre). De cette manière la somme promise par

le plaideur perdant sera acquise, non plus au trésor public, mais au plaideur gagnant. C'est ainsi que cette provocation prend le caractère tout à fait déterminé d'une gageure. Et même dans les expressions, elle en a toute la forme : *si telle chose a lieu* (SI), *ou si telle chose n'a pas lieu* (NI) *promets-tu tant* (1)? — Sur cette gageure était construite une formule par laquelle le juge avait à vérifier les faits posés comme base du pari : en décidant qui devait payer la gageure, ou, en d'autres termes, quelle était la *sponsio* juste ou injuste, il décidait par cela même le procès. Dans la plupart des cas, la *sponsio* avait un caractère pénal; c'était la peine du procès injuste : de telle sorte que soit le demandeur, soit le défendeur, devait la perdre pour avoir plaidé injustement, et, en outre, le défendeur, si c'était lui qui succombait, était encore condamné au principal du procès. C'était ce qui avait lieu en matière d'obligations (2). Dans d'autres cas la *sponsio* n'était véritablement qu'un moyen préjudiciel d'engager le procès par le système formulaire : c'est ce que nous verrons pour les réclamations de propriété et autres droits réels. Ici, comme dit Gaius, la *sponsio* n'est pas pénale, mais préjudicielle : « Nec enim pœnalis est, sed præjudicialis (3). » — La transfusion du *sacramentum* de l'action de la loi, dans la *sponsio* du système formulaire, est de toute évidence : Gaius, du reste, l'énonce en termes formels (4). Mais il y a plus : ce n'est pas directement de l'action *sacramento* à la procédure formulaire que cette transfusion s'est opérée; la transition a été encore plus ménagée, il y a un intermédiaire. Il est de toute probabilité que c'est sous le régime même des actions de la loi, lorsque l'action *sacramento* a été remplacée par la *condictio* pour les obligations de donner une chose certaine, que la *sponsio* a été substituée au *sacramentum*. Cette substitution, qui était une amélioration notable, serait l'œuvre de la loi SILIA; les *sponsiones* et *restipulationes* auraient fait partie des formalités de la *condictio* qui nous sont restées inconnues; et ce serait là que le système formulaire, achevant la transformation, les aurait recueillies (5). — La somme de la *spon-*

(1) GAI. COMM. 4. § 93 : « SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? » — *Ibid.* § 165 : « Si contra edictum prætoris non exhibuerit, aut non restituerit. » — *Ibid.* § 166 : « QUÆ ADVERSUS EDICTUM PRÆTORIS INTERDICENTIS NOBIS FACTA ESSENT, INVICEM SI NON RESTITUANTUR, DARE SPONDES? » — CICÉR. *Pro Cæcin.* c. 16. 23. — *Verr.* III. 57. 59. — *Pro Quint.* c. 27. — *De offic.* III. 19. — ASCON. *In Verr.* I. 45. — VALER. MAX. II. 8. — AUL.-GELL. *Noct. attic.* VII. 2. — (2) GAI. COMM. 4. § 13 : « Sponsionis et restipulationis pœna. » — *Ibid.* § 171. — De même pour les interdits : §§ 167 et 168. — Chez nous, on lit dans une ordonnance de la fin du treizième siècle : *Volumus quod in litis initio contestate reddant pignora litigantes usque ad valorem decimæ partis.* — M. LEFÈVRE, lieutenant de vaisseau, connu dans la science par plusieurs voyages d'exploration en Abyssinie rapporte que, dans ce pays, la manière d'engager un procès consiste encore en un pari préalable entre les parties. — (3) GAI. COMM. 4. 94. — (4) GAI. COMM. 4. § 13. — (5) L'action *certæ creditæ pecuniæ*, objet de la loi SILIA, est

sio n'était pas une somme certaine et radicalement déterminée comme celle du *sacramentum*. Quelquefois elle était d'une certaine fraction de la somme demandée, par exemple le tiers, la moitié (1); d'autres fois elle paraît avoir été abandonnée à la volonté des parties : il en était ainsi, comme nous le verrons bientôt, pour les réclamations de propriété. — C'était le demandeur qui provoquait à la *sponsio*; d'où les expressions : *sponsione provocare, aggredi, lacescere*; gagner le procès, pour lui se disait : *sponsione vincere*; et pour le défendeur *sponsionem vincere* (2) : tout cela est presque déduit identiquement des locutions appliquées au *sacramentum*. Plaider, agir par cette procédure, se disait : *sponsione certare, agere per sponsionem*, ou *agere cum periculo*; et, par opposition, *agere per formulam, agere sine periculo*, lorsqu'il n'intervenait aucune gageure semblable (3). — La procédure *per sponsionem* était imposée quelquefois aux parties, soit par quelques dispositions de la loi ou par des édits, soit par le magistrat, suivant les circonstances particulières de la cause. Gaius nous en donne des exemples pour les actions *creditæ pecuniæ, de pecunia constituta*, et pour les interdits (4). D'autres fois, il était libre au demandeur de prendre l'une ou l'autre marche, et d'agir *cum periculo* ou *sine periculo*. Nous sommes porté à croire qu'il y a eu là un acheminement graduel pour opérer le passage de la procédure des actions de la loi à celle des formules, et que les *sponsiones*, obligatoires dans la première pratique formulaire, ont fini par y devenir facultatives. Cet acheminement progressif nous apparaîtra d'une manière bien saillante dans les actions en réclamation de propriété et de droits réels.

1918. Nous avons encore une trace évidente de la manière dont les prêteurs avaient rattaché leur système formulaire à celui des actions de la loi, dans ces actions dont la formule était rédigée par fiction d'une action de la loi : « *Quæ ad legis actionem expri-*

précisément celle où la procédure a lieu par *sponsionem*. « Atque hoc tempore periculosa est actio creditæ pecuniæ propter sponsionem... et restipulationem. » (GAI. COMM. 4. § 13. — Le montant de la *sponsio* et de la *restipulatio* est ici du tiers de la somme demandée : « Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta : sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero partis dimidiæ. » (GAI. COMM. 4. § 171.) — CICÉRON appelle cette fraction *legitima pars*, ce qui indique qu'elle a été fixée par une loi : « Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis sponsio facta est. » (CICÉR. *pro Rosc.* 4.) — « Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. » (*Ibid.* c. 5.) — Enfin la tendance du système formulaire a été de simplifier. Il n'aurait pas introduit la *sponsio*, en place du *sacramentum*, dans l'action *certæ creditæ pecuniæ*, si déjà la *condictio* introduite pour cet objet par la loi SILIA avait supprimé toute formalité semblable.

(1) Voir les deux exemples cités à la note précédente. — (2) GAI. COMM. 4. § 165. — CICÉR. *pro Tull.* 30; *pro Cæcin.* 31. 32; *pro Quint.* 27; ad *Her.* IV. 23. — (3) GAI. COMM. 4. §§ 91. 162. 165, etc. — (4) GAI. COMM. 4. §§ 13. 162. 171 et suiv.

muntur, » dit Gaius ; par opposition à celles qui prenaient leur force en elles-mêmes : « *Quæ sua vi ac potestate constant* (1). » Ce n'est même qu'à l'occasion de ces sortes de formules fictives que Gaius se met à faire l'exposé des actions de la loi. Mais la lacune qui existe dans son manuscrit à l'endroit où il énumérait ces diverses fictions nous empêche de les connaître. Nous n'avons pour exemple qu'une fiction de la *pignoris capio* accordée aux publicains, et qui consiste en ce que le juge est chargé, par la formule, de condamner, s'il y a lieu, celui qui est poursuivi par le publicain, précisément à la même somme qu'il aurait été obligé de payer pour dégager le gage si l'action de la loi *per pignoris capionem* avait été exercée contre lui (2). Nous voyons par là que ce n'est pas la forme des actions de la loi qui est transportée ici dans le système formulaire ; mais bien le droit, le résultat qu'elle devait produire : de manière qu'on arrive par la formule au même effet que par l'action de la loi. Gaius nous dit, du reste, qu'aucune formule n'avait été rédigée par fiction de la condiction : « *Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur* (3) ; » c'est-à-dire que lorsque nous soutenons qu'une chose certaine doit nous être donnée, la formule ne se réfère pas, pour la condamnation à prononcer, à l'effet qu'aurait produit l'action de la loi *per condictionem* ; mais elle a par elle-même son effet propre et particulier : « *Sua vi ac potestate valet*. » Gaius en dit autant des actions *commodati*, *fiduciæ*, *negotiorum gestorum*, et autres innombrables, ajoute-t-il : ce qui se réfère à autant d'applications de l'action de la loi *per iudicis postulationem*.

1919. Enfin dans les diverses parties et dans certaines expressions même des formules, nous trouvons encore des indices de leur analogie avec les actions de la loi, et de l'art avec lequel les préteurs avaient paru déduire les unes des autres. — Du moment qu'il ne s'agissait plus de pérégrins, mais que c'étaient des citoyens romains qui pour leurs procès entre eux recouraient aux formules, il pouvait surgir de véritables contestations de droit civil, soit d'obligations, soit de propriété ; et, par conséquent, la question à poser dans la formule pouvait ne plus être une simple question de fait à laquelle le préteur attachait une décision en vertu de sa puissance, mais une véritable question de droit civil. Par exemple : « *SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE* ; » ou bien : « *QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE* ; » ou bien encore : « *SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE*. » En effet, savoir si Numérius Négidius est obligé de donner ou de faire (*dare*, ou *dare facere oportere*), ou si tel esclave est à Aulus Agérius selon le droit quiri-

(1) *Gai. Comm. 4. § 10.* — (2) *Ibid. § 32.* — (3) *Ibid. § 33.* N'y a-t-il pas une bonne raison à cela : savoir, que la condamnation était toujours pécuniaire dans la formule, tandis qu'elle atteignait la chose même dans l'action de la loi *per condictionem* ?

taire, ce sont autant de questions de droit civil. Gaius dit positivement que, dans de telles formules, *de jure quæritur* ; ou qu'elles sont *in jus conceptæ* (1). Mais cette question de droit civil ne peut pas être ordinairement posée ainsi de but en blanc, d'une manière illimitée, sans aucune indication des faits qui y donnent lieu. Il faut donc que la formule contienne une partie préliminaire qui désigne au juge l'affaire dont il s'agit en fait (*res de qua agitur*), et qui lui fixe ainsi, sous ce rapport, sa mission. C'est ainsi que la formule qui, à l'égard des pérégrins, n'avait jamais que deux parties, se complique à l'égard des citoyens pour leurs contestations de droit civil, et se décompose en trois parties : — La première qui montre la chose dont il s'agit et les faits dont le juge aura à connaître : « *JUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSIT, QUA DE RE AGITUR...* » — La seconde qui pose la question de droit ressortant de ces faits, selon la prétention du demandeur : « *QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA...* » — Enfin la dernière qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre : « *EJUS JUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT : SI NON PARET, ABSOLVITO.* » D'après leur destination réciproque, la première de ces parties se nomme *demonstratio*, la seconde *intentio*, et la troisième *condemnatio*, y compris aussi, comme alternative, l'absolution. — Les paroles sacramentelles que les plaideurs prononçaient dans les actions de la loi ne nous sont pas assez parvenues pour que nous puissions juger jusqu'à quel point les préteurs les avaient fait passer dans ces diverses parties de leurs formules ; mais par le peu que nous connaissons, nous voyons déjà des traces suffisantes de cette translation. Ainsi, dans les actions de la loi, soit par l'apport au tribunal des objets ou de quelque signe représentatif de ces objets, soit par les interpellations réciproques que s'adressaient les plaideurs, la chose dont il s'agissait était démontrée, et les prétentions de droit du demandeur annoncées. Dans les formules, les pantomimes, les symboles, tout ce qui est matériel a disparu ; ce ne sont plus les plaideurs qui se parlent tour à tour, c'est le magistrat qui s'adresse au juge ; mais il imite autant que possible la partie substantielle des paroles prononcées dans les actions de la loi. Ainsi, une des interpellations par lesquelles le demandeur, dans les actions de la loi, montre la chose dont il s'agit et les faits sur lesquels il s'appuie, nous a été conservée ; c'est celle de l'action *per manus injectionem* : « *QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES* (2). » Telle est précisément la tournure que le préteur a transportée dans la *demonstratio* de ses formules : « *QUOD AULUS AGERIUS...*, etc. ; » et même, ce qui n'a pas encore été assez remarqué, que je sache, nous trouvons dans Gaius la *demonstratio*, avant

(1) *Gai. Comm. 4. §§ 41 et 45.* — (2) *Gai. Comm. 4. § 21*, rapproché du § 24.

que le magistrat l'ait fait passer en son propre nom dans la formule, sous cette vieille forme de l'allocution d'un plaideur à l'autre : « QUOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI (1). » De même nous avons, non pas en matière d'obligation, mais en matière de propriété, les paroles par lesquelles les parties, dans les actions de la loi, annonçaient leur prétention : « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO....., » etc. (ci-dessus, n° 1863). Ce sont précisément les mêmes paroles que le préteur transporte, presque identiquement, dans l'*intentio* de sa formule en cette matière : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. » Ce parallèle est convaincant, et s'il ne peut pas être poussé plus loin, c'est que les interpellations sacramentelles des actions de la loi nous manquent, surtout en fait d'obligations. — De cette même considération, qu'entre citoyens il peut être question de droit civil et de domaine quiritaire, a surgi, pour les formules, la possibilité, dans certains cas particuliers, d'une quatrième partie distincte des trois qui précèdent. En effet, dans l'action en partage d'hérédité (*familiæ exercundæ*), qui dérive des Douze Tables, et dans celle en partage d'une chose commune (*communi dividundo*), le fond de l'affaire consiste à attribuer à chaque copartageant la propriété exclusive du lot qui doit lui revenir; de même, dans l'action en règlement des limites entre voisins (*finium regundorum*), qui dérive aussi des Douze Tables, les Romains avaient admis que le juge pouvait, si c'était nécessaire pour une meilleure détermination, modifier les limites existantes, et par conséquent, attribuer à l'un une part de la propriété de l'autre. Nous ne savons pas précisément comment il était pourvu à ces nécessités dans le système des actions de la loi; mais dans celui des formules, le préteur dut donner au juge, par une clause spéciale, le pouvoir de faire ces attributions de propriété. D'où, pour les formules, une quatrième partie, l'*adjudicatio*, qui se trouve seulement dans ces trois actions particulières : « QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO (2). »

1920. Voilà comment la conception des formules, imaginée d'abord dans sa plus grande simplicité, et avec deux parties seulement, pour les pérégrins, parce qu'on était là en dehors du droit civil, s'est développée et augmentée lorsqu'on en a fait l'application aux citoyens, et comment sont nées les quatre parties distinctes dont elles peuvent se composer. Du reste, même pour les citoyens, il est possible, selon la diversité des cas, ainsi que nous l'expliquerons bientôt, et notamment lorsqu'il ne s'agit pas de questions de droit civil, que la formule reste dans sa simplicité primitive, c'est-à-dire conçue *in factum*, avec deux parties seulement.

1921. L'application du système formulaire aux citoyens romains

(1) GAI. COMM. 4. § 59. — (2) GAI. COMM. 4. § 42.

étendit aussi à eux l'emploi des récupérateurs, qui avaient pris naissance à l'occasion des seuls pérégrins. Toutefois, ce ne fut pas comme règle générale, mais seulement dans certaines causes. Le préteur, comme droit commun, donne aux parties, par sa formule, l'*unus judex* ou l'*arbiter*, selon les règles propres aux citoyens.

1922. Enfin, en empruntant à la juridiction des pérégrins la voie formulaire, les citoyens en retinrent ce principe que toute condamnation est pécuniaire, quoiqu'il n'y eût pas pour eux la même nécessité; et ils abandonnèrent celui des actions de la loi, dans lesquelles la sentence pouvait atteindre directement l'objet même de la demande.

1923. Tout cela s'était passé, dans l'exercice de la juridiction prétorienne, avant même la publication de la loi *ÆBUTIA*, pendant que les actions de la loi étaient encore la seule procédure légale. De la création du préteur pérégrin à la publication de cette loi, il y a, selon nous, un intervalle d'environ soixante-dix ou quatre-vingts ans; et c'est dans cet espace de temps que se place le premier développement du système formulaire appliqué, dans l'usage, aux citoyens. Si l'on veut se rendre compte de l'effet produit par la loi *ÆBUTIA*, que l'on considère, par tout ce qui précède, l'état où était parvenue la procédure, au moment de sa publication; parmi les actions de la loi pour le procès, le *sacramentum* n'était plus employé que pour les questions d'état et de droits réels, c'est-à-dire devant le collège des centumvirs, et pour quelques causes spéciales. Les actions de la loi *per judicis postulationem* et *per condictionem* constituaient légalement la procédure pour les obligations; mais en fait, pour ces matières, les citoyens, imitant ce qui se pratiquait à l'occasion des pérégrins, préféraient le plus souvent solliciter du préteur, pour eux-mêmes, l'emploi des formules. Ce fut, en quelque sorte, cet état de choses que la loi *ÆBUTIA*, cédant au vœu populaire, vint sanctionner et régulariser législativement. Elle n'inventa pas et n'introduisit pas une pratique nouvelle, mais elle légalisa celle que l'usage avait déjà répandue. Les actions de la loi *per judicis postulationem* et *per condictionem*, relatives aux obligations, furent radicalement supprimées et remplacées par l'emploi des formules. Quant au *sacramentum*, il fut maintenu avec le collège des centumvirs, devant lequel il était employé en matière de droits réels; car ce collège était une institution trop considérable et trop populaire pour être détruite. Il le fut également dans un de ses cas spéciaux d'application, celui du dommage imminent (*damni infecti*) (1). Encore, même sur ces derniers points, l'usage qui, décidément, tournait en faveur de la procédure formulaire, finit-il par échapper à l'emploi des actions de la loi.

(1) GAI. COMM. 4. § 31.

En effet, pour le dommage imminent (*damnum infectum*), le prêteur imagina les moyens de garantie que nous avons exposés (ci-dessus, n° 1319); et personne, selon ce que nous dit Gaius en parlant de son époque, ne voulut plus agir, pour cet objet, par action de la loi.

1924. Enfin, quant aux réclamations de propriété et d'autres droits réels, elles finirent elles-mêmes par être ramenées à la procédure formulaire, et voici par quel acheminement. — Le système formulaire n'ayant été approprié dans son origine qu'à la poursuite des obligations, et la *condemnatio* qu'il contient, par sa nature même, étant étrangère aux droits réels, ces sortes de droits ne purent y être amenés qu'à l'aide d'un détour : d'autant plus que, pour eux, la procédure légale était celle du *sacramentum*, et le juge compétent, le collège des centumvirs. Pour y parvenir, on transforma en quelque sorte, au moins fictivement, la question du droit réel en une question d'obligation : et cela par une imitation éloignée du *sacramentum*. On recourut aux *sponsiones*. Mais ici, au lieu d'une promesse réciproque des deux parts, le demandeur seul provoqua son adversaire par une *sponsio* ainsi conçue : « SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? » Sur cette *sponsio*, la réponse affirmative ayant été faite, le demandeur soutenait que, l'esclave en question lui appartenant *ex jure Quiritium*, son adversaire était obligé de lui donner les XXV sesterces engagés sous cette condition. C'était alors une obligation conditionnelle de *dare oportere* : on y appliquait, en conséquence, la formule convenable à ces sortes d'obligations; et le juge, pour décider si la somme promise était due ou non, était obligé de juger la question de propriété. Du reste cette promesse d'argent n'était pas sérieuse; le demandeur qui triomphait n'exigeait point la somme promise. Aussi Gaius dit-il que cette *sponsio* n'était pas pénale, mais seulement préjudicielle. Il suit aussi de là que la somme était indifférente, abandonnée au gré des parties, et que les XXV sesterces contenus dans la formule que donne Gaius ne sont qu'un exemple. Mais le demandeur profitait de la décision pour en tirer argument quant à son droit de propriété et pour obtenir ainsi la chose réclamée par lui. En effet, outre la *sponsio* dont il s'agit et avant même cette *sponsio*, le possesseur avait dû promettre et garantir par des répondants (*cum satis-datione*) que s'il succombait il restituerait la chose et les fruits. Cette stipulation se nommait *pro præde litis et vindiciarum*. Et c'était ainsi qu'on parvenait au résultat désiré, en imitant en grande partie et le *sacramentum* et les *prædes litis et vindiciarum* de la vieille action de la loi (1). — Il importe de remarquer que, dans cette

(1) Voir, sur toute cette matière, Gai. Comm. 4. §§ 91 à 96. — Le caractère de la *sponsio* est bien déterminé dans le § 94 : « Non tamen hæc summa spon-

transformation de la procédure, il n'y a plus, comme dans les actions de la loi, égalité de position entre les deux parties; il n'y a plus un *vendiquant* et un *contre-vendiquant*; il n'y a plus une attribution intérimaire des *vindicæ* laissée au gré du prêteur; mais, dès l'origine, il y a nécessairement un demandeur et un défendeur possesseur; c'est le demandeur seul qui vendique et qui est obligé de prouver sa propriété : quant au possesseur, après avoir répondu sur la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* et sur la *sponsio*, il n'a aucune preuve à faire, il n'a qu'à se tenir sur la défensive. — Après avoir, par ces détours, plié les actions réelles à l'emploi des formules, et s'être habitué à les enlever ainsi à l'action de la loi *per sacramentum* et au collège des centumvirs, on finit par n'y plus mettre tant de façons, et par construire tout simplement une formule pour soutenir directement que telle chose était à soi : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITUM AULI AGERII ESSE. » La condamnation n'était encore ici que pécuniaire; mais on trouva, comme nous le verrons, un remède à cet inconvénient. Cette formule se nomma *formula petitoria*. Dès lors, comme dit Gaius, deux voies furent ouvertes pour réclamer un droit réel par le système formulaire : on put agir, ou *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam* (1); l'une avait conduit à l'autre. — Ces deux formes de vindications formulaires s'appliquèrent successivement et à la propriété des choses corporelles, et aux servitudes, et enfin même à la pétition d'hérédité. Cicéron les connaissait déjà l'une et l'autre (2). Mais comme à l'occasion de l'hérédité il ne mentionne que l'alternative ou de l'action de la loi *per sacramentum*, ou de la *sponsio* (3), il est permis de conjecturer que la *formula petitoria* n'avait pas encore été appliquée, à cette époque, à la pétition d'hérédité. Elle l'était indubitablement au temps de Gaius (4).

1925. Voilà donc la procédure formulaire arrivée à son complément d'extension : des obligations de toute nature, elle a passé aux droits réels, qu'elle embrasse tous. Les centumvirs, le *sacramentum* restent comme institutions légales, pour les questions d'état, de propriété quiritaire et d'hérédité; mais les citoyens, dans la pratique, sont libres de recourir à l'emploi des formules, même pour ces objets; et ils y recourent le plus souvent;

sionis exigitur. Nec enim pœnalis est, sed præjudicialis; et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur. — Le passage suivant de Cicéron nous prouve à la fois que la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* avait lieu avant la *sponsio*, et qu'elle se faisait avec *satisdatio*. CICÉRON, *In Verr.* I, 45 : « Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro præde litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret. Ita de hereditate certaret. »

(1) Gai. Comm. 4. § 91 : « ... In rem actio duplex... aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem. » — (2) CICÉRON, *In Verr.* II, 12, rapporte précisément un exemple de *formula petitoria*. — (3) Voir la note 1 de la page précédente. — (4) Dig. 5. 3. *De hereditat. petit.* 3 et 10. f. Gai.

dès lors commence, sinon en droit, du moins en fait, cette décadence du collège des centumvirs, que l'on remarque dans l'histoire. — Prenez pour type ce que nous venons d'observer quant aux droits réels; vous avez une vive lumière répandue sur la manière dont on s'y est pris, et sur la marche graduelle qu'on a suivie pour l'introduction des formules dans l'usage des citoyens, et pour leur extension.

1926. Maintenant, si nous recherchons le sens technique du mot *actio*, et les dénominations plus spéciales qui s'y réfèrent dans la procédure par formules, nous pourrions en trouver des explications satisfaisantes. — Nous comprenons pourquoi *actio*, dans ce système, désigne plus spécialement le droit conféré, dans chaque cause, par le magistrat de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû : « Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeat, iudicio persequendi (1); » et, par figure de langage, la *formula* qui résume et exprime ce droit; ou le *judicium*, l'instance qui est organisée par la formule : de telle sorte que ces trois mots *actio*, *formula*, *judicium*, y sont pris souvent comme synonymes (tom. I, *Génér.*, n° 274 et 297). — Plus particulièrement *actio* ne s'applique qu'aux poursuites d'obligations, ou en d'autres termes aux actions personnelles, le mot propre pour les réclamations de propriété étant celui de *petitio* (2) : et cela par une raison historique évidente, c'est que les formules n'ont été employées dans leur principe qu'en matière d'obligations, la pétition ayant lieu devant le collège des centumvirs. Aussi la définition du mot *actio* par les jurisconsultes romains, telle que nous venons de la citer, ne se réfère-t-elle qu'aux obligations et ne parle-t-elle que de dette (*quod sibi debeat*). — Enfin, par un vestige de la langue des anciennes actions de la loi, le mot *vindicatio* est toujours resté aux actions réelles, même intentées par la voie formulaire, quoiqu'il n'y ait plus de *vindicta* ni de cérémonie qui s'y rapporte; et celui de *condictio* à une certaine classe nombreuse d'actions personnelles, quoique le demandeur ne vienne plus faire de dénonciation (*condicere*) à son adversaire (3). — Quant au recours devant le magistrat, pour qu'il connaisse de l'affaire et la résolve lui-même extraordinairement, c'est-à-dire sans instance devant un juge, il se nomme *persecutio*. Et cette distinction trilogique : *actio*, *petitio*, *persecutio*, a passé presque sacramentellement dans le formulaire de la pratique romaine (4).

(1) Dig. 44. 7. De oblig. et act. 51. f. Cels. — (2) *Ibid.* 28. f. Papin. « Actio in personam inferitur; petitio, in rem; persecutio, in rem vel in personam. » — (3) Gat. Comm. 4. § 5 : « Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones quibus dare facere oportere intenditur conditiones. Condicere est enim denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus conductionem; actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. » — (4) Voici un fragment d'Ulpien où tout ceci se trouve en quelque sorte résumé « Actionis verbum

Organisation de la puissance juridique et de la puissance judiciaire, sous le régime de la procédure formulaire.

1927. La révolution opérée dans la procédure par l'adoption graduelle du système formulaire n'a pas apporté de modification considérable dans l'organisation des autorités juridiques ou judiciaires. Les changements survenus en cette matière, pendant la durée du système formulaire, tiennent non pas à ce système en lui-même, mais aux événements politiques qui se sont développés.

Ainsi ceux qui concernent les juridictions ont été amenés principalement par l'accroissement de la population, par l'augmentation du nombre des provinces et le développement de leur organisation, par l'institution du pouvoir impérial, par la création de nouvelles magistratures de son invention. — Tandis que ceux qui concernent les juges, c'est-à-dire l'institution des listes qui en sont dressées et publiées annuellement, et la division de ces listes en diverses décuries (tom. I, *Hist.*, n° 279 et suiv.), tiennent au résultat de la lutte entre les divers ordres de citoyens, et au nivellement opéré progressivement entre ces ordres.

1928. Cependant il est deux changements que l'on peut attribuer, en grande partie, avec juste raison à l'adoption et à l'extension du système formulaire. — 1° La décadence graduelle de l'institution du collège des centumvirs, pour qui s'était conservée légalement la procédure du *sacramentum*, mais que la pratique abandonnait à mesure que la procédure formulaire se généralisait toujours davantage. Les contestations sur la validité, sur la rupture des testaments, et sur la querelle d'infamie, paraissent être les dernières causes qui leur soient restées. — 2° L'application aux citoyens, dans certaines causes, du jugement par récupérateurs, institution conçue originairement pour les pèlerins (tom. I, *Hist.*, n° 164 et 165). En sens inverse, sous cette période, l'*unus iudex* ou *arbiter*, jadis exclusivement propre aux citoyens, purent être donnés aussi pour les procès entre pèlerins ou entre Romains et pèlerins (1). Ce fut, en quelque sorte, une communication réciproque, la suite de cette tendance constante à niveler

et speciale est et generale : nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit, petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere : petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur; persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quæ aliæ sunt quæ non habent juris ordinarii executionem. » (Dig. 50. 16. De verb. sign. 178. § 2. f. Ulp.). — Voir aussi, *ibid.* 49. f. Ulp. : « Æque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus. » — Et le fragment de Papinien, cité note 2 de la page précédente. — Et la formule de la stipulation Aquilienne. « Quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve » (ci-dessus, nos 1689 et 1690). — Et celle de la caution que doit donner le procureur : « non petiturum eum cujus, de ea re actio, petitio, persecutio sit. » (Dig. 46. 8. Rat. rem hab. 23. f. Julian.).

(1) Gat. Comm. 4. §§ 37 et 105. — Cicér. In Verr. II. 13. Pro Flacco. 21.