

Cette clause se nomme une exception (*exceptio*), parce qu'elle exclut pour tel cas donné ce qui a été posé dans l'*intentio* (1).

Le demandeur pourrait à son tour invoquer quelque considération analogue pour faire exclure l'exception du défendeur. C'est là ce qu'on nomme une réplique (*replicatio*), qui n'est autre chose qu'une exception contre l'exception : « Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones... ut exceptiones excludant (2), » et qui se formule de même : SI NON, etc. (3). En suivant la même idée, on trouve la duplique (*duplicatio*), la triplique (*triplicatio*), et ainsi de suite.

1946. Les exemples que nous venons de donner nous ont présenté l'exception insérée à la suite de l'*intentio* : quelquefois, quoique plus rarement, elle l'était dans la *condemnatio* elle-même. Ainsi, par exemple, la taxation indéterminée de la condamnation *in id quod facere potest*, dont nous avons déjà parlé ci-dessus, n° 1936, et qui se formule en ces termes : « AULO AGERIO NUMERIUM NEGIDIUM DUNTAXAT IN ID QUOD FACERE POTEST CONDEMNA, » est qualifiée d'exception dans les textes, et désignée sous le nom de *exceptio quod facere potest* (4). — C'est par allusion à cette double place, parce que l'exception peut être ajoutée soit à l'*intentio*, soit quelquefois à la *condemnatio*, pour exclure ou limiter ce qui a été posé dans l'une ou dans l'autre de ces parties, qu'Ulpien l'a ainsi définie : « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ opponi actionis cujusque rei solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est; » et Paul : « Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem (5). »

1947. Il n'y a pas le moindre doute que cette clause particulière NISI RESTITUAT, qui était insérée dans certaines actions, et dont nous avons déjà parlé ci-dessus, n° 1937, ne fût une sorte d'adjonction (*adjectio*) qui modifiait sensiblement la mission du juge. On peut remarquer qu'elle était formulée dans les mêmes termes qu'une exception, NISI, NEQUE, ce qui équivaut pleinement à SI NON : et elle se plaçait, comme l'exception, soit à la suite de l'*intentio* : « SI PARET FUNDUM CAPENATEM DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE, NEQUE IS FUNDUS AULO AGERIO RESTITUATUR, etc... (6); » soit dans la *condemnatio* : « JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT : SI NON PARET, ABSOLVITO (7). » Cependant nous ne trouvons pas dans les textes qu'on l'ait qualifiée d'*exceptio*, ni qu'on l'ait considérée comme une *adjectio* particulière.

1948. Les effets des diverses adjonctions mises à la formule ne

(1) Gai. Comm. 4. §§ 115 et suiv. — (2) Dig. 44. 1. De except. 2. § 1. f. Ulp. — (3) Voir Gaius. Comm. 4. §§ 126 et suiv. — (4) Dig. 44. 1. De except. 7. pr. f. Paul. — 24. 3. Sol. matr. 17. § 1. f. Paul. — 42. 1. De re judic. 41. pr. f. Paul. — (5) Dig. 44. 1. De except. 2. pr. f. Ulp., et 22. f. Paul. — (6) Cicéron. In Verr. II. 12. — (7) Gai. Comm. 4. § 47.

sont pas les mêmes. — Les prescriptions de la part du demandeur n'ont d'autre effet que de limiter ou de bien préciser sa demande, et de faire connaître au juge dans quel cercle elle est restreinte. — Les prescriptions de la part du défendeur me paraissent une condition négative mise à l'exercice même de l'action : « EA RES AGATUR SI... NON..., etc. » (que cette action ait lieu si..., etc.) (1). En conséquence, le juge doit commencer par les vérifier, et s'il les décide affirmativement, il ne doit pas aller plus avant : il n'a pas à absoudre, encore moins à condamner; l'action est comme non avenue, car elle n'a été délivrée que sous une condition négative qui ne s'est pas vérifiée (2). — Quant aux exceptions, ce sont des conditions négatives mises, non pas à l'exercice de l'action, mais à la condamnation : « SI PARET... première condition, affirmative dans l'*intentio*; SI NON ou SI NIHIL..., seconde condition, négative, dans l'*exceptio*, CONDEMNA. » En conséquence, le juge doit commencer par vérifier l'*intentio*; s'il la trouve fondée, il passe à l'*exceptio*; et s'il résout celle-ci affirmativement, il doit absoudre, car tel est l'ordre que lui donne la formule : SI NON PARET, ABSOLVE. — L'exception *Quod facere potest* ne rendait pas la *condemnatio* conditionnelle, elle n'avait d'autre effet que d'en restreindre le montant : c'était une sorte de *taxatio incerta*.

1949. L'usage des *præscriptiones* de la part du demandeur paraît s'être maintenu durant tout le règne du système formulaire;

(1) Gai. Comm. 4. § 133. — (2) Je me range fermement à l'avis de ceux qui pensent que les prescriptions du défendeur devaient, en général, être vérifiées avant l'*intentio*, et qu'en cas de solution affirmative elles n'entraînaient pas l'absolution, et par conséquent n'épuisaient pas entièrement le procès. Je me fonde principalement sur les termes mêmes de leur rédaction : EA RES AGATUR SI... etc. J'en trouve, en outre, dans les textes, des exemples qui me paraissent évidents : dans les *præjudicia*, Dig. 37. 10. De Carbon. edict. 3. § 8. f. Ulp. — 44. 1. De except. 16, et notamment 18, f. Afric. — Relativement à la *præscriptio fori*, tout le monde en convient; comment le juge pourrait-il absoudre ou condamner, puisqu'il est reconnu que la juridiction de qui émane la formule était incompétente? — Quant aux *præscriptiones temporis*, si elles forment un obstacle radical à l'action, c'est que cet obstacle n'est pas de nature à être levé plus tard et qu'en conséquence la *præscriptio* pourrait toujours être reproduite : il en est de même du *prejudicium ne de statu defunctorum post quinquennium queratur* (Dig. 40. 15). Je ne pense pas que dans l'origine, et lorsqu'elles étaient encore de véritables *præscriptiones*, ces prescriptions aient dû amener une absolution. Il ne faut pas leur appliquer ce qui est dit d'elles plus tard, à l'époque où elles ont été transformées en exceptions (Cod. 7. 33. De præscr. long. temp. 9. const. Diocl. et Max.). — M. ZIMMERN cite dans le même sens les passages suivants de QUINTILIEN, Institut. orat. VII. 5 : « Cum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re queri non necesse est; » d'AURELIUS VICTOR, parlant de la *præscriptio*, Ars rhet. IV. 1 : « Potius enim est si litis conditio patiatur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus conductari; » enfin au Code (8. 14. De pignor. 5. const. Anton. Carac.) : « ... Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si... non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit. » — L'opinion contraire peut cependant être soutenue par diverses raisons. Voir à ce sujet M. BONJEAN, tome I, pages 444 et 445.

mais avant même l'abandon de ce système, les *præscriptiones* de la part du défendeur subirent une métamorphose notable : elles furent toutes transformées en exceptions. C'est-à-dire qu'au lieu de cette adjonction préliminaire en tête de la formule, *Ea res agatur, si... non...*, etc., le défendeur obtint, pour le même fait, cette autre adjonction à la suite de l'*intentio* : *Si non*, etc. Ce ne fut, pour ainsi dire, qu'un changement de place, sans influence majeure quant aux effets. Ce changement était déjà opéré du temps de Gaius : « *Quæ nunc in speciem exceptionis deducta est* (1). » Aussi, dans le langage des jurisconsultes qui figurent au Digeste de Justinien, les mots *præscriptio*, *exceptio*, sont-ils pris fréquemment l'un pour l'autre, soit que les prescriptions y soient nommées *exceptions*, soit même, quelquefois, mais plus rarement, que les exceptions y soient qualifiées de *prescriptions*. Les *præjudicia*, qui n'étaient que des espèces de prescriptions, sont devenus, par conséquent, des espèces d'exceptions. — D'où cet intitulé de l'un des titres du Digeste (liv. 44, tit. 1) : *De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*.

#### Du mode de rédaction de la formule.

1950. La formule, dont nous venons d'étudier tous les éléments, n'avait pas, comme les actions de la loi, une rigueur sacramentelle dans les termes qui y étaient employés. Le cadre général, tel que nous venons de le faire connaître, une fois tracé, elle se pliait, pour l'expression, à la variété des affaires et des circonstances.

Bien que ce fût le prêteur qui y portât la parole et qui, en définitive, en arrêtait la rédaction et la délivrait aux plaideurs, cependant cette construction de la formule avait lieu véritablement sur les indications et les propositions de chacune des parties. — C'était le demandeur qui choisissait l'espèce d'action qu'il prétendait exercer, et qui la faisait connaître, souvent en la désignant simplement sur l'*album*, lorsqu'elle y était spécialement indiquée (2). Puis, pour construire la formule de cette action selon le cas particulier, c'était lui qui présentait : ses *præscriptiones*, s'il voulait en faire poser (3); la *demonstratio*, selon les faits qu'il invoquait (4); l'*intentio*, selon la prétention qu'il élevait (5), et même la *condemnatio*, et s'il y avait lieu, la *taxatio* qu'il demandait que le magistrat y mit (6). De même c'était le défendeur qui

(1) Gai. Comm. 4. § 133. — (2) Dig. 2. 13. *De edendo*. 1. pr. et § 1 : « Quævisque actione agere volet, eam edere debet... § 1. Edere est (etiam) copiam describendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est, vel in dicendo quo uti velit. » — (3) Gai. Comm. 4. § 131. — (4) *Ibid.* § 59. — (5) *Ibid.* § 41. — (6) Gai. Comm. 4. § 57, et Comm. 3. § 224. — Voir aussi Comm. 4. §§ 35 et 36.

présentait ses prescriptions et ses exceptions, auxquelles le demandeur pouvait répondre par des répliques (1); et ainsi de suite. — Ils présentaient ces diverses parties probablement toutes formulées (2), et c'était pour cette rédaction que les jurisconsultes leur étaient d'un grand secours, sauf au prêteur à faire sur ce point aux plaideurs les observations convenables, à insérer de son propre chef certaines prescriptions ou certaines exceptions, et même à refuser, selon les cas, soit l'action, soit les exceptions demandées (*actionem denegare*) (3). Le demandeur pouvait jusqu'à un certain point de la procédure modifier, corriger telle ou telle partie proposée par lui pour la formule, ou même changer d'action; de même pour le défendeur quant à ses exceptions (4). En définitive, après ces débats *in jure, pro tribunali*, le magistrat arrêtait la formule (5), les plaideurs devant courir respectivement les chances des parties qui y avaient été insérées sur leurs propositions (6).

#### Des diverses espèces d'actions.

1951. Dans la procédure formulaire, et dans le sens technique donné au mot action sous ce système, on peut dire qu'il y a autant d'actions que de droits à poursuivre par cette voie. Considérées sous divers points de vue, par rapport soit aux origines historiques, soit à la conception de la formule, soit à la nature ou à l'étendue des pouvoirs du juge, soit enfin par d'autres considérations, ces actions se divisent en classes diverses. Et, comme il arrive en toute classification, autant de points de vue distincts, autant de divisions différentes. Signalons ici, en peu de mots, celles qui offrent le plus d'importance.

(1) Gai. Comm. 4. §§ 133. 119. 126 et suiv. — (2) En y parlant, probablement, à la première personne, comme dans l'exemple que nous donne Gaius. Comm. 4. § 59; le prêteur transformait ensuite la formule en son propre nom. — (3) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 26. f. Ulp. et 27. f. Pomp. — (4) Cod. 2. 1. *De edendo*. 3. const. Sever. et Anton. : « Edita actio speciem futurae litis demonstrat : quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas. » — (5) *Asconius, In Verr.*, c. 3 : « Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis ejus componebat quod judici præscribebat ut secundum illud præsens controversia definitionem reciperet. » — (6) Voir, à ce sujet, ce qui concerne la plus-pétition. Gai. Comm. 4. §§ 53 et suiv. — Le défendeur qui avait reçu une formule inique, par exemple dans laquelle avait été posée une *condemnatio* exagérée, pouvait être restitué en entier par le prêteur, c'est-à-dire rétabli dans le même état que si cette action n'avait pas été délivrée. L'on n'était pas si facile à l'égard du demandeur. *Ibid.* § 57.

*Actions in rem ou in personam. — Prétendue classe d'actions personnelles in rem scriptæ. — Prétendues actions mixtæ tam in rem quam in personam. — Condictions (condictiones).*

1952. La division fondamentale des droits en droits réels et droits personnels, division qui tient à la nature même des choses, qui est de tous les temps et de tous les lieux, ne pouvait manquer d'avoir une influence majeure sur les actions tendant à faire valoir ces droits. Elle en a eu sous le système des actions de la loi (1), elle en a eu dans la procédure formulaire, elle en a eu dans les *cognitiones*, ou procédures extraordinaires sans formule. Partout, sous une dénomination ou sous une autre, on a distingué les actions tendant à la réclamation d'un droit réel de celles qui tendent à l'exécution d'une obligation. Il faut donc reconnaître que cette distinction tient, avant tout, à la nature du droit réclamé, et non au mode de procéder par formules. Gaius, sous le système formulaire, la pose comme constituant la division principale des actions : « Quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam (2). » Et Justinien plus tard, quand ce système n'existe plus, la présente encore en première ligne, avec ce caractère fondamental (*summa divisio*) (3). Cependant elle reçoit de la conception de la formule une précision spéciale qu'il importe d'examiner.

1953. Si l'on veut donner la notion de l'action réelle et de l'action personnelle sans se référer particulièrement à tel ou à tel système de procédure, mais en général et pour tous, il faut la chercher dans la notion même du droit. — C'est une définition erronée, comme l'ont fort bien fait remarquer M. Ducaurroy et après lui M. Bonjean, que de dire, en généralisant outre mesure une phrase d'Ulpien, que l'action réelle est celle qui se donne contre tout possesseur (4), qui suit la chose dans quelques mains qu'elle passe. D'abord, ce n'est pas là en faire connaître la nature intime et primitive, c'est vouloir la définir par un fait secondaire et dérivé. En second lieu, ce fait lui-même n'est pas toujours vrai ; ainsi vous avez des actions personnelles, telles que l'action *ad exhibendum*, qui se donnent contre tout possesseur (5) ; et les actions noxales, qui suivent l'esclave dans les mains de tout propriétaire au pouvoir de qui il passe (6). En sens inverse, l'action en revendication se donne quelquefois contre celui qui ne possède plus (7), et il est certaines actions réelles qui, pour être données contre le possesseur,

(1) Ainsi, l'action de la loi *per sacramentum* était différente, selon qu'il s'agissait de la poursuite d'un droit réel ou d'un droit d'obligation. Et les actions *per iudicis postulationem* et *per condictionem* n'avaient lieu que pour les obligations. — (2) *Gal. Comm. 4. § 1.* — (3) *Ci-dessous, § 1.* — (4) *Dig. 44. 7. De obl. et act. 25. pr. f. Ulp. : « In rem actio est per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus : et semper adversus eum est qui rem possidet. »* — (5) *Dig. 10. 4. Ad exhib. 3. § 15. f. Ulp.* — (6) *Ci-dessous, tit. 8. De noxal. act. § 5.* — (7) *Dig. 6. 1. De rei vind. 27. pr. et § 3. f. Paul.*

exigent en lui d'autres circonstances que celle de la possession (1). Pour procéder logiquement, ce n'est donc pas à ce fait secondaire, mais à la notion même des droits réels et des droits personnels qu'il faut s'attacher.

1954. Le droit réel, en définitive, est celui d'où résulte pour une personne la faculté de disposer ou de tirer plus ou moins largement profit d'une chose, corporelle ou incorporelle, abstraction faite de toute autre personne, chacun étant tenu uniquement de s'abstenir d'y mettre obstacle ; quant au droit personnel, il n'est autre que le droit d'obligation qui établit un lien particulier entre deux personnes ; c'est-à-dire, en définitive, et pour parler sans figure, celui d'où résulte pour une personne la faculté d'en contraindre une autre à donner, à faire ou à procurer quelque chose. Nous savons que, dans le droit réel, il n'y a, à part la masse générale des hommes, qu'une personne, sujet actif, et une chose, objet du droit ; tandis que dans le droit personnel il y a deux personnes, l'une sujet actif, l'autre sujet individuellement passif, et une chose objet du droit (t. I, *Génér.*, n° 188 et suiv.). — Il suit de là que l'action réelle, en général, est celle par laquelle le demandeur soutient qu'il a, abstraction faite de toute autre personne, la faculté de disposer d'une chose, corporelle ou incorporelle, ou d'en tirer plus ou moins largement profit. Et cette action s'applique à toutes les variétés de droits réels : à la propriété, le plus étendu de tous ; à ses divers démembrements, ou droits de servitude, d'emphytéose, de superficie ; aux droits de gage, d'hypothèque ; comme aussi à ceux de liberté, d'ingénuité, de paternité, et autres de cette nature, relatifs à l'état des personnes. Il ne faut pas s'imaginer, comme on est trop souvent porté à le faire, que ce soit dans l'exercice de l'action que consiste l'exercice du droit réel lui-même. On exerce un pareil droit en disposant, en jouissant de la chose corporelle ou incorporelle qui en fait l'objet ; et en retirant le profit qui nous appartient. Si nous avons besoin d'intenter l'action, c'est parce que notre droit est méconnu, que quelqu'un y met obstacle, et qu'il faut recourir à la justice pour faire lever cet obstacle. — Quant à l'action personnelle, c'est celle par laquelle le demandeur soutient que le défendeur est obligé envers lui, et poursuit l'exécution de cette obligation.

1955. Si de la notion générale de l'action réelle et de l'action personnelle, nous passons à celle qui est particulièrement propre à la procédure formulaire, il faudra nous reporter à la rédaction même de la formule, non pas dans toutes ses parties, mais spécialement dans son *intentio*. C'est en faisant allusion à la fois et à la nature du droit réclamé et à la conception de l'*intentio* de la formule que Gaius définit ainsi l'action personnelle et l'action réelle (*Com. 4, § 2*) : « In personam actio est, qua agimus quotiens cum

(1) Telle est l'action Paulienne.

aliquo qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus dare facere præstare oportere. — § 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi-fruendi, eundi, agendi, etc. » — Il y a cela de particulier à noter dès l'abord : que cette définition s'applique exclusivement aux formules rédigées de manière à poser une question de droit (*in jus conceptæ*). Ce n'est en effet que dans ces formules que le demandeur soutient avoir un droit, soit de propriété ou autre droit réel (*cum rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod*), soit d'obligation (*cum intendimus dare facere præstare oportere*). Dans les formules *in factum conceptæ*, il n'est pas question de droit, ni réel, ni d'obligation; le prêteur pose un fait en question. Aussi, à la rigueur, sont-elles considérées, dans le système formulaire, comme généralement en dehors des divisions du droit civil, et ne rentrent-elles ni dans les actions *in rem*, ni dans les actions *in personam*, telles que Gaius les a définies.

1956. Nous avons déjà dit (t. I, *Génér.*, n° 275 et suiv.) comment les éléments constitutifs de tout droit réel étant uniquement : une personne, sujet actif, et une chose, objet du droit, l'*intentio* de la formule, pour poser la question d'un pareil droit, n'a qu'à désigner la personne qui prétend l'avoir, et la chose qui en est l'objet : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIVM AULI AGERII ESSE. » Tandis que, le droit d'obligation contenant, en outre et nécessairement, un troisième terme, le débiteur, sujet individuellement passif du droit, ce droit ne peut être formulé dans l'*intentio* qu'en y faisant figurer aussi cette seconde personne comme sujet passif : « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE PRÆSTARE OPORTERE (1). » Voilà précisément pourquoi les jurisconsultes romains ont dit de la première *intentio* qu'elle est *in rem*, et de la seconde qu'elle est *in personam*; voilà pourquoi, prenant ensuite pour l'*intentio* la formule entière, et pour la formule l'action elle-même, on a appelé *actio in rem* celle qui a pour but la réclamation d'un droit réel, et *actio in personam*, celle qui tend à la poursuite d'une obligation. En effet, l'expression *in rem* désigne communément, dans la langue du droit romain, une disposition générale, sans acception de personne : telle est l'*intentio* formulant un droit réel; et l'expression *in personam* désigne une disposition appliquée spécialement à une personne déterminée : telle est l'*intentio* formulant une obligation. Nous rencontrons ces expressions appliquées à l'édit du prêteur (2), aux pactes, aux stipula-

(1) Toutefois, les servitudes ne constituant qu'un droit réel relatif, je suis obligé, dans l'action confessoire, de nommer le défendeur : *jus mihi esse altius tollendi, invito eo cum quo ago*. Dig. 8. 5. 4. § 7. f. Ulp.

(2) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. § 1. f. Ulp. : « Prætor hoc edicto generaliter et *in rem* loquitur, nec adjicit a quo gestum. » — 13. 5. *De pecun.*

tions (1) et aux exceptions (2). Lorsqu'on les a employées pour les actions, on n'a donc fait que se servir de locutions usitées et générales. La dénomination d'*actio personalis*, pour *actio in personam*, se trouve aussi dans quelques textes (3).

1957. Toutefois l'action réelle est, aussi bien que l'action personnelle, dirigée contre une personne déterminée : c'est celui qui met obstacle à notre droit que nous attaquons, c'est lui dont nous demandons la condamnation. Si donc l'*intentio* de la formule, qui contient l'énonciation du droit, est rédigée *in rem*, c'est-à-dire d'une manière générale et sans acception de personne, la *condemnatio* l'est toujours *in personam*, contre le défendeur notre adversaire : « QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. » Mais c'est à l'*intentio*, comme à la partie vitale et essentielle, que l'on s'attache pour qualifier la formule entière et l'action elle-même.

1958. Il suit de ce qui précède que les actions *in rem* et les actions *in personam* tirent de la nature même du droit leur division, et de la rédaction de la formule leur dénomination. Cependant, au fond, c'est la nature du droit qui domine.

1959. En effet, bien que dans la rigoureuse définition du système formulaire, les actions conçues *in factum* ne soient, comme nous l'avons déjà dit n° 1955, ni *in rem*, ni *in personam*, parce que l'*intentio* n'y pose aucune question de droit civil, ni réel, ni d'obligation, cependant, au fond, comme elles sont déduites de pareils droits reconnus au moins par le prêteur, les jurisconsultes romains les qualifient d'actions *in rem*, ou d'actions *in personam*, abstraction faite de la conception de la formule, uniquement d'après

const. 5. § 2. f. Ulp. : « Quod exigimus, ut sit debitum quod constituitur, *in rem* exactum est : non utique ut is, cui constituitur, creditor sit. » — 42. 5. *De reb. auct. jud.* 12. pr. f. Paul. : « Commodius dicitur, cum prætor permiserit (in bona debitoris mitti) non tam personæ solius petentis quam creditoribus, et *in rem* permissum videri. »

(1) Dig. 2. 14. *De pactis.* 21. § 1. f. Paul. : « Et si *in rem* paciscatur (*servus*), proderit domino et heredibus ejus pacti conventi exceptio; quod si *in personam* pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio. » — 28. § 2. f. Gai. : « Si vero *in rem* pacti sunt (filius aut servus), id est *ne ea pecunia peteretur...* » etc. — 57. § 1. f. Florent. : « Si ex altera parte *in rem*, ex altera *in personam* pactum conceptum fuerit, veluti *ne ego petam*, vel *ne a te petatur* : heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus. » — 7. 9. *Ususfruct. quem.* 5. f. Ulp. : « Huic stipulationi *dolum malum abesse*, abfuturumque esse continetur : et cum *in rem* sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum, et adoptivi patris. » — (2) Dig. 44. 4. *Doli mali except.* 2. §§ 1 et 2. f. Ulp. : « Specialiter exprimendum est de cujus dolo quis queratur : non in rem, *Si in ea re de dolo malo factum est* : sed sic, *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est...* » etc. — 4. § 33. f. Ulp. : « Metus causa exceptio *in rem* scripta est : *si in ea re nihil metus causa factum est* : ut non inspiciamus an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque. » — (3) Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 3. f. Ulp. — Inst. 2. 20. *De legat.* § 2. — Cod. 8. 19. *De his qui in prior.* 2. const. Anton.

la nature du droit qu'elles tendent à faire valoir. C'est ainsi que les actions relatives aux droits réels de gage ou d'hypothèque (*Serviana, quasi-Serviana* ou *hypothecaria*), aux droits réels d'emphytéose ou de superficie, actions introduites, non par le droit civil, mais par le préteur, et conçues seulement *in factum* (1), sont qualifiées d'actions *in rem* (2), tandis qu'en sens inverse une multitude d'actions relatives à des obligations prétoriennes et conçues purement *in factum*, par exemple l'action *de constituta pecunia*, sont qualifiées d'actions *in personam* (3).

1960. L'action *quod metus causa*, que le préteur donne à celui qui a été lésé par suite d'une violence faite à sa volonté, offre, sous ce rapport, quelque chose de plus remarquable encore. C'est une action qui ne dérive pas du droit civil et dont la formule est conçue simplement *in factum*; mais le fait y est exprimé d'une manière générale, sans désignation de la personne auteur de la violence, parce que de quelque part que cette violence soit venue, il suffit qu'elle ait existé pour que l'action *quod metus causa* soit donnée contre quiconque en a profité, même de bonne foi (4). Il en est ainsi, à la différence de l'action *de dolo*, qui ne se donne que contre l'auteur même du dol et contre ses héritiers. En conséquence, tandis que le demandeur est obligé, dans la formule qui pose en question le fait de dol, de faire désigner son adversaire comme l'auteur de ce dol (5), dans l'action *quod metus causa* il doit seulement faire poser en question, sans acception de personne, le fait de savoir s'il y a eu, dans l'affaire, violence contre sa volonté : « *Ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse* (6). » Aussi les jurisconsultes romains disent-ils que cette action est *in rem scripta*, c'est-à-dire conçue généralement; et cependant elle ne s'en range pas moins, de même que l'action *de dolo*, parmi les actions *in personam* (7), parce que le droit qu'elle tend à faire valoir, quoique dérivé seu-

(1) Cod. 8. 33. *Si pignor. conv.* 1. const. Sever. et Anton. : « *Intentio dati pignoris neque redditæ pecuniæ, non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit.* » On peut voir par ce fragment de constitution que l'*intentio* de l'action *in rem* pour gage posait en question non pas un droit, mais le fait qu'un gage avait été donné, et la dette, qu'il servait à garantir, non acquittée. — Comme actions utiles, quelques-unes des actions que nous venons de citer, par exemple celles données à l'emphytéote ou au superficiaire, auraient pu aussi être construites, il est vrai, dans la forme *fictive*. — (2) Ci-dessous, § 7. — Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 3. f. Ulp. : « *Qui in rem acturus est, qualicumque in rem actione : etiam pigneratitia, Serviana sive hypothecaria quæ creditoribus competunt.* » — 10. 3. *Comm. divid.* 7. § 12. f. Ulp. : « *Pigneratitia in rem,* » etc. — (3) Ci-dessous, §§ 8 et suiv. — (4) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 14. § 3. f. Ulp. : « *In hac actione non queritur utrum is qui convenitur, an alius, metum fecit : sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.* » — (5) Dig. 4. 3. *De dol.* 15. § 3. f. Ulp. : « *In hac actione designari oportet cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.* » — (6) Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 14. § 3. f. Ulp. — (7) Ci-dessous, § 31.

lement de l'édit du préteur, est un droit d'obligation. — Quelques interprètes modernes ont déduit de là une classe spéciale d'actions, sous le titre de *personales actiones in rem scriptæ*; mais cette sous-division est étrangère, comme classification, à la jurisprudence romaine. Il n'y a là que l'application de ce principe, que, malgré la rédaction générale de la formule, c'est, avant tout, la nature du droit qui prédomine pour qualifier l'action. — C'est dans un sens un peu différent qu'Ulpien a dit des interdits : « *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* (1), » pour indiquer que, comme ce sont des lois particulières, données spécialement pour chaque cause, ils sont personnels aux parties.

1961. Enfin, même sous le système formulaire, on disait des *persecutiones*, par voie extraordinaire, devant le préteur, qu'elles étaient *in rem* ou *in personam* (2), bien qu'elles eussent lieu sans rédaction ni délivrance d'aucune formule : ce qui achève de démontrer bien évidemment que la division tenait essentiellement et avant tout à la nature du droit.

1962. Si l'on considère la rédaction de la formule, l'idée d'une action dont l'*intentio* serait à la fois conçue *in rem* et *in personam* ne pourra pas se présenter; car il est impossible que le nom du défendeur soit à la fois énoncé et non énoncé dans cette *intentio*. Mais si, laissant de côté la forme, on s'attache uniquement à la nature du droit, est-il possible qu'il existe des actions ayant pour but la poursuite d'un droit réel en même temps que personnel, donnant au juge à juger une question qui soit à la fois question de propriété et d'obligation?

Il peut arriver, sans aucun doute, que la même personne ait, relativement au même objet, à la fois un droit de propriété et un droit d'obligation. Par exemple, si je vous ai loué ou confié ma chose en dépôt, j'ai à la fois, quant à cette chose, le droit réel de propriété en général, et contre vous en particulier le droit d'obligation résultant de notre contrat. De même, si une chose m'a été volée, j'ai à l'égard de tous et par conséquent à l'égard du voleur lui-même, quant à cette chose, le droit de propriété, et en outre, contre ce voleur, le droit d'obligation résultant de son délit. Mais ce sont là deux droits distincts, qui s'exercent par deux actions différentes et séparées, selon que j'ai besoin de faire reconnaître ou exécuter l'un ou l'autre : contre vous, dépositaire, l'action personnelle *depositi* ou l'action réelle *rei vindicatio*; contre le voleur, l'action personnelle *condictio furtiva*, ou l'action réelle *rei vindicatio* s'il est en possession.

Il se passe quelque chose de semblable, avec des nuances, cependant, qui méritent d'être signalées, dans les trois cas de

(1) Dig. 43. 1. *De interd.* 1. § 3. f. Ulp. — (2) Dig. 44. 7. *De obl. et action.* 28. f. Papin. : « *Persecutio in rem, vel in personam.* »

cohérentité, de copropriété par indivis, ou de voisinage de deux propriétés contiguës. En effet, si je suis avec vous cohéritier d'une succession ou copropriétaire d'une chose indivise, j'ai à la fois, quant à cette hérédité, quant à cette chose, le droit réel de propriété en général, et contre vous en particulier le droit d'obligation résultant *quasi ex contractu*, pour vous contraindre à opérer entre nous un partage. De même, si nos deux champs sont voisins, j'ai à la fois, quant à mon champ, le droit réel de propriété en général, et contre vous en particulier le droit d'obligation, résultant également *quasi ex contractu*, pour vous contraindre à faire déterminer nos limites. Ces deux droits, par l'analyse, sont bien distincts l'un de l'autre, et les actions qui s'y réfèrent le sont aussi. Lorsque j'agis contre vous par les actions divisaires *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, ou par l'action en détermination des limites (*finium regundorum*), c'est essentiellement l'exécution de votre obligation que je poursuis; en règle générale, mon droit d'hérédité ou de propriété, loin d'être débattu et décidé dans ces actions, y est supposé; car s'il était mis en question, ce serait une contestation séparée et préjudicielle, l'objet d'un *præjudicium* qu'il faudrait faire préalablement vider (1). D'où il suit que les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, sont, quant à la nature du droit, trois actions *in personam*, poursuivant l'exécution d'une obligation née *quasi ex contractu*, et nous pouvons assurer qu'elles l'étaient aussi quant à la rédaction de la formule, bien que cette rédaction ne nous soit pas intégralement parvenue. C'est ainsi qu'elles sont formellement qualifiées dans les textes (2).

Cependant voici ce qui s'y passe de particulier : on ne peut nier que quelquefois, à part tout système quelconque de procédure, le juge n'y soit amené forcément, par la nécessité même des choses, en statuant sur la question d'obligation, à statuer en même temps sur celle de propriété. — Cet effet est inévitable dans l'action *finium regundorum*, chacune des parties prétendant que sa propriété va, l'une jusqu'à tel endroit, l'autre jusqu'à tel autre; le demandeur se plaignant ordinairement d'empiétements, à quoi le défendeur peut répondre par des plaintes semblables; et le juge décidant, en définitive, par la place où il ordonne que les limites soient posées, de l'étendue de la propriété de chacun. Aussi le jurisconsulte Ulpien a-t-il écrit que, bien que cette action soit *in personam*, elle tient lieu de revendication : « *Finium*

(1) Dig. 10. 2. *Fam. ercisc.* 1. § 1. f. Gai.; 36. f. Paul; 37. f. Scæv. — 44. 1. *De except.* 26. f. Afric. — (2) Dig. 10. 1. *Fin. reg.* 1. f. Paul. : « *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.* » — Cod. 7. 40. *De ann. except. ital.* 1. § 1. const. Justinian. : « *Omnes personales actiones... neque actionis familiæ erciscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, etc., neque alterius cujuscumque personalis actionis, etc.* »

*regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est* (1). » — Quant aux actions *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*, la situation n'est pas la même; mais elle s'en rapproche de la façon que voici : Sans doute, lorsque celui qui intente ces actions n'est pas déjà en possession, et que le défendeur lui conteste la qualité de cohéritier ou de copropriétaire, sa demande est écartée, comme nous venons de le dire ci-dessus, par l'exception préjudicielle : « *Si in ea re, qua de agitur, præjudicium hereditati non fiat*; — ou *præjudicium fundo partive ejus non fiat* (2), » et le juge du partage n'a pas alors à prononcer sur la question réelle de cohérentité ou de copropriété, qui doit faire l'objet d'une autre instance préalable; mais lorsque celui qui intente les actions *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo* a déjà la possession pour lui, et dès lors une présomption suffisante qui milite en sa faveur, nous voyons par ce que nous dit Gaius que sa demande ne peut plus être écartée par le *præjudicium*, et que, si le défendeur lui conteste la qualité de cohéritier ou de copropriétaire, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo* jugera lui-même cette question de droit réel : de telle sorte qu'ici encore il prononcera sur l'un et sur l'autre droit (3).

Il est donc incontestable, si l'on considère uniquement la nature des droits, que presque toujours dans l'action *finium regundorum*, et souvent aussi dans les actions *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*, le juge, bien que sa mission essentielle soit de statuer sur la question d'obligation, est amené, par cela même, à statuer en même temps sur celle de droit réel. Cependant, comme dans le système formulaire c'est à la rédaction de l'*intentio* de la formule qu'on s'attache principalement; comme c'est même de cette rédaction que sont venues les locutions de *actio in rem*, ou *actio in personam*, et que sous ce rapport il est impossible qu'une *intentio* réunisse les deux rédactions, je suis convaincu qu'il n'est pas venu dans la pensée des jurisconsultes, au temps de ce système, de considérer les trois actions que nous examinons ici comme étant à la fois tant *in rem* que *in personam*, et d'en faire une troisième classe, sous la dénomination d'actions *mixtes*. Ainsi entendue, la division dont nous nous occupons ne compte que deux termes : actions *in rem* et actions *in personam*; il n'y a pas de milieu, pas de sous-division qui s'y rattache. Ce ne sera que plus tard,

(1) Dig. 10. 1. *Finium regund.* 1. f. Paul. — (2) Voir la note 1 de la page précéd. — (3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 1. § 1. f. Gar. : « *Quæ quidem actio nihilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet : sed si is qui non possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem si in ea re, qua de agitur, præjudicium hereditati non fiat. Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio : quo fit, ut eo casu ipse judex apud quem hoc judicium agitur cognoscat an coheres sit : nisi enim coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.* »

dans les Instituts de Justinien, à une époque où le formalisme de la procédure formulaire aura été perdu de vue, que nous trouverons quelque chose de semblable (1).

1963. Les noms de *vindicatio* et de *condictio*, dérivés des actions de la loi, furent maintenus, nous l'avons déjà dit, aux actions *in rem* et à un certain nombre d'actions *in personam* du système formulaire, bien que les solennités qui avaient donné lieu à ces noms n'existassent plus (ci-dessus, n° 1926). — Mais il y a, quant à ces dénominations, des nuances qu'il est bon de faire connaître.

1964. Parmi les actions *in rem*, celle qui a pour but la réclamation du droit de propriété d'une chose corporelle se formule en disant, non pas que le droit de propriété sur telle chose nous appartient, mais que cette chose même est à nous (*corporalem rem intendimus nostram esse*). En effet, le droit de propriété, en sa qualité du plus étendu et du plus énergique des droits réels, nous approprie tellement la chose, qu'il s'absorbe en quelque sorte en elle, et que c'est la chose même que nous disons être à nous et que nous réclamons; aussi l'action *in rem* porte-t-elle plus particulièrement, dans ce cas, le nom de *rei vindicatio*, ou *vindicatio* par excellence. — Au contraire, si c'est un droit d'usufruit, de servitude, ou toute autre fraction du droit de propriété que nous réclamons, nous ne pouvons pas dire que la chose soit à nous, il faut nécessairement que nous indiquions le droit que nous prétendons avoir (*intendimus jus aliquod nobis competere*). C'est non pas la chose, mais le droit, c'est-à-dire un objet incorporel que nous vendiquons. Aussi les actions réelles, dans ces cas, sont-elles qualifiées de *vindicationes rerum incorporalium*.

1965. Quant à ce qui concerne les *condictiones*, des nuances plus délicates et plus difficiles à bien préciser se présentent. L'histoire seule peut les éclairer et nous en donner le mot.

Les obligations se poursuivaient, dans le dernier état des actions de la loi, par trois sortes d'actions : la *judicis postulatio*, la *condictio* et la *manus injectio*, qui donnait lieu, seulement pour quelques causes spéciales, à un procès décidé par le prêteur lui-même, sans renvoi devant aucun juge. C'est tout cet héritage qu'ont dû recueillir les actions *in personam* du système formulaire. Il suffit de cette remarque pour démontrer, historiquement, qu'elles n'ont pas dû prendre toutes le nom de *condictiones*, puisqu'une grande partie d'entre elles succédaient non pas à la *condictio*, mais principalement à la *judicis postulatio*.

1966. L'action de la loi *per conductionem* avait lieu exclusivement pour les obligations de transférer en propriété (*dare*), d'abord, en vertu de la loi SILIA, une somme d'argent précise (*certa pecunia*), et ensuite en vertu de la loi CALPURNIA, toute autre

(1) Ci-dessous, § 20.

*res certa*. Il n'y eut, en premier lieu, dans le système formulaire, que les formules poursuivant des obligations pareilles qui prissent le titre de *condictiones*. Elles héritaient à la fois de la mission et du nom même de l'action de la loi, quoique la formalité de la dénonciation, appelée *condictio*, n'y eût plus lieu. Ainsi l'*intentio* de ces formules était nécessairement : « DARE OPORTERE » *certam pecuniam, rem certam* : elle exprimait une obligation de droit civil, unilatérale. Les causes qui pouvaient y donner naissance sont en grand nombre : dans les contrats, ceux formés *re, verbis* ou *litteris*, auxquels se réfèrent ces expressions de Cicéron, « *pecunia data, stipulata, aut expensilata* (1); dans les faits d'où dérivent des obligations *quasi ex contractu*; le legs *per damnationem* d'une chose certaine, le paiement par erreur d'une chose non due; dans les délits la répétition de la chose volée, accordée contre le voleur par dérogation aux principes (ci-dessus, n° 1736); plusieurs autres cas où, après avoir aliéné sa chose pour des causes qui ne se sont pas réalisées, ou qui sont illicites, ou sur lesquelles il est permis de revenir, on a le droit d'exiger que la propriété vous en soit restituée (ci-dess., n° 1595 et 1600); enfin généralement tous les cas dans lesquels on peut soutenir, d'après le droit civil, qu'une personne est obligée unilatéralement de nous transférer en propriété (*dare oportere*) telle somme d'argent ou telle chose déterminée (2). Telle est la *condictio* proprement dite du système formulaire, que Gaius définit : « *Qua intendimus dare oportere* (3) » : ce n'est autre chose que la succession de l'ancienne action de la loi *per conductionem*, à laquelle sont réunis aussi quelques cas particuliers de la *manus injectio*. — De cette notion de la *condictio* proprement dite résulte bien clairement l'explication de cette maxime, que la *vindicatio* et la *condictio* sont inconciliables et ne peuvent avoir lieu toutes les deux pour le même objet (4) : puisque dans l'une nous soutenons que telle chose est à nous, et dans l'autre que notre adversaire est obligé de nous en transférer la propriété. Ce n'était que contre les voleurs qu'on avait admis, exceptionnellement, un tel cumul.

1967. Mais avec le temps, à mesure qu'on s'éloignait davantage des actions de la loi et de l'empire de leurs souvenirs, la dénomination de *condictio* a pris plus d'extension. Si, au lieu de l'obligation unilatérale et de droit civil de donner (*dare*) une chose certaine, il s'agit d'une semblable obligation de donner (*dare*) une chose incertaine : si par exemple, au lieu d'une *res certa*, c'est une *res incerta*, comme une chose à prendre dans un genre, un usufruit, une servitude et autres semblables, qui a été stipulée, ou léguée *per damnationem*, la cause de l'obligation est, dans

(1) CICÉR. *Pro Rosc. c. 5* : « *Condictio certi est pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.* » — (2) DIC 12. 1. *De reb. cred. 9. f. Ulp.* : « *Cericondictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, etc.* » — (3) GAI. 4. § 18 — (4) DIG. 13. 3. *De cond. tritic. 1. § 1. f. Ulp.*