

ce second cas, la même que dans le premier, et l'on s'est habitué à appliquer également à l'action qui en résulte le titre de *condictio*. On a été conduit au même résultat pour le cas où, au lieu d'une obligation de donner (*dare*), il s'agirait, par exemple, dans la stipulation ou dans le legs, d'une obligation de faire (*facere*), comme de donner caution, de libérer d'une dette, de céder les actions d'une créance, et autres semblables. Dès lors le titre de *condictio* s'est appliqué aussi aux formules à *intentio incerta*, énonçant un droit d'obligation unilatérale de donner une chose indéterminée, ou de faire : « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE. » — C'est en cet état que Gaius définit ailleurs la *condictio*, lorsqu'il dit : « Appellantur... in personam vero actiones quibus dare fieri oportere intendimus, conductiones (1). » Il n'est pas question dans ce texte des obligations de *præstare*, qui paraîtraient par conséquent exclues de la qualification de *conductiones*, même lorsqu'elles dérivent d'une source unilatérale et civile, par exemple d'une stipulation ou d'un legs *per damnationem*. J'avoue que je n'en vois pas de motif satisfaisant, et que je suis porté à ne pas interpréter la définition de Gaius dans le sens de cette exclusion. — Quoi qu'il en soit, on voit que la *condictio* formulaire ainsi étendue se trouve tout à fait en dehors de l'action de la loi *per conductionem*, et qu'elle est entrée dans le domaine qui appartenait jadis à la *judicis postulatio*. Cependant elle n'y a pris aucun des cas d'obligations réciproques et appréciables *salva fide*, auxquels cette dernière action de la loi s'appliquait (ci-dessus, n° 1873) : elle est restée tout à fait étrangère aux cas de cette nature, mais elle sert comme d'acheminement et de transition vers eux.

1968. Maintenant nous allons trouver le reflet de ces souvenirs et de ce développement historique jusque dans le détail des dénominations diverses employées sous le système formulaire au sujet des condictions. — La condictio étendue aux obligations incertaines ayant pris le nom de *condictio incerti*, la véritable et primitive condictio a reçu, par opposition, celui de *condictio certi*. — L'expression de *condictio incerti* n'a toutefois été employée que comme qualification générale (2), et les actions de cette nature ont, le plus souvent, tiré leur nom particulier de l'événement d'où elles dérivent. Ainsi l'on a dit *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*, quand l'objet de la stipulation ou du legs a été une *res incerta* (ci-dessus, n° 1258). — Même pour la *condictio certi* le nom de *condictio certi*, ou simplement *condictio*, est resté plus spécialement propre aux actions naissant des trois contrats civils *re*, *verbis* ou *litteris*, et du legs *per damnationem*; on a appliqué aux autres cas des dénominations particulières appro-

(1) GAI. COMM. 4. § 5. — (2) DIG. 12. 7. *De cond. sin. caus.* 3. f. Julian. — 13. 1. *De condict. furti.* 12. § 2. f. Ulp.

priées à chacun d'eux : *condictio indebiti*, *condictio furtiva*, *condictio causa data causa non secuta* ou *ob causam datorum*, *condictio ob turpem vel injustam causam*, etc. (1). — Enfin, par un lien plus étroit avec les souvenirs de l'ancienne action de la loi *per conductionem* et de son origine primitive, d'après la loi SILIA, le titre de *condictio certi*, ou *condictio* par excellence, a été réservé encore plus éminemment à la condictio pour une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*); et par opposition, on a donné à toutes les autres, soit d'objets certains, soit d'objets incertains, la dénomination générique de *condictio triticaria* (2), dérivée de la denrée qui, après l'argent, a pu faire, au temps de la loi CALPURNIA, le plus souvent l'objet du *mutuum* ou de la stipulation, le froment (*triticum*). — Remarquez, en effet, que dans le système formulaire, où tout se résout en une condamnation pécuniaire, la condictio d'une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*) est la seule qui puisse avoir une *condemnatio certa*, c'est-à-dire arrêtée à une somme fixe : « *centum condemna.* » Dans toutes les autres condictions, qu'il s'agisse d'un objet certain, par exemple de tel esclave, de tel fonds de terre, ou d'un objet incertain, comme d'une obligation de faire, la condamnation pécuniaire indiquée au juge l'est toujours d'une manière indéterminée : « *Quanti ea res erit*, ou *Quidquid ob eam rem...*, etc. » (ci-dess., n° 1936).

1969. On voit par là que le mot *condictio* a été plus ou moins étendu ou resserré dans sa signification, selon les objets auxquels on l'a appliqué, les souvenirs historiques auxquels on s'est reporté, ou les mots avec lesquels on l'a mis en opposition. En dernier lieu, dans sa plus grande extension, et en l'opposant uniquement aux actions *in rem*, on lui a fait signifier même toute action *in personam* (3).

1970. Les actions ou formules conçues *in factum*, étant étrangères par leur origine et par leur nature aux questions de droit, tant d'obligation que de propriété, sont toujours en dehors des diverses condictions dont nous venons de parler. On n'y pose aucune question ni de *dare*, ni de *facere*, ni même de *præstare oportere* : elles restent rédigées comme question de fait : on ne peut donc à aucun titre leur appliquer le nom de condictions.

(1) DIG. 12. tit. 4 et suiv.; 13. tit. 1 et suiv. — (2) DIG. 13. 3. *De condict. tritic.* 1. f. Ulp. : « Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam conductionem petit, etc. » — (3) DIG. 44. 7. *De oblig. et act.* 25. pr. f. Ulp. : « Actionum genera sunt duo : in rem, quæ dicitur vindicatio : et in personam, quæ condictio appellatur. » — On a cru en reconnaître encore quelques traces, DIG. 12. 1. *De jurejur.* 28. § 4. f. Paul; mais ici il peut y avoir, suivant les circonstances, une véritable condictio.

Actions in jus ou in factum. — *Actions directes* (directæ) ou *utiles* (utiles). — *Actions fictives* (fictitiæ actiones). — *Action in factum præscriptis verbis.*

1971. C'est sur la nature même du droit poursuivi qu'est fondée avant tout la précédente division des actions. Voyons celles qui tiennent essentiellement au mode de conception de la formule. En tête se présente la distinction, déjà exposée ci-dessus, n^o 1912 et 1919, des actions *in jus*, ou *in factum conceptæ*.

1972. Cette distinction, dont les détails offrent quelque obscurité, s'éclaircit tout à fait par la seule considération de son origine historique. N'oublions pas que la formule *in factum concepta* est le premier germe du système formulaire, que c'est la rédaction primitive, telle qu'elle a été imaginée dans sa première destination pour les pérégrins, et que pour ces pérégrins elle ne pouvait pas être autrement, puisqu'à leur égard il n'y avait aucune question possible de droit civil, soit de propriété ou d'autre droit réel, soit d'obligation. Le prêteur posait en question un fait allégué par le demandeur, et, en vertu de sa puissance, il attachait à sa solution affirmative la conséquence d'une condamnation pécuniaire. — Rappelons-nous que la formule *in jus concepta* est venue postérieurement; du moment qu'on a voulu étendre l'emploi des formules aux procès des citoyens entre eux : parce que dès lors il y a eu des questions de droit civil à poser. Aussi Gaius définit-il cette formule en disant qu'elle a une *intentio* de droit civil (*juris civilis intentio*), soit de propriété ou autre droit réel : « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITUM AULI AGERII ESSE »; soit d'obligation : « SI PARET », ou « QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE »; ou bien encore, ce qui paraît la formule spéciale pour le cas de vol : « SI PARET PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE (1) » : d'où l'on peut conjecturer que, pour les autres délits, DAMNUM DECIDERE OPORTERE faisait partie de la formule consacrée. — Souvent à un œil peu exercé, et à la lecture de la formule entière, la différence entre celle qui est rédigée *in factum* et celle qui l'est *in jus* paraîtra peu saisissable (2); mais en y regardant de près, on voit qu'en définitive c'est, pour le droit réel, généralement l'idée et l'expression de REM ESSE ou JUS COMPETERE (*rem aliquam* ou *jus aliquod A. A. esse* ou *competere*), et, pour l'obligation, l'idée et l'expression de OPORTERE (*dare, facere, præstare, ou pro fure damnum decidere oportere*), qui résume et renferme essentiellement en soi une question de droit. On ne trouve pas ces idées ni ces expressions dans la formule *in factum*.

1973. Nous savons aussi, précisément par la manière dont s'est développé et complété le procédé formulaire, que dans la rédaction *in factum*, la première imaginée, on n'avait pas encore dis-

(1) Gai. Comm. 4. § 45. conféré avec le § 37. — (2) Voir l'exemple des deux formules construites chacune pour une même cause, dans Gaius. Comm. 4. § 47, et ci-dessous, p. 552, note 2.

tingué et dénommé dans la formule les deux parties qui plus tard ont pris le nom de *demonstratio* et d'*intentio*. Ce n'est qu'en progressant, et seulement dans les formules *in jus*, que cette distinction a été faite; de telle sorte qu'elle n'est pas applicable à la formule *in factum*. On dit communément de cette formule que la *demonstratio* s'y confond dans l'*intentio*, ou, à l'inverse, que l'*intentio* s'y confond dans la *demonstratio* : on pourrait dire qu'elle n'a ni l'une ni l'autre; et, en effet, la définition et les exemples qu'en donne Gaius ne se réfèrent qu'à une formule rédigée *in jus* (1). La formule *in factum* n'a que deux parties : l'une, que l'on peut qualifier d'*intentio*, puisque Gaius, en opposant à la formule civile la formule *in factum*, nous dit de cette dernière (2) *nulla talis intentione conceptio est*, et la seconde, qui contient la *condemnatio* (ci-dessus, n^o 1929 et suiv.). La prétention du demandeur s'y formule en un fait qu'il soutient avoir existé, et auquel le prêteur attache, dans la *condemnatio*, les conséquences qu'il devra avoir s'il est prouvé.

1974. En somme, et comme conséquence même de son origine historique, on peut résumer ainsi les caractères de l'action *in factum concepta* : elle ne pose pas de question de droit; d'où il suit qu'elle n'a pas de *demonstratio* ni d'*intentio* proprement dites; qu'elle est en dehors du droit civil; enfin, que, généralement et à la rigueur, elle reste étrangère aux principales divisions des formules civiles (*in jus conceptæ*).

1975. Quelques écrivains ont cru devoir distinguer et énumérer plusieurs espèces d'actions *in factum conceptæ* : la matière est devenue extrêmement compliquée et difficile à comprendre; tandis qu'au fond ce n'est jamais qu'un seul et même mode de rédaction, employé pour divers usages.

En effet, la formule *in factum concepta* a été imaginée d'abord pour les pérégrins, mais elle a été ensuite appliquée, dans plusieurs circonstances, même aux procès entre citoyens. Elle a été, pour les prêteurs, en matière d'actions, un de ces mille moyens ingénieux employés par eux pour éluder la rigueur du droit civil, ou pour suppléer à ses lacunes. On peut dire qu'en général, lorsque le droit prétorien voulait armer de moyens d'action des cas où le droit civil faisait défaut, et où, par conséquent, il n'était pas possible de construire une formule *in jus*, un des expédients les plus fréquents pour y parvenir était de recourir à une formule *in factum*. Ce n'était autre chose que répéter, pour les citoyens, ce qu'on avait fait, dans le principe, pour les pérégrins.

1976. Ainsi les citoyens *alieni juris*, les fils de famille, par exemple, n'ayant pas, dans l'ordre privé, et selon le droit civil, de personnalité à eux, ne pouvaient avoir en leur propre nom aucune action de droit civil (*in jus concepta*); mais le droit

(1) Gai. Comm. 4. §§ 40 et 41 rapprochés de 60. — (2) *Ib.* § 46.

prétorien, dans les cas où cela paraissait équitable, parvenait à leur en donner en les rédigeant *in factum* (1). — C'est un des motifs, sans doute, qui faisaient que l'album, sur des points du droit civil, contenait quelquefois les deux sortes de formules, l'une rédigée *in jus* et l'autre *in factum*, comme Gaius nous en donne l'exemple pour le dépôt et pour le commodat (2).

1977. De même le droit prétorien recourait encore aux formules rédigées *in factum*, soit pour investir d'action des droits complètement en dehors du droit civil et introduits seulement par l'édit (3), soit pour étendre, par voie d'analogie et par utilité, des actions civiles à des cas qui ne réunissaient pas véritablement tous les caractères voulus par le droit civil : ce sont ces actions, ainsi étendues, que nous avons rencontrées plusieurs fois sous le titre

(1) Dig. 44. 7. *De obl. et act.* 9. f. Paul. : « Filius familias suo nomine nullam actionem habet nisi injuriarum et quod vi aut clam, et depositi et commodati, ut Julianus putat. » — 13. f. Ulp. : « In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere. » Conférez Dig. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. Ulp., où il est dit, précisément à propos des actions *ex maleficio*, ou *ex contractu*, par exemple *depositi*, *mandati*, etc. : « Et Juliano placet... posse eum (filium familias) *utili judicio* agere. » Or, l'action utile dont il s'agit ici est une action rédigée *in factum*. — (2) Gai. Comm. 4. § 47. Voici la formule du dépôt conçue *in jus* : « JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSITUM, QUA DE RE AGITUR (ceci est la *demonstratio*) : QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA (ceci est l'*intentio juris civilis*, avec les expressions caractéristiques d'une obligation de droit, *dare facere oportet*); EJUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO (c'est la *condemnatio*). — Voici la formule, basée sur la même cause, mais rédigée *in factum* : « JUDEX ESTO, SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSITISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDI AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE (ceci est la première partie, correspondant à la *demonstratio* et à l'*intentio* réunies, posant, non pas une question de droit, *dare facere oportere*, mais une question de fait) : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO : SI NON PARET, ABSOLVITO. » — (3) Nous avons, ci-dessus, n° 1757 (liv. 4, tit. 3. § 16), précisément à l'occasion d'une même loi, de la loi AQUILIA, l'exemple d'une action utile, c'est-à-dire qui est accordée par analogie d'une action directe, qui est d'ailleurs conçue *in factum*, et que l'on peut nommer, à cause de cela, *actio in factum utilis ex lege AQUILIA*, mais dont les conséquences, par la *condemnatio*, devaient être les mêmes que celles de la loi AQUILIA. Et nous avons en même temps l'exemple d'une action créée uniquement par le droit prétorien, abstraction faite de la loi AQUILIA, parce que les faits ne présentent pas avec cette loi une analogie suffisante, et qualifiée simplement d'*actio in factum*. Nous croyons qu'ici les conséquences, par la *condemnatio*, n'étaient plus calquées sur celles prescrites par la loi AQUILIA. — Rapprochez de cette observation différents textes du Digeste, où l'action utile de la loi AQUILIA est presque toujours qualifiée seulement d'*actio in factum* : Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 7. §§ 3 et 6. f. Ulp.; 9. pr. et § 2. f. Ulp.; 11. §§ 8 et 10. f. Ulp.; 17. pr. f. Ulp.; 29. § 7. f. Ulp.; 33. § 1. f. Paul.; 53. f. Nerat. — Nous avons d'autres exemples d'actions introduites uniquement par le droit prétorien et qualifiées d'actions *in factum* : Gai. Comm. 4. § 46. — Même dans le Digeste de Justinien : 27. 6. *Quod falso tutore.* 9. 1. f. Ulp.; — 40. 12. *De liber. caus.* 13. pr. f. Gai. — 42. 8. *Quæ in fraud. cred.* 10. pr. et 14. f. Ulp. Les actions *quod metus causa* et *de dolo malo*, introduites par l'édit, étaient aussi des actions rédigées *in factum*.

d'action utile (*utilis actio*), par opposition à l'action dérivant directement du droit civil, et nommée en ce sens action directe (*directa actio*).

1978. Pour obtenir les deux résultats dont nous venons de parler, c'est-à-dire pour investir d'une action des droits introduits seulement par l'édit, ou pour étendre hors de leur sphère des actions civiles, le préteur avait recouru à deux expédients différents :

Le plus fréquemment à une formule rédigée *in factum*. Ainsi, la plupart des actions prétoriennes et un grand nombre des actions utiles sont des actions *in factum conceptæ*. Dans ce dernier cas, la formule, après avoir posé la question de fait, donnait dans la *condemnatio* à la solution affirmative les mêmes conséquences qu'aurait eues l'action que le préteur voulait imiter. — Du reste, cette extension, par voie d'analogie, d'une action déjà existante à des cas ou à des personnes qui ne rentrent pas complètement dans sa sphère, pouvait se pousser à des degrés divers. C'est ainsi qu'on peut rencontrer l'action utile d'une action de droit civil, ou l'action utile d'une action prétorienne (1); ou enfin même l'action utile d'une action utile. Il ne faut pas voir là autant d'espèces diverses d'actions utiles : ce serait compliquer et obscurcir inutilement la matière. Il n'y a jamais que l'application de la même idée : extension, par voie d'analogie et par utilité, d'une action déjà existante à des cas qui ne rentrent pas complètement dans sa sphère, mais qui s'en rapprochent, ou à des personnes auxquelles elle ne devrait pas rigoureusement être donnée (2).

1979. L'autre procédé, employé aussi par le préteur, conduisait à donner non-seulement une action *in factum*, mais même une action *in jus*, ou quelquefois à réunir à la rédaction posée d'abord *in factum* une *intentio in jus* qui la suivait, le tout pour des droits qui n'étaient cependant que prétoriens, ou qui étaient étendus hors des termes du droit civil. Ce procédé consistait dans une fiction. Il revient en définitive à exprimer, dans la rédaction de la formule, qu'on donne cette formule comme on la donnerait si tel fait ou si telle qualité de droit civil existait dans la cause. Il ne faut pas confondre ces fictions avec celles que le préteur avait déjà faites au sujet de certaines actions de la loi (ci-dessus, n° 1918); celles-ci sont d'un autre genre : « Habemus

(1) Telle est l'*utilis in factum actio*, dont parle Gaius. Digeste. 11. 7. *De religiosis.* 7. pr. et § 1. — C'est ainsi encore que nous trouvons dans les fragments du Vatican, § 90, l'indication d'un interdit utile : « Inde et interdictum UTI POSSEDETIS utile hoc nomine proponitur..., etc. » — (2) Dig. 5. 1. *De judic.* 18. § 1. f. Ulp. : « ... Posse (filium familias) *utili judicio* agere. » — Dig. 9. 2. *Ad leg. Aquil.* 11. § 10. f. Ulp. : « An fructuarius vel usuarius legis Aquiliæ actionem haberet, Julianus tractat : et ego puto melius, *utile judicium* ex hac causa dandum. » — 17. f. Ulp. : « Si dominus servum suum occiderit, bonæ fidei possessori vel ei qui pignori accepit, *in factum* actione tenebitur. »

adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, » nous dit Gaius (1); et il nous en donne plusieurs exemples :

1° Celui du possesseur des biens (*bonorum possessor*), que le prêteur met en place d'un héritier (*loco heredis*), quoiqu'il ne le soit pas, et à qui ou contre qui il donne les actions provenant de l'hérédité, à l'aide d'une formule construite sur l'hypothèse fictive qu'il serait véritablement héritier (*ficto herede*) (ci-dess., n° 1100); par exemple, pour lui donner une *rei vindicatio*, « JUDEX ESTO : SI AULUS AGERIUS LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET, etc. »; ou pour lui donner une action *in personam* : « ... TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE (2). »

2° L'exemple du *bonorum emptor*, pour qui le prêteur agissait absolument de même, parce qu'il n'était également, comme nous l'avons déjà dit (ci-dessus, n° 1168), qu'un successeur prétorien (3).

3° L'exemple de celui qui, étant en voie d'acquérir une chose par usucapion, en aurait perdu la possession, et à qui l'édit permet, quoiqu'il ne soit pas propriétaire, de vendiquer cette chose au moyen d'une formule construite sur l'hypothèse fictive qu'il aurait achevé l'usucapion (*fingitur rem usucepisse*) : « JUDEX ESTO : SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, etc. (4). » C'est là cette action nommée *Publiciana in rem actio*, du nom du prêteur *Publicius*, qui l'a introduite le premier (tom. II, n° 540). Ici l'*intentio* pose d'abord une question *in factum*, qui est suivie, au moyen de la fiction, d'une conception *in jus*.

4° L'exemple des pérégrins, à qui ou contre qui le prêteur parvient à donner des actions de droit civil, en construisant la formule sur l'hypothèse fictive qu'ils seraient citoyens (*civitas romana peregrino fingitur*); par exemple, pour l'action de vol contre un pérégrin : « JUDEX ESTO : SI PARET OPE CONSILIOVE DIONIS HERMÆI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AURÆ, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, etc. »; de même pour l'action de la loi AQUILIA (5). C'est ainsi que, tandis qu'à l'égard des pérégrins la seule formule régulièrement possible était la formule primitivement imaginée pour eux, la formule *in factum*, le prêteur est parvenu, par une fiction, à leur appliquer même des formules civiles posant une question de droit (*in jus*).

5° Enfin, l'exemple des cas où, lorsque notre débiteur a subi la petite diminution de tête, comme une femme par suite de la *coemptio*, un homme par suite d'une adrogation, événement qui

(1) Gai. Comm. 4. § 34. — (2) Gai. Comm. 4. § 34. Rapprochez ULP. Reg. 28. 12. — (3) Gai. Comm. 4. § 35; et Comm. 3. §§ 80 et 81. — (4) Gai. Comm. 4. § 36. — (5) Gai. Comm. 4. § 37.

a détruit sa personnalité, et éteint par conséquent les actions que nous avons contre lui individuellement, le prêteur nous maintient ces actions à l'aide d'une formule construite sur l'hypothèse fictive que cette diminution de tête n'aurait pas eu lieu (*fingitur capite deminutus deminutave non esse*) (1) (voir ci-dess., n° 1153).

1980. Ces sortes d'actions sont nommées par les jurisconsultes romains actions fictives (*fictitiæ actiones*) (2). On voit, par les exemples mêmes que nous en avons donnés, que ce sont des actions qui, à l'aide de la fiction qu'elles contiennent, ont quelquefois une *intentio* conçue uniquement *in jus*; et d'autres fois une *intentio* dans laquelle les deux rédactions sont comme réunies à la suite l'une de l'autre : car elle commence par une question posée *in factum* (*si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset*) que suit immédiatement, amenée par la forme fictive, une *conceptio in jus* (*tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret*). Données par analogie d'actions existantes, et étendues, au moyen du procédé fictif, à des personnes ou à des cas hors de la sphère régulière de ces actions, elles portent aussi la qualification générale d'actions utiles (*utilis actio*) (3).

En somme, le prêteur a deux procédés pour construire des actions utiles à l'imitation et en extension d'une autre action déjà existante : soit le procédé d'une formule *in factum*, soit le procédé d'une formule *fictitia*, qualifiée quelquefois aussi par les deux épithètes *in factum fictitia*. Par le premier procédé, c'est dans la *condemnatio* qu'il pose les conséquences calquées sur celles de l'action qu'il veut imiter; par le second, c'est dans l'*intentio*, construite *in jus*, sur l'hypothèse fictive de cette action à imiter et à étendre. Quelquefois même, pour un cas identique, le prêteur emploie soit l'un, soit l'autre procédé (4).

1981. Enfin on est porté à confondre avec les formules *in factum conceptæ* l'action qui, sous la dénomination d'*actio in factum præscriptis verbis*, ou seulement d'*actio præscriptis verbis*, ou même d'*actio in factum* tout court, figure fréquemment dans le droit romain, notamment par suite des contrats réels et innommés, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* ou *facio ut facias*. Mais il importe de bien se prémunir contre cette confusion. Nous avons déjà dit (ci-dessus, n° 1598) que l'action *in factum præscriptis verbis* a une *intentio* conçue, non pas *in factum*, mais *in jus*, une *intentio* de droit civil (*civilis intentio*),

(1) Gai. Comm. 4. §§ 38 et 80. — (2) ULP. Reg. 28. 12. — (3) Gai. Comm. 4. § 38 : « Actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse. » — (4) Telle était la révocation des actes faits en fraude des créanciers, révocation à laquelle on parvenait, soit au moyen de l'action *Pauliana*, action fictive, d'après ce que nous voyons même aux Instituts de Justinien (ci-dessous, § 6); soit au moyen d'une action *in factum* (Dig. 42. 8. *Quæ in fraud. credit.* 10. pr. f. Ulp.).

selon les propres expressions des textes, dont l'objet est une chose indéterminée, et qui formule, par conséquent, la prétention de droit en ces termes : QUIDQUID OB EAM REM... DARE FACERE OPORTET. D'où pour l'action *in factum præscriptis verbis* la qualification d'*actio civilis incerta*, répétée dans une foule de textes (1). Ce qui est conçu en fait dans cette action civile, c'est seulement la *demonstratio*, en ce sens que, comme il s'y agit de contrats n'ayant pas en droit de nom propre, mais formés seulement par les faits particuliers qui ont eu lieu, le prêteur, dans la première partie de la formule, ne peut pas les indiquer au juge par leur seule dénomination légale, comme il ferait pour la vente, pour le louage, pour la société; il faut qu'il pose dans la *demonstratio* l'énoncé préliminaire de ces faits. « Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina præscriptis verbis agendum est. In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt (2). » C'est ce que dit clairement et laconiquement une constitution d'Alexandre : « Actio quæ præscriptis verbis rem gestam DEMONSTRAT (3). » L'action *in factum præscriptis verbis* n'est donc pas une action conçue *in factum*, mais bien une action *in jus*.

1982. Terminons cette matière en faisant remarquer que la rédaction *in factum* est susceptible, en certain cas, de se présenter avec une précision plus ou moins rigoureuse; qu'en effet elle peut être conçue soit de manière à laisser encore au juge à faire une appréciation juridique ou morale du fait énoncé, soit de manière à le renfermer strictement dans la vérification d'un fait matériellement précis; de telle sorte qu'on peut rencontrer dans le droit romain la rédaction *in factum* d'une action déjà *in factum*, par sa propre nature. Tel est le cas de l'action de *dolo malo*. En effet, bien que cette action soit prétorienne et toujours conçue *in factum*, poser au juge cette question de fait : « s'il y a eu dol dans l'affaire de la part du défendeur, » c'est lui donner la mission de rechercher les actes du défendeur, de les apprécier moralement et juridiquement, et de décider enfin s'ils constituent ou non un dol. Mais cette appréciation à faire disparaîtra, et la mission du juge deviendra beaucoup plus étroite, s'il lui est posé pour question seulement de savoir si le défendeur a fait tel acte formellement précisé dans la formule. Alors le juge n'a plus qu'à vérifier l'existence ou la non-existence de cet acte, sans s'inquiéter

(1) Dig. 2. 14. De pactis. 7. § 2. f. Ulp. : « Julianus scribit *in factum* actionem a prætore dandam. Ille (Mauricianus) ait *civilem incerti actionem*, id est *præscriptis verbis*, sufficere, esse enim contractum, etc. » — Dig. 19. 5. De *præscript. verb.* 1. § 2. f. Papin. : « *In factum civilis actio*. » — 6. f. Nerat. : « *Civili intentione incerti agendum*. » — 15. f. Ulp. : « *Civilis actio oriri potest, id est præscriptis verbis*. » — Cod. 4. 64. De rer. permut. 6. const. Diocl. et Maxim. : « *Præscriptis verbis incertam civilem dandam actionem*. » — (2) Dig. 19. 5. De *præscr. verb.* 2. f. Cels. et 3. f. Julian. — (3) Cod. 2. 4. De *transact.* 6. const. Alex.

de le qualifier ou non de dol. Cette dernière conception est celle de l'action de dol mitigée, tempérée (*in factum composita, in factum temperata*). Le prêteur y recourait en certains cas, et notamment à l'égard de certaines personnes contre qui il ne voulait pas donner l'action de dol, à cause de l'infamie qu'elle entraînait pour celui qui était condamné (1). L'action *quod metus causa* était susceptible du même tempérament, que nous verrons se reproduire aussi dans les exceptions (2).

Actions de droit strict (stricti juris judicia), de bonne foi (bonæ fidei).
— Actions arbitraires (arbitrariæ).

1983. La division des actions que nous abordons ici se lie, comme la précédente, à la rédaction de la formule; mais d'une manière beaucoup moins intime, et seulement sous le point de vue de l'étendue des pouvoirs qui y sont conférés au juge.

1984. Dans la plus ancienne des actions de la loi, dans l'action *sacramenti*, nous avons vu le juge, strictement renfermé dans cette mission, déclarer, d'après les principes du droit quiritaire, si le *sacramentum* était *justum* ou *injustum* (ci-dessus, n° 1859 et 1870). Et même sous le dernier état des actions de la loi, lorsqu'il ne restait plus à l'action *sacramenti* aucune application en matière d'obligations, l'action *per conditionem*, qui avait recueilli son dernier héritage, avait succédé aussi à sa rigueur : le demandeur y soutenait que le défendeur était obligé de lui transférer en propriété une chose certaine (*dare certam pecuniam* ou *rem certam*) : là-dessus, c'était tout ou rien, l'obligation existait ou n'existait pas, selon les principes du droit quiritaire; il n'y avait pas de milieu. — L'action de la loi *per iudicis postulationem*, au contraire, laissait au juge, dans beaucoup de cas, une certaine latitude d'appréciation, soit quant à l'objet de l'obligation, ou des obligations réciproques qu'elle embrassait, soit même quant à leur existence. Aussi le juge y prenait-il fréquemment le nom d'*arbiter* (ci-dessus, n° 1872 et 1882).

Cette opposition, quant aux pouvoirs du juge, entre les actions de la loi *sacramenti* ou *per conditionem* d'une part, et la *iudicis postulatio* de l'autre, a passé dans le système formulaire. Avec cette particularité, que ce qui résultait, dans les actions de la loi, du mode même de procéder, il a fallu, dans le système formulaire, l'obtenir au moyen de la rédaction de la formule, dont les termes ont dû être empruntés, probablement, ici comme dans plusieurs autres cas, à quelques-unes des anciennes paroles qui se prononçaient dans les actions de la loi.

(1) Dig. 4. 3. De *dolo malo*. 11. § 1. f. Ulp. : « Quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis, adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellit..., etc., in horum persona dicendum est, *in factum* verbis temperandam actionem dandam, ut *bonæ fidei* mentio fiat. » — (2) Ci-dessus, tit. 13. § 1.

1985. Si la formule civile, c'est-à-dire posant une question de droit (*in jus concepta*), ne confère au juge aucun pouvoir particulier et exceptionnel, le juge est renfermé dans la décision d'une question de droit civil, il ne peut se régler que sur les principes de ce droit, sans prendre en considération aucune circonstance quelconque d'équité ou de bonne foi en dehors de ces principes.

Mais si la formule civile contient, ajoutés à la question de droit qu'elle pose, ces mots, *EX FIDE BONA*; ou ceux-ci, employés dans l'action de fiducie et qui ont un cachet d'antiquité plus prononcé, *UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET*; ou bien ceux-ci, usités dans l'action *rei uxoriæ*, *QUOD ÆQUIUS MELIUS*, ou d'autres équivalents, le juge se trouve investi d'un pouvoir plus étendu. Bien que la question posée soit une question de droit civil, il reçoit la mission spéciale de prendre en considération toutes les circonstances d'équité, pour statuer sur l'obligation ou sur les obligations réciproques qui sont soumises à son appréciation (1).

La première formule constitue plus spécialement un *judicium*, et la seconde un *arbitrium*: le premier, selon les expressions de Cicéron, *directum*, *asperum*, *simplex*; le second, *mite*, *moderatum* (2); dans le premier, le juge portant le titre de *judex* proprement dit; dans le second, celui d'*arbiter*. — M. de Savigny a adopté et érigé en système l'opinion de ceux qui pensent qu'il y avait entre le *judex* et les *arbitri* cette grande différence, que le *judex* ne pouvait être pris que sur l'*album*, c'est-à-dire sur la liste des citoyens désignés pour remplir les fonctions judiciaires durant l'année, tandis que les *arbitri* pouvaient être choisis en

(1) Cicér. *Topic.* 17 : « Privata... judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia... in omnibus igitur iis judiciis in quibus *ex fide bona* est additum; ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier oportet* : imprimisque in arbitrio rei uxoriæ in quo est : *quod æquius melius*, parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum bonum; illi quid socium socio; quid eum qui negotia aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent; quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri præstare oporteret; quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt. » — *Imprimis in arbitrio rei uxoriæ*, dit Cicéron. Suivant la doctrine de Cujas et de Savigny, exposée et justifiée par M. GIDE (*Caractère de la dot*, p. 26 et suiv.), l'action *rei uxoriæ*, celle d'injures et quelques autres sont *in bonum et æquum conceptæ* : ce qui donne au juge un pouvoir plus large encore que celui qui lui appartient dans les actions de bonne foi. — (2) Cicéron. *Pro Rosc. c. 4.* : « Aliud est *judicium*, aliud *arbitrium*. *Judicium* est pecuniæ certæ; *arbitrium* incertæ. Ad *judicium* hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus : ad *arbitrium* hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in *judicio*; *directum*, *asperum*, *simplex* : SI PARET H. S. 700 DARI OPORTERE. Hic nisi planum facit H. S. 700 ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in *arbitrio*? *mite*, *moderatum* : QUANTUM ÆQUIUS MELIUS ID DARI. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeat, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque causæ alter confidit, alter diffidit. » Cicéron ne parle ici, sous le nom de *judicium*, que de l'action éminemment de droit strict, la *condictio certæ pecuniæ*; et non de la *condictio incerti*, qui en a été déduite par extension.

dehors de cette liste. Cette opinion, que nous étendrions difficilement jusqu'à l'époque antique et patricienne dans laquelle règnent exclusivement les actions de la loi (ci-dess., n° 1852), nous paraît bien plus probable, quoique non prouvée, pour l'époque de la procédure formulaire, qui est celle, d'ailleurs, où le pouvoir judiciaire se dispute entre les diverses classes de citoyens, et où des listes annuelles sont dressées, et affichées (1). Dans le troisième système, celui de la procédure *extra ordinem*, il n'en est plus question.

En des termes plus récents que ceux de Cicéron, termes déjà usités au temps de Gaius, les actions de la première classe ont été appelées actions de droit strict (*stricti juris judicia*); et celles de la seconde, actions de bonne foi (*bonæ fidei judicia*).

Toutefois, M. de Savigny a parfaitement raison de faire remarquer que cette division en actions *stricti juris* ou *bonæ fidei* n'est pas synonyme exactement de celle-ci, *judicium* ou *arbitrium*. Cette dernière est plus large, on la rencontre même dans la loi des Douze Tables, sous le système des actions de la loi (ci-dess., n° 1852, 1871 et suiv.); et sous le système formulaire elle comprend toutes les actions, soit civiles, soit prétoriennes, soit pour contrats ou quasi-contrats, soit pour délits ou quasi-délits; car on peut dire que toutes sont ou des *judicia* ou des *arbitria*. Or, il n'en est pas de même de la division en actions *stricti juris* ou *bonæ fidei*, ainsi que nous allons le voir dans les numéros qui suivent. (App. 2, liv. 4.)

1986. Il est curieux de reconnaître comment ces deux classes d'actions se sont partagé l'ancien domaine des actions de la loi en fait d'obligations. Toutes les actions qui ont été qualifiées, dans le système formulaire, de *condictiones certi*, c'est-à-dire toutes celles qui formaient jadis le domaine de l'action de la loi *per condictionem* et quelques cas particuliers de la *manus injectio*, toutes celles-là sont éminemment de droit strict (*stricti juris*): elles ont pour but la poursuite d'une obligation civile et unilatérale de transférer en propriété une somme d'argent ou une chose déterminée (*certam pecuniam*, ou *rem certam dare*); leur formule est certa

(1) SÉNÈQUE, *De beneficiis*, liv. 3. § 7, agitant cette question, s'il doit y avoir une action contre l'ingratitude pour les bienfaits, trace le parallèle que voici entre le *judicium* et l'*arbitrium* : « Illum (*judicem*) formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus (*arbitri*) libera et nullis astricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest, et adjicere, et sententiam suam, non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere. » — Puis il ajoute que dans les questions qui ne relèvent que de la raison, que de l'âme : « Non potest ad hæc sumi *judex* ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit. » — Ceci dit bien, ce qui est connu, que les juges se prennent sur l'*album*, mais ne dit pas s'il en est ou non de même des *arbitri*. Le passage est donc peu concluant. D'autant plus que la thèse de Sénèque, quant à l'ingratitude, est qu'il ne doit y avoir aucune action, ni *judicium* ni *arbitrium*.

dans son *intentio*; quant à la *condemnatio*, elle y est, lorsqu'il s'agit de somme d'argent fixe, *certæ pecuniæ*; et pour tout autre objet certain, QUANTI EA RES ERIT. — Toutes celles qui ont été qualifiées de *condictiones incerti*, c'est-à-dire une partie de l'ancien domaine de la *judicis postulatio*, sont aussi actions de droit strict (*stricti juris*): elles ont pour but la poursuite d'une obligation civile et unilatérale, de donner une chose indéterminée ou de faire quelque chose (*aliquid incertum dare, vel facere*); leur formule est *incerta* dans son *intentio* comme dans sa *condemnatio*, avec la rédaction la plus indéterminée, QUIDQUID PARET, etc. Mais précisément à cause de cela, bien qu'elles soient de droit strict, elles servent comme de transition vers les actions de bonne foi. — Enfin tout le surplus du domaine de l'action de la loi *per judicis postulationem* constitue les actions de bonne foi (*bonæ fidei*): elles ont pour but la poursuite d'obligations civiles, mais bilatérales le plus souvent et indéterminées; leur formule est *incerta*, avec la rédaction la plus indéterminée, QUIDQUID PARET, etc., et de plus avec adjonction de ces mots EX FIDE BONA, ou d'autres équivalents. — Ainsi, l'*intentio*, dans ces trois cas, est: *certam pecuniam*, ou *aliquid certum dare oportere*, pour le premier; *quidquid dare facere oportet*, pour le second; et *quidquid dare facere præstare oportet ex fide bona*, pour le troisième. *Intentio certa* ou *incerta* pour les actions de droit strict; mais toujours *incerta* pour les actions de bonne foi.

1987. La règle générale, c'est que les actions civiles sont de droit strict; il n'y a d'exception que pour celles qui, par spécialité, ont été successivement, à mesure des progrès du droit, attribuées jadis à l'action de la loi *per judicis postulationem* (ci-dessus, n° 1872 et suiv.); et plus tard, sous le système formulaire, rangées parmi les actions de bonne foi. Aussi, pour les désigner, procède-t-on par énumération; et leur nombre s'accroît avec le temps. Nous trouvons une de ces énumérations dans Cicéron (1), et voici celle que donne Gaius pour son époque: « Sunt autem bonæ fidei judicia hæc ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciæ, pro socio, tutelæ, commodati (2). » Nous en trouverons encore une autre, avec quelques termes de plus, dans les Instituts de Justinien.

1988. De ce que le juge, dans les actions de bonne foi, est

(1) CICÉR. *De offic.* III. 15. 17: « Sed quid sint boni et quid sit bene agi magna quæstio est. Q. quidem Scævola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur *ex fide bona*: fideique bonæ nomen existimabat manere latissime, idque versari in tutelis, societatis, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitæ societas contineretur: in his magni esse judicis statuere (præsertim cum in plerisque essent judicia contraria) quid quemque cuique præstare oporteret. » — Cicéron ne paraît pas donner ici une énumération complète et limitative. Celle de Gaius comprend en plus les actions *negotiorum gestorum*, *depositi* et *commodati*. — (2) GAR. COMM. 4. § 62.

chargé, par la formule même, de statuer sur la cause *ex fide bona*, ou *ut inter bonos bene agier oportet*, ou bien encore *quod æquius melius*, il suit qu'il doit, par cela seul, faire entrer dans son appréciation, soit pour l'existence, soit pour l'étendue de l'obligation, tout ce qu'exigent l'équité et la bonne foi. En conséquence:

1° Tout fait de dol, tant de la part du demandeur que de la part du défendeur, doit être pris par lui en considération, sans qu'il soit nécessaire pour le demandeur de recourir à une stipulation spéciale contre le dol (*clausula doli, cautio de dolo*), ni à l'action prétorienne *de dolo malo*, et sans qu'il soit nécessaire au défendeur de faire insérer dans la formule aucune exception de dol, ni toute autre déduite d'un principe de bonne foi: de telle sorte que ni l'action ni l'exception de dol n'ont lieu dans ce cas. « Cessat de dolo actio », dit Ulpien en parlant de l'action de dol en présence d'une action de bonne foi (1). « *Judicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem* », dit Julien au sujet de l'exception; « *bonæ fidei iudicio exceptiones pacti insunt*, » dit Paul; « *officio iudicis (exceptio doli mali) continetur*, » dit-il ailleurs (2).

2° Tout ce qui est d'usage commun dans les mœurs et dans la coutume doit être suppléé d'office par le juge en ces sortes d'actions: « *Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire* (3). »

3° Si le défendeur a lui-même à réclamer du demandeur l'exécution de quelque obligation se rattachant à la même cause, le juge doit en tenir compte et ne prononcer de condamnation contre ce défendeur que compensation faite, sans qu'il soit nécessaire que ce pouvoir de compensation lui soit spécialement donné par la formule; car, dit Gaius, il est contenu d'office dans sa mission de juger *ex fide bona* (4). Ceci est éminemment convenable aux genres de contrats ou d'affaires qui donnent naissance aux actions de bonne foi: affaires contenant presque toutes des engagements réciproques (*ultra citroque*) entre les parties; tandis que dans

(1) DIG. 4. 3. *De dol. mal.* 7. § 3. f. Ulp.: « Si (de dolo) non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto; in ex stipulatu, de dolo actio necessaria est. » — (2) DIG. 30. *De legat.* (1.) 84. § 5. f. Julian. — 18. 5. *De rescind. vend.* 3. f. Paul. — VATIC. J. R. FRAGM. § 94. — Dans l'exception de dol sont comprises toutes celles qui, étant fondées sur la bonne foi, peuvent se ramener à une exception de dol: telles sont celles de violence, de pacte, etc. Mais les exceptions tirées d'une autre considération que celle de la bonne foi, par exemple les exceptions *rei iudicata*, *litis residuæ*, *cognitoria*, *procuratoria*, *quod facere possit*, ne sont pas comprises de plein droit dans la formule *bonæ fidei*, et elles ont besoin, par conséquent, d'y être insérées spécialement, ainsi que nous le verrons plus loin. — (3) DIG. 21. 1. *De ædilit. edict.* 31. § 20. f. Ulp. — Nous savons de plus que les pactes insérés *in continenti* dans un contrat de bonne foi font corps avec lui, et que l'exécution s'en poursuit par l'action même du contrat (ci-dessus, n° 1580). — (4) GAR. COMM. 4. § 63: « *Judici nullam... compensationis rationem habere... formulæ verbis præcipitur, sed quia id bonæ fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.* »