

l'action de droit strict il ne s'agit jamais que d'une obligation unilatérale (1).

4° Enfin les fruits des choses dues, ou les intérêts s'il s'agit de somme d'argent, sont mis, dans ces sortes d'actions, à la charge du débiteur à partir du moment où il a été en demeure, sans nécessité d'aucune interpellation, parce que dès ce moment il a été en faute; et c'est aux actions de bonne foi qu'il faut appliquer entièrement ce que nous avons dit à cet égard (ci-dess., n° 1657). « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur (2). »

1989. Dans les actions de droit strict, au contraire, le juge ne prononce absolument que sur l'obligation unilatérale du défendeur, et d'après les principes stricts du droit civil qui la concernent. Les faits de dol de la part soit du demandeur, soit du défendeur, ou les autres dettes à opposer en compensation, doivent être l'objet d'actions séparées et spéciales, ou ne peuvent être pris en considération qu'au moyen d'exceptions ou de modifications insérées dans la formule. Quant aux intérêts et aux fruits, il y a des distinctions à faire, et généralement, sauf diverses exceptions, ils ne sont accordés qu'à partir du moment de la *litis contestatio* (3).

(1) C'est pour cela que dans ces sortes de contrats et d'affaires les parties ont chacune une action; soit dès le principe, quand les obligations réciproques prennent naissance à l'instant même, comme dans la vente, le louage, la société: soit après coup, lorsque l'obligation ne résulte pour l'une des parties que de faits postérieurs, comme dans le commodat, le dépôt, le gage, le mandat, la gestion d'affaires, la tutelle, etc.; d'où la distinction entre l'action *directa* et l'action *contraria*.—Voilà pourquoi Cicéron dit que dans la plupart des actions de bonne foi se trouvent des *judicia contraria* (ci-dess., p. 560, note 1).—(2) « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur. » (Dig. 22. 1. *De usur.*, 32. § 2. f. Marcian.)—Le fragment 34, tiré d'Ulpien, au même titre, est ainsi conçu: « Usuræ vicem fructuum obtinent; et merito non debent a fructibus separari: et ita in *legatis*, et fideicommissis, et in tutelæ actione, et in cæteris *judiciis bonæ fidei servatur.* » Ces mots in *legatis* jurent avec le reste et sembleraient indiquer que la même règle s'appliquerait aux actions de droit strict, car la *condictio ex testamento* donnée à raison des legs est de ce nombre. M. PILETTE, l'auteur de la théorie sur le *concubinat* dont nous avons parlé (App. II), a fait remarquer avec sagacité que le texte d'Ulpien devait porter: « in *legatis sinendi modo* », derniers termes qui auront été supprimés dans la compilation du Digeste, où tous les legs se confondent. Nous lisons, en effet, dans Gaius, 2, § 280: « Fideicommissorum *usuræ* et fructus debentur, si modo *moram solutionis fecerit* qui fideicommissum debet; *legatorum vero usuræ non debentur*; idque *rescripto divi Hadriani significatur*. Scio tamen *Juliano placuisse*, in eo legato *quod sinendi modo* relinquitur, idem juris esse quod in fideicommissis; quam *sententiam* et his temporibus magis obtinere video. » — Il n'en reste pas moins vrai que dans la législation de Justinien les intérêts sont dus, exceptionnellement, pour tous les legs, à partir de la demeure; et cette exception faite aux règles concernant les actions de droit strict est conforme à l'esprit de cette législation, qui transporte tous les avantages des legs aux fideicommissis, et réciproquement (ci-dess., t. II, n° 848). — (3) Dig. 12. 1. *De reb. credit.* 31. pr. f. Paul. — La *condictio indebiti* est au nombre des actions dans lesquelles tous les fruits perçus par le défendeur, même avant la *litis contestatio*, doivent être restitués. Dig. 12. 6. *De cond. indeb.* 65. § 5. f. Paul; 15. f. Paul. Quelques autres actions de droit strict, qui ont également un caractère restitutoire, sont dans le même cas.

1990. Tout ce qui vient d'être dit laisse en dehors les actions réelles. En effet, le système formulaire, en se substituant aux actions de la loi, a distribué entre les *judicia stricti juris* et les *judicia bonæ fidei* le domaine des actions de la loi *per conditionem* et *per iudicis postulationem*, c'est-à-dire la poursuite des obligations. Mais qu'a-t-il fait du domaine de l'action de la loi *sacramenti*, c'est-à-dire des réclamations de droits réels, unique application du *sacramentum* à sa dernière époque? La procédure formulaire, pour cet héritage, qu'elle a recueilli aussi, mais en dernier lieu, a créé une troisième sorte d'action ou de formule, l'action arbitraire (*actio* ou *formula arbitraria*). La filiation historique des idées et des institutions vient, selon moi, jeter sur cette création la plus vive clarté.

1991. En effet, j'ai déjà dit (n° 1924 et 1937) combien la procédure formulaire, avec sa condamnation toujours pécuniaire, était peu appropriée aux réclamations de propriété et d'autres droits réels, et comment on parvint à l'y étendre en passant du *sacramentum* à la procédure *per sponsionem*, qui n'en était qu'une imitation; puis enfin de celle-ci à la *formula petitoria*. Or, dans l'action de la loi *sacramenti*, celui qui obtenait du magistrat la possession intérimaire était obligé de donner à son adversaire des répondants pour la restitution de la chose et des fruits en cas de perte du procès (*prædes litis et vindiciarum*, n° 1866). De même, dans la procédure *per sponsionem*, le possesseur défendeur fut obligé de donner une satisfaction pour cette même restitution (*stipulatio pro præde litis et vindiciarum*, n° 1924). Enfin, cette idée expresse de la restitution de la chose et des fruits à faire par le défendeur, si le demandeur était reconnu propriétaire, passa jusque dans la *formula petitoria*, en ce sens que le juge y fut chargé, une fois la propriété du demandeur justifiée à ses yeux, d'ordonner cette restitution, et de ne prononcer de condamnation pécuniaire contre le défendeur que faute par celui-ci de restituer: de telle sorte que, s'il restituait, il devait être absous. Remarquez que dans la procédure *per sponsionem* la *sponsio* n'étant pas sérieuse, mais seulement comminatoire et préjudicielle, la seule conséquence pour le défendeur qui perdait, c'était d'être tenu, lui et son fidéjusseur, par leur promesse de restituer, laquelle, faute d'exécution volontaire, ne pouvait se résoudre qu'en une condamnation pécuniaire. Ce fut cet effet qui fut transporté à peu près dans la *formula petitoria*, autant du moins que la simplification du procédé pouvait le comporter; et cela à l'aide de ces seules expressions, NISI RESTITUAT, mises dans la formule, à la suite de la *condemnatio*: CONDEMNATO NISI RESTITUAT (1), ou à la suite de l'*intentio*: « Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium Servilii esse, neque is fundus restituatur, etc. (2), ainsi que nous l'avons déjà expliqué (ci-dess., n° 1937).

(1) GAI. COMM. 4. § 47. — (2) CICÉR. In Verr. II. 12.

1992. Telle est la *formula arbitraria*. Elle tire son nom de l'ordre préalable (*jussus* ou *arbitrium*) que le juge donne au défendeur de restituer, ou, pour parler plus généralement, de satisfaire le demandeur dont le droit est reconnu (1). Le caractère distinctif de ces sortes d'actions consiste dans ce *jussus* ou *arbitrium* préalable.

1993. Le juge règle son *arbitrium*, c'est-à-dire sa décision, sur la restitution à faire, ou, plus généralement, sur la satisfaction à donner au demandeur, selon l'équité et la bonne foi (*ex æquo et bono*) (2) : c'est même de là, sans doute, qu'est venu à cet ordre le nom d'*arbitrium*. Si un délai paraît convenable pour faire cette restitution, le juge le détermine (3). — M. de Savigny conclut de ce caractère que toutes les actions arbitraires constituaient des *arbitria* et non des *judicia*, en ce sens que la connaissance en était renvoyée à un ou à plusieurs arbitres, et non à un *judex*.

1994. Il est possible, ce que toutefois j'ai peine à croire en présence des nécessités mêmes de la nature d'affaires dans lesquelles s'emploie la *formula arbitraria*, en présence des pouvoirs de commandement (*imperium*) du magistrat, et de l'usage qu'il en a fait en tant de circonstances pour vaincre les résistances contraires au droit, et pour protéger efficacement les possessions et les propriétés, il est possible que dans le principe le *jussus* du juge n'ait été obligatoire que d'une manière indirecte, c'est-à-dire par la seule crainte de la condamnation. Mais de bonne heure, à coup sûr, il put être exécuté de force, même contre le gré du défendeur : *manu militari*, disent les textes, c'est-à-dire par le ministère des agents de la puissance publique dont disposait le magistrat. Il semble que déjà sous Cicéron il en était ainsi (4). L'opinion n'est pas admissible qui ne voit dans cette expression *manu militari* qu'une interpolation du temps de Justinien. De cette manière le système formulaire, bien que les condamnations y fussent toutes pécuniaires, atteignit ce résultat important, que celui qui réclamait une propriété ou un droit réel quelconque était

(1) Gai. Comm. 4. § 163 : « Is cum quo agitur accipit formulam quæ appellatur arbitraria : nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sive pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur : quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur. »

(2) Ci-dessous, § 31. *in fine*. — Mais il n'y a que cette partie de l'action dans laquelle le juge ait pouvoir de décider *ex æquo et bono* ; car, du reste, l'action arbitraire n'est pas une action de bonne foi ; le juge ne peut pas y statuer *ex æquo et bono* sur l'existence du droit ; et ce qui le prouve, comme l'a fort bien fait remarquer M. Ducaurroy, c'est que l'exception *doli mali* n'y est pas sous-entendue, puisqu'on la trouve fréquemment opposée à la *rei vindictio*. (Ci-dessus, tom. II, n^{os} 396 et au § suivant, et Dig. 10. 4. *Ad exhib.* 3. § 13. f. Ulp.) — (3) Ci-dessous, tit. 17, § 3. — (4) « Non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catalo fundum restituere, aut condemnare eum, » dit Cicéron, après avoir rapporté la formule arbitraire de l'action pétitoire dans le passage cité à la page précédente, note 2.

restitué dans la chose même objet de son droit (1). Telle fut la grande utilité des actions arbitraires, ce qui les rendait même indispensables dans la procédure par formules. Toutefois, ce principe de l'exécution forcée du *jussus* préalable n'est pas vrai pour toutes les actions arbitraires sans exception : il s'applique à toutes celles dans lesquelles il s'agit d'une restitution de chose corporelle (2) (V. p. 528, not. 2), et aussi, je pense, d'une exhibition. Mais dans quelques cas particuliers, où la satisfaction était d'une autre nature, l'obéissance au *jussus* restait facultative pour le défendeur, sauf la condamnation au cas où il n'aurait pas obéi (3).

1995. Si le *jussus* reste inexécuté, soit par la résistance, soit par la faute du défendeur, celui-ci doit être condamné. La condamnation est rédigée dans la formule d'une manière *incerta* : « QUANTI EA RES ERIT. » Le montant en est fixé par le juge, quelquefois selon sa propre appréciation ; mais, dans la plupart des cas, d'après le serment déféré au demandeur lui-même sur l'indemnité qui peut lui être due (4). C'est là une punition de la résistance du défendeur. — Si l'exécution du *jussus* n'a lieu que pour le principal, par exemple si la chose est restituée, les fruits et autres accessoires doivent seuls faire l'objet de la condamnation (5). — Enfin, si, de gré ou de force, le *jussus* est entièrement exécuté, de manière à donner pleine satisfaction au demandeur, le défendeur doit être absous (V. n^o 2273). C'est par là que le juge termine sa mission.

1996. La formule arbitraire, comme nous venons de le voir par son origine et ses résultats, forme un genre à part, destiné spécialement aux actions *in rem* ; tandis que la formule *stricti juris* et celle *bonæ fidei* constituent deux autres genres particulièrement propres aux actions *in personam*. — Cependant aux actions réelles, qui sont toutes arbitraires (6), sont venues, par

(1) Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 9. f. Ulp. : « Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere. » — 68. f. Ulp. : « Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, *manu militari*, officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit. »

(2) Voir la note précédente. — (3) Tel est le cas de l'action arbitraire *de eo quod certo loco*, dont nous aurons à parler plus loin. — (4) Dig. 12. 3. *De in litem jurando*. 5. f. Marcian. : « In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis in litem juratur. § 1. Sed judex potest præfinere certam summam usque ad quam juretur ; licuit enim et a primo non deferre. § 2. Item etsi juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare. » — Dig. 6. 1. *De rei vindic.* 68. f. Ulp. : « Qui restituere jussus, judici non paret... siquidem dolo fecit quominus possit (restituere), is quantum adversarium sine ulla taxatione in infinitum juraverit damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quominus possit : non pluris quam (quanti) res est, id est, quanti adversarii interluit condemnandus est. Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitrato judicis quid restituitur, locum habet. » — Dig. 10. 4. *Ad exhibendum*. 3. § 2. f. Ulp. : « Præterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, giudice quantitatem taxante. » — (5) Voyez la note 1^{re} de cette page, à la fin. — (6) Ci-dessous, tit. 17. § 2.

exception, se joindre, en la même qualité, deux actions civiles *in personam*, dans lesquelles il y a aussi une restitution ou une exhibition à faire, points éminemment susceptibles de l'application d'un *arbitrium* préalable, et qui d'ailleurs offrent un certain rapport avec le droit de propriété. Ce sont l'action *ad exhibendum*, préliminaire pour arriver à la *rei vindicatio* (1); et l'action *finium regundorum* qui, suivant les expressions de Paul, *pro vindicatione rei est* (ci-dess., n° 1962), et dans laquelle le juge peut avoir à donner aux parties le *jussus* ou ordre préalable de faire les restitutions nécessaires, d'abattre des arbres ou des constructions, pour le rétablissement des limites (2). — Il faut y ajouter l'action *de eo quod certo loco*, dont la formule, bien qu'introduite utilement par le préteur, avait une *intentio* civile (*in jus concepta*), mais légèrement modifiée, de manière à en faire une action arbitraire d'une nature toute particulière, sur laquelle nous aurons à revenir (3). — Enfin nous trouvons dans Gaius une formule dans laquelle l'action de dépôt, qui, par sa nature, est une action de bonne foi, est rédigée de manière à recevoir également le caractère arbitraire, par l'adjonction des mots *nisi restituat*, ou *eamque dolo malo redditam non esse*; et il en est de même pour l'action de *commodat* (4).

1997. En somme, voilà donc quelle a été, entre les actions formulaires, la répartition des cas régis autrefois par les actions de la loi :

1° Aux *condictiones certi*, actions éminemment de droit strict, tous les cas de l'ancienne *condictio* et quelques-unes des spécialités de la *manus injectio*;

2° Aux *condictiones incerti*, actions de droit strict, mais avec une formule *incerta*, servant comme de transition vers les actions de bonne foi, une partie des cas de la *judicis postulatio*;

3° Aux actions *bonæ fidei*, tout le surplus des cas de cette dernière action de la loi, notamment ceux où existent des obligations réciproques (*ultra citroque*);

4° Enfin, aux actions arbitraires, toutes les pétitions de droits réels, c'est-à-dire les cas de l'action de la loi *per sacramentum* en son dernier état d'application; plus, à cause de leur caractère restitutoire ou exhibitoire, les deux actions personnelles, *ad exhibendum* et *finium regundorum*, qui jadis appartenaient à la *judicis postulatio*, ou même les actions *depositi* et *commodati*.

C'est ainsi qu'on voit, matériellement pour ainsi dire, la liaison

(1) Ci-dessous, § 31. — (2) Dig. 10. 1. *Finium regund.* arg. 2. § 1. f. Ulp.; 4. § 3. Paul.; 8. § 1. f. Ulp. — (3) Dig. 13. 4. *De eo quod cert. loc.* 2. pr. f. Ulp.; 3. f. Gar.; 5. 7 et 10. f. Paul. — Ci-dessous, § 31. — (4) Gar. 4. § 47, tant la formule *in jus*, dans laquelle on est parfaitement autorisé à interpréter l'abréviation N. R. par *nisi restituat*, que la formule *in factum* qui la suit. — Ce qui se trouve confirmé par les textes suiv. du Digeste : 13. 6. *Commodati*. 3. § 3. f. Ulp. — 16. 3. *Depositum*. 1. § 21. f. Ulp. « *Nisi restituat*; » et 22. f. Marcell. « *Si res non restituetur.* »

des institutions successives, leur transformation et leur génération les unes par les autres.

1998. Tout ce que nous venons de dire est exclusivement propre aux actions civiles, avec une formule *in jus concepta*, c'est-à-dire posant une question de droit civil. Mais que décider des actions prétoriennes *in factum*, c'est-à-dire posant seulement une question de fait dans leur *intentio*? Ont-elles été rangées par les préteurs dans l'une ou dans l'autre des trois classes qui précèdent? — Les actions *in factum* ne peuvent pas être *stricti juris*; car ne posant pas une question de droit civil, on ne peut pas dire que le juge y soit renfermé dans les principes rigoureux de ce droit (1). — Par la même raison il n'est pas nécessaire d'y ajouter *EX FIDE BONA*, pour autoriser le juge à sortir de ces principes, puisqu'il n'y est pas renfermé. En ce sens il est vrai de dire que les actions *in factum* ne sont ni *stricti juris* ni *bonæ fidei*, et qu'elles restent absolument en dehors de cette division. — Mais plusieurs d'entre elles sont arbitraires, parce que l'ordre préalable de restituer, ou de satisfaire le demandeur, peut y être d'une aussi grande utilité que dans les actions de droit civil. Ainsi, toutes les actions prétoriennes *in rem* sont arbitraires : non-seulement celles qui sont conçues *in jus* à l'aide d'une fiction, mais aussi celles qui sont conçues simplement *in factum*. Parmi les actions personnelles *in factum*, sont aussi arbitraires les actions *quod metus causa* et *de dolo malo*, parce que, bien que personnelles, elles tendent également à procurer une restitution (2).

Enfin, les interdits exhibitoires et restitutoires, lorsqu'on n'y employait pas la procédure *per sponsionem*, donnaient lieu également à une formule arbitraire (3). — De telle sorte que si l'on cherche le caractère général qui détermine l'emploi de cette formule, et qui rend, en conséquence, les actions arbitraires, on verra, sauf l'action *de eo quod certo loco* qui est à part, que c'est toujours cette circonstance qu'elles contiennent soit une restitution, soit une exhibition à faire (4).

1999. Mais, puisque les actions *in factum* n'étaient ni *stricti juris* ni *bonæ fidei*, quelle était donc leur nature, lorsqu'elles n'étaient pas arbitraires? Je crois que l'étendue des pouvoirs du juge y dépendait entièrement de la nature du fait posé en question, et de la *condemnatio* indiquée comme devant en être la suite.

En effet, 1° les faits sont plus ou moins complexes. Tantôt la question qui les concerne emporte par elle-même la nécessité d'une

(1) GAI. COMM. 4. §§ 45 et 46. — Ci-dessus, nos 1912 et suiv., 1971 et suiv. — (2) DIG. 4. 2. *Quod metus caus.* 14. § 4. f. Ulp. — 4. 3. *De dol. mal.* 18. f. Paul. — (3) GAI. COMM. 4. §§ 141, 163 et 165. — (4) DIG. 6. 1. *De rei vindic.* 68. fr. Ulp., dans lequel le jurisconsulte, après avoir traité de l'ordre de restituer, ajoute : « *Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitrato judicis quid restituitur, locum habet.* »

appréciation, soit morale, soit même juridique : telles sont ces questions : « SI DEPOSITUM », dans l'action de dépôt rédigée *in factum* (1); « SI CONSTITUIT », dans l'action de constitut (2); celle de *dolo malo* posée généralement, et tant d'autres encore (3). Tantôt, au contraire, elle n'exige que la vérification, pour ainsi dire matérielle, d'un acte particulièrement décrit et précisé, comme lorsque le prêteur, au lieu de donner généralement l'action de dol, précise le fait spécial qu'il donne à vérifier (ci-dessus, n° 1982); de même dans cet exemple que nous fournit Gaius : « SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM ESSE (4) », et dans tous ceux de même nature. Sous ce premier rapport il n'y a donc rien d'absolu à dire des actions rédigées *in factum*. Le juge doit y avoir toute la latitude d'appréciation que comporte la nature du fait posé en question; mais il n'a que celle-là. Les principes rigoureux du droit civil n'ont rien à faire ici; c'est le fait, tel qu'il est entendu et caractérisé par la formule et par le droit prétorien, qui circonscrit le juge en une mission plus ou moins large ou plus ou moins étroite.

2° La *condemnatio* indiquée par la formule *in factum* comme conséquence du fait vérifié peut elle-même donner au juge plus ou moins de latitude. Ainsi, on trouve tantôt une *condemnatio certæ pecuniæ*, tantôt celle-ci : *quanti ea res erit*, ou *quantum damnum datum factumve sit*, et tantôt cette autre : *quantum bonum æquum judici videbitur* (5). Il est évident que, lorsque la

(1) Gai. Comm. 4. § 47. — (2) Dig. 13. 5. *De pecun. const.* 47. f. Paul. et 18. § 1. f. Ulp. — (3) Comme l'action de *sepulcro violato*, violation qui n'est condamnable qu'autant qu'elle a été faite *dolo malo*. Dig. 47. 12. *De sep. viol.* 3. § 1. f. Ulp. — De même l'action *funeraria*, sur laquelle les principes prétoriens étaient tout d'équité, et où le juge devait apprécier si celui qui avait fait les frais funéraires y était personnellement obligé ou non; s'il les avait faits par affection et par piété, ou seulement comme avances; s'il s'était tenu pour la dépense dans les limites convenables, etc. Dig. 41. 7. *De religio.* 14. § 6. f. Ulp. : « Hæc actio quæ funeraria dicitur, ex bono et æquo oritur. Æquum autem accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide..., etc. » — *Ibid.* § 13 : « Non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed soluti æquitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget. » Ce qui veut dire que le juge appréciera le fait en s'abandonnant encore plus à l'équité que dans l'action *negotiorum gestorum* : de telle sorte qu'il pourra accorder le remboursement des frais funéraires, même s'ils ont été faits malgré l'opposition des héritiers.

(4) Gai. Comm. 4. § 46. — (5) Nous avons à la fois un exemple de ces trois sortes de condamnations pour une action *in factum*, dans les dispositions pénales de l'édit *De his qui effuderint vel ejecerint* : Dig. 9. 3. 1. pr. 5. §§ 5 et 6. f. Ulp. — De même. Dig. 21. 1. *De ædilit. edict.* 42. f. Ulp. — Et Dig. 47. 12. *De sepulc. viol.* 3. f. Ulp. — La *condemnatio* est encore *certæ pecuniæ* dans l'exemple cité par Gaius, Comm. 4. § 46 : *SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNANTO*, dans l'action *judicati*, qui, sous le système formulaire, est une action *in factum*; dans l'action de *constituta pecunia*, etc. — Elle est *incertæ pecuniæ*, à apprécier *ex æquo et bono*, dans l'action *funeraria*, citée à la note précédente; dans celle donnée contre le juge qui *litem suam fecit* : Dig. 50. 13. *De extraordin. judic.* 6. f. Gai. : « ... In factum actionem et in quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit. »

condemnatio est d'une somme certaine, le juge, une fois le fait vérifié avec toute la latitude d'appréciation que comporte sa nature, est lié pour le montant de la *condemnatio*; il n'a que deux partis à prendre : ou absoudre, ou condamner en la somme indiquée. Au contraire, dans les autres cas, le montant de la *condemnatio* est remis à son appréciation, soit d'après le dommage causé, soit même uniquement d'après ce qui lui paraîtra équitable.

2000. Mais rien de cela ne signifie que les actions rédigées *in factum* soient *stricti juris* ou *bonæ fidei*. C'est une idée qui ne peut s'adapter complètement à leur nature. Pour ceux qui les considèrent comme des actions éminemment de bonne foi, le problème consisterait à démontrer qu'elles en produisent toujours tous les effets : notamment que les exceptions de dol y sont entendues, de même que celles de compensation. Or, c'est ce que nous ne croyons pas. Le dol y est pris, d'office, en considération par le juge, toutes les fois que le caractère constitutif du fait, ou l'interprétation des principes prétoriens à l'égard de ce fait, le comporte; mais, hors de là, il faut recourir aux exceptions : c'est ce que nous disent positivement les textes (1). Quant aux intérêts ou aux fruits des sommes ou des choses dues, si la condamnation est *quanti ea res erit*, ou surtout *quanti bonum æquum judici videbitur*, le juge doit sans doute les prendre en considération du jour de la demande; mais si elle est *certæ pecuniæ*, cette faculté cesse évidemment. — En somme, il n'y a rien à dire d'absolu sous ce rapport, à l'égard des actions *in factum* : elles varient avec la variété des faits; et nous maintenons notre conclusion : les pouvoirs du juge y sont plus ou moins étendus, selon la nature du fait et de la *condemnatio* posés dans la formule.

2001. Dans les actions arbitraires le défendeur ne devait être condamné que faute par lui de restituer, ou, plus généralement, de donner satisfaction au demandeur. Si donc, sur l'ordre préalable du juge, il donnait cette satisfaction, il devait être absous. — Dans les actions de bonne foi, il devait en être de même si le défendeur, avant la sentence, s'exécutait volontairement, puisque le juge ne devait y condamner que s'il reconnaissait *dare, facere, præstare oportere ex fide bona* : or, une fois la satisfaction donnée, en bonne foi il n'est plus rien dû. — Mais dans les actions de droit strict, il n'en était pas ainsi. Une fois la formule délivrée et l'instance organisée, le défendeur doit être condamné si l'*intentio* est vérifiée (*condemnari oportet*) : par suite de la novation qui s'est opérée, il ne s'agit plus pour lui de son obligation ancienne, mais de cette nouvelle obligation d'être condamné. Il

(1) Dig. 13. 5. *De pecunia constituta.* 47. f. Paul. : « Sed et si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla causa justa fuit non accipiendi, æquum est succurri reo aut exceptione, aut justa interpretatione. » — *Ibid.* 31. f. Scævola : « Quæsitum est... an de constituta pecunia conveniri possit, et an doli exceptione uti possit? »

aura beau s'exécuter volontairement envers le demandeur, il n'en devra pas moins être condamné (*quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat*). Telle était la rigueur des principes; et les Proculéiens s'en tenaient à cette rigueur. Mais les Sabiniens professaient, au contraire, qu'il fallait s'en écarter et absoudre, dans tous les cas, le défendeur qui s'était exécuté. C'était ce qu'ils exprimaient en disant que toutes les actions étaient absolutoires : « *Omnia iudicia esse absolutoria* (1). » Nous verrons Justinien adopter et sanctionner législativement leur opinion (2).

2002. Les actions pénales, nées de délits ou comme de délits, ne sont qualifiées ni *stricti juris*, ni *bonæ fidei*, ni *arbitrariæ*; elles restent à part, avec leur caractère pénal; mais bien certainement elles constituent un *iudicium* et non un *arbitrium*, étant déferées à un *judex* et non à un *arbiter*.

Actions légitimes (*legitima iudicia*), ou contenues dans le pouvoir du magistrat (*imperio continentia*).

2003. Nous arrivons ici à une distinction des actions qui tient éminemment au privilège de la cité romaine, et qui est propre au système formulaire. La procédure des actions de la loi était exclusivement quiritaire; les pérégrins ne pouvaient y être admis : la ligne de démarcation entre le citoyen et l'étranger était bien tracée. Mais le système formulaire, en se développant, est venu commencer une fusion de procédure, et amener entre eux la communication de bien des points. D'une part, les citoyens ont usé des formules, ils ont usé même des formules rédigées *in factum*, ils ont usé des récupérateurs : toutes institutions originairement destinées aux pérégrins. D'autre part, les pérégrins ont usé des actions *in jus*, à l'aide de fictions; ils ont usé de l'*unus iudex* réservé jadis au procès des citoyens entre eux. Cependant, dans cette confusion, une trace de l'antique séparation est restée. Lorsque l'instance formulaire a été organisée avec la réunion de ces trois circonstances : à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, devant l'*unus iudex*, citoyen romain, et entre plaideurs également tous citoyens, elle a été, comme par assimilation aux anciennes actions de la loi, qualifiée de légitime (*legitimum iudicium*). Lorsque, au contraire, une quelconque de ces trois conditions a manqué, on a dit de l'instance qu'elle est contenue dans le pouvoir, dans l'*imperium* du magistrat, et on l'a nommée *iudicium quæ imperio continetur*, ou, selon l'expression romaine, *iudicium imperio continens*. Ainsi toutes les instances dans les provinces, ou toutes les instances devant des récupérateurs, même entre citoyens, étaient des *iudicia imperio continentia*, comme

(1) Gai. Comm. 4. § 114 : « *Nostri præceptores absolvere eum debere existimant : nec interesse cuius generis fuerit iudicium. Et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere omnia iudicia esse absolutoria.* » — (2) Citedessous, tit. 12. § 2.

aussi toutes celles dans lesquelles soit le juge, soit l'un des plaideurs, était pérégrin (1). On voit que les *legitima iudicia* étaient bien loin de former le plus grand nombre.

2004. Cette distinction ne tient pas à la nature du droit poursuivi ni à l'origine de l'action : que ce droit, que cette action dérivent de la loi ou de l'édit, du droit civil ou du droit prétorien, peu importe (2). C'est une distinction essentiellement de territoire et de cité, fondée sur cette triple et antique base : Rome et son rayon milliaire, l'*unus iudex*, la qualité de citoyen chez tous.

2005. Les *legitima iudicia*, bien qu'ils ne constituassent que des instances formulaires, avaient été, comme par souvenir, assimilés pour certains points aux anciennes actions de la loi, dont ils avaient recueilli quelques principes. — Ainsi, quant à la durée, le *legitimum iudicium*, de même que l'action de la loi dans son origine, n'avait pas de limites. Une fois organisées et le juge donné aux parties, ces instances vivaient jusqu'à ce que le juge eût rendu sa sentence, n'importe dans quel temps. Ce ne fut que la loi *JULIA IUDICIARIA* qui leur assigna pour être jugées le terme de dix-huit mois, passé lequel elles expiraient (3). Au contraire, le *iudicium imperio continens* n'avait pas d'autre durée que celle du pouvoir du magistrat de qui il émanait : *Tamdiu valent, quamdiu is qui ea præcepit imperium habebit.* » C'est même de là qu'il tire son nom (4). De telle sorte que, lorsque le magistrat vient à mourir ou quitte ses fonctions pour une cause quelconque, toutes les instances de cette nature qu'il a organisées s'évanouissent à l'instant, et tout est à recommencer pour les parties. Il en était ainsi dans les provinces, à chaque changement de gouverneur, pour toutes les instances organisées par lui (5). — Quant aux effets, les *legitima iudicia* furent les seuls qui conservèrent ce principe des actions de la loi, que l'action une fois exercée est épuisée de plein droit, et que le demandeur ne peut plus agir de nouveau pour le même objet : encore ne conservèrent-ils pas cet effet dans tous les cas, mais seulement dans quelques-uns (ci-dessus, n° 1842). Au contraire, les *iudicia imperio continentia* n'ôteignaient jamais le droit qu'ils avaient pour but de poursuivre, et n'enlevaient par conséquent pas au demandeur la faculté d'agir de nouveau pour le même objet, sauf le secours des exceptions (6). C'est là l'origine de l'expression qui a passé dans le droit moderne : *exception de la chose jugée*. Cette différence tient à des principes qui trouveront

(1) Gai. Comm. 4. §§ 103 et suiv. — (2) Gai. Comm. 4. § 109. — (3) *Ibid.* § 104 : « *Legitima iudicia... lege JULIA IUDICIARIA, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur a lege JULIA litem anno et sex mensibus mori.* » — (4) *Ibid.* § 105. — (5) Aussi les plaideurs s'y pressaient-ils, dès le commencement de chaque année de magistrature, et prenaient-ils rang pour obtenir à leur tour les formules d'actions : « *Quia in ordinem dicebantur causæ propter multitudinem vel tumultum festinantium, cum erat annus litium* » (SERVIUS, *Ad Æneid.*, II. vers. 102. — SIDON. APOLLIN. IV. 6. *in fine*). — (6) Gai. Comm. 4. §§ 1^{er} 107 et 108.

plus tard leur explication ; mais on sent combien elle était indispensable à l'égard des *judicia imperio continentia*, qu'un accident, tel que la mort du magistrat ou la cessation de ses fonctions pour une cause quelconque, pouvait faire évanouir inopinément sans qu'il y eût aucune faute de la part des parties. — Nous voyons par les *Fragments du Vatican*, § 47, que les *legitima judicia* étaient les seuls dans lesquels l'*adjudicatio* pût établir des droits de servitude, et probablement aussi le *dominium ex jure Quiritium* (t. 2, n^o 319 et 485). Nous trouvons encore les *legitima judicia* mis, par Ulpien, sur la même ligne que les actions de la loi en quelques autres points (1), et probablement en était-il ainsi dans plusieurs détails qui nous sont restés inconnus.

2006. Telles sont, parmi les divisions des actions, celles qui offrent le plus d'importance à étudier dans le système de la procédure formulaire. Les autres se reproduiront d'une manière suffisamment claire dans les *Instituts de Justinien*.

Interdits (interdicta).

2007. Le pouvoir du préteur de commander, d'émettre des ordres ou des défenses destinés à servir de règles à certains cas, ou, en propres termes, de rendre des édits qui créaient une sorte particulière de droit, un droit prétorien, ce pouvoir s'est manifesté de deux manières distinctes : soit d'une manière générale, par la publication de pareils ordres en forme de règlement général, rendu à l'avance et pour tous ; soit d'une manière particulière, par l'émission d'un ordre ou d'une défense dans telle affaire spéciale et entre les parties intéressées seulement. Il est probable même que c'est par cette intervention plus restreinte, par ces ordres ou règlements particuliers, que le pouvoir prétorien a débuté, et qu'il a passé ensuite aux règlements généraux. Dans le premier cas, le règlement du préteur se nomme un édit (*edictum*) ; dans le second, un interdit (*interdictum*, comme qui dirait *inter duos edictum*). L'un et l'autre créent et constituent un droit prétorien : l'édit, un droit général et pour tous ; l'interdit, un droit spécial, seulement pour la cause dans laquelle il a été donné.

2008. L'usage des interdits a pris naissance dans des matières qui n'étaient pas réglées par des lois générales, et qui cependant par leur nature réclamaient plus immédiatement et plus directement la surveillance, l'intervention de l'autorité, l'emploi de l'*imperium* confié au magistrat. Telles sont, avant tout, les matières de droit public, divin ou religieux, comme la protection des temples, des tombeaux, ou de l'usage commun des fleuves et des voies publiques. Viennent ensuite quelques matières de droit privé, et, parmi elles, principalement les contestations sur

(1) Ulp. Regul. XI. De tutel. §§ 24 et 27.

la possession, mélange de fait et de droit, que la loi civile n'avait pas réglementé elle-même, et qui cependant, par les querelles, par les voies de fait dont elle était l'occasion, appelait impérieusement l'intervention de l'autorité publique.

2009. L'emploi des interdits, ou édits particuliers, édits rendus, dans chaque cause, entre les parties, une fois introduit, s'est conservé même après que les lacunes premières ont été remplies, ou auraient pu l'être facilement par les progrès du droit civil et du droit prétorien général. En effet, à mesure que la publication, par chaque préteur, d'un édit général et annuel est devenue chose régulière et constante, et que la rédaction de cet édit a reçu tout son développement, il s'est produit ce fait remarquable : que l'édit général a spécifié et précisé à l'avance les cas dans lesquels le préteur donnerait un interdit ; mais que l'usage de venir, dans chaque cause de cette nature, demander et recevoir du magistrat l'interdit promis, s'est toujours maintenu ; sans doute comme moyen de continuer à faire intervenir chaque fois l'autorité prétorienne dans ces sortes d'affaires qui la réclamaient plus spécialement.

2010. En cas pareil, celui donc qui a besoin de recourir à ce genre de procédure appelle son adversaire *in jus*, et demande l'interdit auquel il prétend avoir droit. Le préteur, après avoir examiné non pas si les faits prétendus sont vrais ou faux, mais si dans l'hypothèse de ces faits il y a lieu ou non à l'interdit, l'accorde ou le refuse. C'est-à-dire, s'il l'accorde, qu'il délivre aux parties la formule de commandement ou de défense, qui fera la loi de la cause. Là-dessus, l'affaire n'est pas terminée ; mais, si les parties persistent dans leur mésaccord, il faut recourir à une procédure judiciaire, par conséquent à la délivrance d'une action avec renvoi devant un juge chargé de vérifier les faits et de prononcer. L'interdit est comme la loi particulière de la cause, qui sert de base à cette action. Le demandeur qui a obtenu l'interdit peut demander aussitôt après, même avant de sortir de la présence du préteur, l'action qui doit en être la suite ; ou bien il peut attendre et ne la demander qu'après coup. La procédure de l'instance judiciaire a lieu, selon les cas, tantôt *per formulam arbitriam*, devant un arbitre ; tantôt *per sponsionem*, devant un juge ou des récupérateurs (1).

Ces notions générales sur la nature des interdits nous suffiront pour le moment, la matière devant être, plus loin, traitée à part et dans ses détails.

Procédure extraordinaire (extraordinariæ cognitiones). — Restitutions en entier (in integrum restitutiones). — Envois en possession (missiones in possessionem).

2011. Lorsque le magistrat, sans observation des règles de la procédure légale, statuait lui-même sur une affaire et la décidait

(1) Voir sur toute cette matière Gaius, Comm. 4. § 138 et suiv., et ci-dessous, à la fin du titre 15.

par sa propre autorité, soit en matière civile, soit en matière criminelle, on donnait à ce procédé le nom de *extraordinaria cognitio*, *extra ordinem cognoscere*.

2012. Cette forme, la plus simple, et certainement la moins savamment ordonnée, de vider une contestation, a son principe jusque dans le régime des actions de la loi, et nous la trouvons même légalement organisée dans l'une de ces actions, dans la *manus injectio* (ci-dessus, n° 1887 et 1899). Mais c'est surtout sous le système formulaire qu'elle s'est développée et qu'elle a pris sa dénomination spéciale. Dans ces cas, il n'y avait aucune dation ni de juge, ni de formule, par conséquent aucune de ces nuances qui tenaient à la rédaction formulaire des actions (1) : c'était le magistrat qui connaissait et terminait lui-même le différend (*ipse cognoscebat*).

2013. Les cas de *cognitiones extraordinariae* devinrent de plus en plus nombreux et variés, à tel point, dit Callistrate, qu'il est difficile de les diviser par genres, si ce n'est d'une manière sommaire et générale; et, dans la division qu'il en fait, il comprend des matières administratives, civiles ou criminelles (2).

2014. En nous en tenant aux matières civiles, nous pouvons distinguer quatre situations différentes dans lesquelles le magistrat intervient seul et termine l'affaire lui-même :

1° Les cas où la *juris-dictio*, c'est-à-dire la déclaration du droit, suffit, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un *judicium* : comme lorsqu'il ne s'agit que d'actes de juridiction volontaire et gracieuse : par exemple dans toutes les diverses applications de l'*in jure cessio*; ou bien lorsque les faits sont avoués devant lui, et qu'il ne reste plus qu'à déclarer le droit; ou encore lorsqu'il décide qu'il n'y a pas lieu de donner soit l'action, soit l'interdit.

2° Les cas dont la connaissance extraordinaire lui est formellement attribuée par des dispositions législatives spéciales. Nous en avons un exemple saillant dans les fidéicommiss (tom. II, n° 952); de même, selon ce que dit Tacite, dans les poursuites contre les publicains (3), et dans plusieurs autres encore.

3° Les cas où il prend ce moyen pour suppléer aux lacunes du droit civil, ou pour obvier à la rigueur de ses principes. Notamment ceux dans lesquels il ne peut pas y avoir de procès véritable :

(1) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 47. § 1. f. Paul. : « Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est. » — (2) Dig. 50. 13. *De extraordin. cognit.* 5. pr. f. Callistrat. : « Cognitionum numerus, cum ex variis causis descendat, in genera dividi facile non potest, nisi summam divi datur. Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest : aut enim de honoribus sive muneribus gerendis agitur; aut de re pecuniaria disceptatur; aut de existimatione alicujus cognoscitur; aut de capitali crimine quaeritur. » — (3) Tacit. *Annal.* XII. 51 : « Edixit princeps, ut... Romæ prætor, per provincias qui pro prætore aut consule essent, jura adversus publicanos extra ordinem redderent. »

soit à cause des personnes, par exemple s'il s'agit de plaintes d'un esclave contre son maître, ou d'un fils contre son chef de famille (1); soit à cause de la matière qui ne donne lieu à aucune action ni civile ni prétorienne, par exemple s'il s'agit de demandes d'aliments entre ascendants, descendants, patrons et affranchis (2), ou de demandes d'honoraires ou de salaires (V. n° 1575) de professeurs des arts libéraux, d'avocats, de nourrices, etc. (3).

4° Enfin les cas dans lesquels il s'agit de l'exercice de son *imperium*, d'ordres à donner et à faire exécuter, au besoin, par la force publique : soit indépendamment de toute instance devant un *judex*, soit avant ou pendant une pareille instance, soit après, pour procurer l'exécution forcée de la sentence du juge. — En partie dans cette catégorie et en partie dans celle qui précède, se rangent les diverses stipulations prétoriennes, dont nous avons déjà traité (ci-dess., n° 1304 et suiv., 1318 et suiv.); les restitutions en entier (*in integrum restitutiones*), et les différents envois en possession (*missiones in possessionem*), qui demandent quelques explications particulières.

2015. Lorsque, selon la rigueur du droit civil, par suite d'un contrat, d'un acte judiciaire, ou de tout autre fait accompli, une personne avait perdu un droit quelconque, par exemple un droit de propriété ou de créance, d'action, d'exception, ou de toute autre nature, ou bien lorsqu'elle se trouvait obligée, liée envers une autre, il lui restait encore, en certains cas, un recours extraordinaire : elle pouvait obtenir du prêteur, pour certaines considérations d'équité, son rétablissement, comme si de rien n'était, dans les droits perdus, ou, plus généralement, dans la position qu'elle avait auparavant. C'est là ce qu'on nomme une *restitutio in integrum*, ou, comme dit Paul : *rei vel causæ redintegratio* (4).

2016. La restitution consistait, en somme, à considérer comme non avenus les actes qui avaient eu lieu et les effets qu'ils avaient produits. Le prêteur la prononçait de sa propre autorité, *extra ordinem*, et après avoir pris connaissance des causes qui pouvaient la motiver (*causa cognita*) (5). Mais il n'accordait ce recours extraordinaire qu'à défaut d'action ou autre moyen efficace de droit commun (6), et lorsqu'il y avait des moyens d'équité et une

(1) Nous en avons un exemple, tom. II, n° 90, lorsque le magistrat force le maître à vendre l'esclave qu'il a maltraité. — (2) Dig. 25. 3. *De agnoscendis et alienis liberis vel parentibus, vel patronis, vel libertis*, 5. f. Ulp. — (3) Dig. 50. 13. *De extraordin. cognit.* 1. f. Ulp. — (4) Paul. *Sent.* 1. 7. *De integr. restitutione*. — Dig. 4. 1. *De in integr. restitutione*, et les titres suivants. — Cod. 2. 53. *De temporibus in integrum restitutionis*. — (5) Dig. 4. 1. *De in integr. restit.* 3. f. Modest. : « Omnes in integrum restitutiones causa cognita a prætore promittuntur : scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit. » — Paul. *Sent.* 1. 7. § 3 : « Integri restitutio... causa cognita decernitur. » — (6) Dig. 4. 4. *De minor.* 16. pr. f. Ulp. : « In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte