

fait naître entre elles une obligation particulière, dérivée comme d'un contrat (*quasi ex contractu*) : l'obligation de subir le cours de l'instance judiciaire et les effets de la sentence. Voilà le véritable résultat de la *litis contestatio*, le résultat qu'il faut mettre en saillie, le *résultat-principe*, dont les autres ne sont que des conséquences. Ainsi :

2045. 1° Quant à la procédure, puisqu'il y a obligation de subir le cours de l'instance, le procès dès ce moment est engagé : *Judicium constitutum, judicium acceptum* ou *susceptum, res in judicio deducta, lis inchoata*, sont autant de synonymes de *lis contestata*. En conséquence, que le demandeur ou que le défendeur fasse défaut, l'affaire doit être résolue tout de même par une sentence d'absolution ou de condamnation, qui aura le même effet que si elle était contradictoire : on n'applique plus ici le principe qu'on ne peut agir par *in jus vocatio* contre un absent, car il y a pour les parties obligation d'être jugées (1).

Puisqu'il y a obligation, ces trois points qui constituent les éléments essentiels de toute instance : le juge, les plaideurs et la chose, c'est-à-dire l'objet et les conditions du litige, sont définitivement déterminés et arrêtés, tellement que, même en cas d'erreur et de préjudice inique, ils ne pourraient plus être modifiés que par une restitution *in integrum*; et que la chose litigieuse, à partir de ce moment, est frappée d'inaliénabilité (2). — Cependant la mort du juge ou de l'un des plaideurs, ou la constitution d'un procureur, donnent lieu à un remplacement de personne (*judicii* ou *litis translatio*), qui peut s'opérer plus simplement, au moyen d'un changement de nom fait par le prêteur dans l'institution du juge ou dans la *condemnatio* de la formule (3).

Toujours par la même raison qu'il s'est formé entre les plaideurs une obligation, l'action devient un droit acquis pour eux; quelle qu'elle fût dans son origine, elle est donc désormais perpétuelle et transmissible pour ou contre les héritiers (4).

(1) Dans le cas de défaut du défendeur à ce degré de procédure, le magistrat, sur l'instance du demandeur, rendait public un édit (*edictum*), renouvelé, s'il y avait lieu, une ou deux fois, à des intervalles de dix jours au moins, pour enjoindre au défaillant qu'il eût à comparaître. Le dernier de ces édits est appelé *peremptorium* : si le défendeur n'y obéit pas, il est *contumax*, et soit le juge, soit même le magistrat *extra ordinem*, statue sur l'affaire comme s'il était présent. (Voir PAUL. *Sentent.* 5. 5. A. *De effectum sententiarum et finibus litium.* § 7. — DIG. 5. 1. *De judiciis.* 68 à 75. — 42. 1. *De re judicata.* 53. f. Hermog. — COD. 7. 43. *Quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat presentibus partibus vel una parte absente*). — (2) DIG. 44. 6. *De litigiosis.* — COD. 8. 37. *De litigiosis.* — (3) DIG. 3. 3. *De procur.* lois 17. 27. 42. § ult. 46. pr. — 4. 3. *De dolo.* 7. — 17. 1. *Mandat.* 45. § 1. — 20. 6. *Quib. mod. pign.* 1. § 2. — 27. 7. *De fidejuss.* 8. § 1. — 38. 1. *De oper. libert.* 29. — COD. 5. 53. *De in lit. jur.* — DIG. 5. 1. *De judic.* 57. — 9. 4. *De nox. act.* 15. — 40. 12. *De liber. caus.* 24. § 4. etc., etc. — Conférez avec GAR. *Comm.* 4. § 86. — (4) DIG. 27. 7. *De fidejuss. et nom.* 8. § 1. PAUL. : « *Litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.* »

2046. Quant au droit, puisqu'il y a une obligation nouvelle de produite, le droit primitif, en vertu duquel l'action a été intentée, ne doit plus exister, ou du moins ne doit plus pouvoir produire d'autre effet : autrement, si le défendeur pouvait être tenu à la fois des résultats et de cette obligation nouvelle, et de l'ancien droit qui existait contre lui, il y aurait iniquité.

L'ancien droit est éteint complètement, *ipso jure*, par une novation de droit civil, si l'action exercée est une action personnelle (*in personam*), légitime (*legitimum judicium*) et conçue *in jus* : parce qu'alors le droit primitif est une obligation civile, le nouveau droit engendré par la *litis contestatio* est aussi une obligation civile de même nature : elle peut donc avoir la force de nover la première à laquelle elle se substitue. En conséquence, l'ancienne obligation est éteinte, et le demandeur ne peut plus agir pour la même cause : « *Postea ipso jure de eadem re agi non potest.* » Nous avons déjà parlé (ci-dessus, n° 1704) de cette novation forcée qu'amène le cours de la procédure, et de ses différences avec la novation volontaire.

Mais il en est tout autrement, c'est-à-dire il ne s'opère aucune novation, et l'ancien droit continue de subsister, si l'action intentée manque de l'une quelconque des trois conditions que nous venons d'indiquer. — En effet, si elle est *in rem*, le droit primitif est un droit réel, or un droit réel ne peut être nové par une obligation. — Si elle est conçue *in factum*, l'*intentio* n'énonce aucune question de droit, elle est fondée uniquement sur l'existence d'un fait; or, un fait n'est pas davantage susceptible d'être nové : l'obligation qu'a engendrée la *litis contestatio* ne peut pas faire que ce fait existe ou n'existe pas. — Enfin, si elle n'est qu'un *judicium imperio continens*, ne tirant qu'une autorité temporaire du pouvoir du magistrat, avec lequel elle expirera, elle est impuissante pour détruire directement un droit permanent (1). — Qu'on remarque, en effet, quelle injustice il y aurait eu, si une action aussi précaire que le *judicium imperio continens*, à laquelle la mort ou la retraite ou la sortie de charge du magistrat peut mettre fin à chaque instant avant la sentence, avait eu pour effet de détruire complètement le droit primitif sur lequel elle est fondée. — Il suit de là que, dans les trois cas que nous venons de parcourir, aucune novation n'étant possible, le droit primitif subsiste toujours. Le défendeur est tenu à la fois, et par ce droit, et par l'obligation nouvelle née de la *litis contestatio*. De telle sorte que le demandeur

(1) On explique communément ce dernier cas, en disant que le *judicium imperio continens* n'étant déduit que de l'*imperium* du magistrat, il ne peut détruire directement une prétention fondée en droit civil; mais l'observation ne nous paraît pas suffisante. Très-souvent il n'est nullement question d'une prétention de droit civil dans le *judicium imperio continens*; et jamais cependant ce *judicium* n'opéra de novation : pourquoi? parce qu'il n'est qu'une mesure temporaire et précaire.

pourrait encore, à la rigueur, et avant la sentence, intenter contre lui de nouvelles actions pour la même cause; mais comme cette double poursuite serait inique, il repousserait la nouvelle action par l'exception *rei in iudicium deductæ* (1). Si le *iudicium imperio continens* s'était évanoui sans effet définitif, par la cessation des fonctions du magistrat avant la sentence, nous croyons que l'exception *rei in iudicium deductæ* cesserait d'être opposable à la nouvelle action qui serait intentée, ou du moins serait repoussée par une réplique: car l'équité, loin de le défendre, exigerait que la poursuite du droit pût recommencer. (App. 1, liv. 4.)

2047. Après l'*litis contestatio* l'affaire est terminée *in ius*; elle commence devant le juge (*in iudicio*): c'est la seconde phase du procès. On ne voit pas si l'usage des conclusions sommaires et préalables (*causæ collectio* ou *causæ coniectio*), qui existait sous les actions de la loi (ci-dessus, n° 1904), s'est maintenu dans la procédure formulaire: il y paraît inutile, puisque la formule contient ce résumé.

2048. Les diverses preuves, par témoins (*testes*), par titres (*instrumenta, tabellæ, cautiones*, etc.), par serment prêté devant le juge (*jusjurandum in iudicio*), et autres, sont successivement fournies par les parties. La cause est plaidée (*causæ peroratio*). Si le juge ne la trouve pas suffisamment éclairée, il l'ajourne (*litem ampliare, lis ampliata*); de là de nouvelles plaidoiries (*prima, secunda, tertia actio*). Mais si le juge après tous les débats n'a pu former suffisamment son opinion pour prononcer une sentence, il lui est permis de déclarer sous serment que l'affaire n'est pas claire pour lui (*non liquet*), et il faut alors que le préteur le remplace par un autre (ci-dess., n° 2045). Tel fut le parti que prit Aulu-Gelle dans un procès où il était juge et dont il nous raconte l'anecdote (2).

2049. A côté du serment que le juge a le droit de déférer à l'une des parties comme complément de preuves (*jusjurandum in iudicio*), il faut distinguer celui qui est déféré au demandeur, dans le but spécial de déterminer le montant de la condamnation à laquelle il a droit. Ce serment porte le nom particulier de *jusjurandum in litem*. Il a lieu généralement dans les actions arbitraires, quand c'est de mauvaise foi que le défendeur n'a pas obtempéré au *jussus* préalable du juge; même dans les actions de bonne foi, et quelquefois aussi dans les actions de droit strict, en cas de dol ou de faute assimilée au dol de la part du défendeur. Le juge peut taxer une limite à cette estimation juratoire; et il n'est pas obligé, d'ailleurs, de l'adopter toujours entièrement (3).

(1) Voir, sur ces effets de la *litis contestatio*. GAI. COMM. 4. § 106 et suiv. — (2) AUL.-GELL. 14. 2. *Super officio iudicis*. — (3) Voir sur tout cela, ci-dessus, n° 1996, avec les notes; — et DIG. 12. 3. *De in litem jurando*, notamment 5. pr. et § 4. f. Marcian.

2050. La sentence absout ou condamne le défendeur; la condamnation doit être toujours d'une somme d'argent précise (*certainæ pecuniæ*). Il est cependant permis au juge, même en matière civile, de s'abstenir d'une décision, en déclarant par serment que l'affaire ne lui paraît pas assez claire pour qu'il prononce (*sibi non liquere*). Il faut alors se borner à l'avis des autres juges, s'ils sont plusieurs, ou recourir à un autre *iudicium* (1). Nous savons d'ailleurs qu'il est quelques cas, les *præjudicia* par exemple, dans lesquels la sentence ne contient ni absolution ni condamnation, mais seulement une constatation de fait ou de droit, et d'autres où elle contient des adjudications. — Elle doit être rendue publiquement et de vive voix (*pronuntiare*); mais rien n'empêche le juge de l'écrire d'avance pour en donner lecture publique (*ex tabella pronuntiare* ou *recitare*) (2).

2051. La sentence produit des effets remarquables, qui se relient absolument à ceux de la *litis contestatio*, dont elle n'est que la réalisation. Soit absolution, soit condamnation, elle réalise l'obligation d'être jugé, qu'avait fait naître la *litis contestatio*. Cette obligation est en quelque sorte payée (*soluta*). En outre, en cas de condamnation, il naît pour le défendeur une obligation nouvelle, celle d'exécuter la sentence: de telle sorte que les anciens, selon ce que nous rapporte Gaius, avaient dit avec raison, pour marquer ces vicissitudes dans les obligations du défendeur: « Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem iudicatum facere oportere (3). » Quant au droit primitif, en vertu duquel l'action a été introduite, il reste dans l'état où l'a placée la *litis contestatio*. Qu'on veuille bien remarquer, en effet, que l'obligation qui se trouve, dans tous les cas, payée ou novée par la sentence, c'est l'obligation d'être jugé, qu'avait fait naître la *litis contestatio*. Quant au droit primitif, c'est la *litis contestatio* seule qui a agi sur lui, et l'effet qu'elle a produit est une chose faite. En conséquence, il reste éteint, selon les cas, soit *ipso jure* si la *litis contestatio* en a opéré la novation, soit *exceptionis ope* si la *litis contestatio* l'a laissée subsister. Seulement, dans ce dernier cas, outre l'exception *rei in iudicium deductæ* produite par la *litis contestatio*, le défendeur a maintenant l'exception *rei iudicatæ*, résultant du dernier état où est parvenue la procédure (4).

(1) DIG. 42. 1. *De re iudic.* 36. f. Paul. — AUL.-GELL. *Noct. attic.* XIV. 2. —

(2) COD. 7. 44. *De sentent. ex peric. recitand.* 1. const. Valer. et Gallien. — (3) GAI. COMM. 3. § 180. — (4) GAI. COMM. 5. §§ 106 et 107: « ... Postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ. » — On peut interpréter ce passage en ce sens que le défendeur qui, avant la sentence, n'avait que l'exception *rei in iudicium deductæ*, continue après la sentence à avoir cette exception, puisqu'elle résulte d'un fait accompli et constant; et qu'il a, en outre, l'exception *rei iudicatæ*. Ou bien on peut donner au *vel* un sens disjonctif. L'une ou l'autre interprétation, du reste, est indifférente, et ne touche en rien à l'ensemble du système.

2052. Par la sentence, le juge termine sa mission, et avec elle finit son pouvoir. C'est dès lors au magistrat qu'il faut recourir pour l'exécution.

2053. Toutefois, il est divers moyens de se pourvoir contre une sentence rendue, afin d'obtenir qu'elle soit annulée, révoquée ou révisée :

1° Il peut se faire que la sentence soit nulle, soit pour violation d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution, soit pour vices de forme, d'incompétence dans le magistrat ou dans le juge, d'incapacité de plaider dans l'une des parties. En ce cas, il suffit à la partie intéressée de faire valoir cette nullité devant le magistrat, savoir : le demandeur en demandant à intenter une nouvelle action, ou le défendeur en s'opposant à l'exécution de la sentence nulle (1).

2° Même quand la sentence ne contient pas de nullité, on peut, pour des causes particulières et extraordinaires, ou pour cause de minorité de vingt-cinq ans, obtenir qu'elle soit considérée comme non avenue, au moyen d'une *restitutio in integrum* (2).

3° Enfin, depuis Auguste, et probablement par les dispositions de la loi *JULIA judiciaria*, s'est introduite et successivement développée la voie de l'appel (*appellatio* ou *provocatio*), dont on peut voir l'origine historique dans le pouvoir qu'avait tout magistrat, sous la république, d'opposer son *veto* à la décision d'un magistrat inférieur, ou tout au plus égal. C'est de là qu'est venue l'expression *appellare tribunalum*, *appellare magistratum*, appeler à son aide le pouvoir supérieur : d'où nous avons fait, par corruption, *en appeler au juge supérieur* (tom. I, *Hist.*, n° 156, 204, 208 et 209).

2054. L'appel peut être interjeté contre la sentence, immédiatement, de vive voix (*inter acta voce appellare*), ou dans un certain délai, par notification écrite (*libelli appellatorii*). — Le juge ou le magistrat contre la décision duquel l'appel est formé en donne acte à l'appelant par un écrit qui se nomme *litteræ dimissoriæ*, ou *apostoli*, et dont le sens est : « *appellasse, puta Lucium Titium, a sententia illius, quæ inter illos dicta est.* » — L'appel est suspensif de l'exécution ; il est porté à un magistrat supérieur, et il pourrait l'être ainsi plus d'une fois de degré en degré. L'empereur constitue le suprême et dernier ressort (3).

(1) Dig. 49. 8. *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur.* — Cod. 7. 64. *Quando provocare non est necesse.* — (2) Ci-dessus, n° 2018, avec la note 6. — (3) Dig. 49, depuis le titre I. *De appellationibus et relationibus*, jusqu'au titre 14. (La *relatio* ou *consultatio* est un exposé détaillé de l'affaire, que le juge doit dresser et transmettre à la chancellerie impériale, lorsque l'appel est formé devant l'empereur.)

TROISIÈME SYSTÈME. *De la procédure extraordinaire*
(*extraordinaria judicia*).

Origine et développement de ce système.

2055. Comment la procédure formulaire, introduite par la pratique prétorienne, installée législativement par la loi *ÆBUTIA*, et définitivement organisée par les deux lois *JULIÆ judiciariæ*, disparut-elle devant un troisième système? Cette disparition a été une œuvre graduellement et quotidiennement accomplie, de telle sorte que nous n'avons pas d'époque précise à laquelle nous puissions la référer. Elle n'est autre que l'envahissement de plus en plus étendu de la *cognitio extraordinaria* sur le *judicium ordinarium*, à mesure que le régime impérial se développe et tourne plus fortement au pouvoir absolu. Si bien que, pour caractériser le changement qui s'est opéré, il n'y a eu qu'à dire, comme Justinien : « Aujourd'hui toutes les instances sont extraordinaires : *Extra ordinem sunt hodie omnia judicia* (1). »

Nous avons déjà exposé le progrès de ce changement dans notre Histoire du droit romain, à laquelle il nous suffira de nous référer (2). Le premier texte qui le consacre législativement est la constitution de l'an 294, par laquelle Dioclétien ordonne aux présidents des provinces de connaître eux-mêmes de toutes les causes, même de celles pour lesquelles il était dans l'usage auparavant de donner des juges, sauf la permission qu'il leur réserve de donner aux parties des juges inférieurs, lorsque leurs occupations publiques ou la multiplicité des causes les empêcheront d'en connaître eux-mêmes (3). C'est de cette constitution, spéciale pour les provinces, et généralisée ensuite pour tout l'empire, que l'on fait dater l'abolition législative la plus large du *judiciorum ordo*.

2056. Toutefois, de même que la procédure formulaire avait été rattachée à quelques vestiges ou imitations des actions de la loi, de même la procédure extraordinaire conserva en apparence ou nominalement quelques traces du système auquel elle se substituait. Ainsi se maintinrent pendant quelque temps, quoiqu'il n'y eût plus de renvoi devant un juge, l'habitude de rédiger une formule, du moins comme précis des conclusions de chaque plaideur, et celle de demander et d'obtenir l'action (*postulatio* et *impetratio actionis*). Le premier de ces usages fut supprimé par les enfants de Constantin (4), et le second par Théodose le Jeune (5).

(1) Instit. de Justinien, ci-dess., 3. 12. pr. — Et ci-dessous, 4. 15. § 8. — (2) Tom. II, *Hist.* nos 392 et suiv. — (3) Cod. 3. 3. *De pedan. judic.* 2. const. Dioclet. et Maxim. — (4) Cod. 2. 58. *De formulis et interpretationibus actionum sublatis.* 1. const. Constant. an 342, et tom. I, *Hist.*, n° 437. — (5) *Ibid.* 2. const. Théod. et Valent. an 428 — Voir aussi Cod. Théod. 2. 3. 1.

Organisation de la puissance judiciaire sous le régime de la procédure extraordinaire.

2057. Le fait capital dans cette organisation, c'est que le *ius* et le *judicium* sont confondus, la distinction entre le magistrat et le juge n'existe plus. Il y a des magistrats ou juges supérieurs, il y en a d'autres inférieurs, dont la puissance ou la sphère d'attributions sont moins larges; mais, dans tous les cas, c'est la même autorité qui examine et décide l'affaire, tant sous le rapport de la juridiction que sous celui de la sentence.

2058. Nous ne reviendrons pas sur le tableau abrégé de cette organisation judiciaire, que nous avons déjà tracé (tom. I, *Génér.*, n° 291 et suiv.). Il faut y remarquer spécialement l'institution des *judices pedanei*, ou juges inférieurs, qui subit dans le cours du régime impérial diverses vicissitudes sur lesquelles nous manquons de documents suffisants. Cette dénomination, employée déjà sous le système formulaire, a pu désigner alors généralement, selon les conjectures de Zimmern, reproduites par M. Bonjean, les magistrats inférieurs des localités, ou magistrats municipaux; mais à partir de l'empereur Julien, les *judices pedanei* apparaissent avec un caractère permanent et tout spécial, comme des juges destinés à connaître des affaires de peu d'importance, et que les présidents ont le droit de constituer dans leur ressort (1). Une constitution de Zénon les attache, en un certain nombre, à chaque prétoire (2). Enfin Justinien, du moins en ce qui concerne Constantinople, les organise de nouveau, les forme en collège permanent, limite leur juridiction à la somme de trois cents solides, et les nomme lui-même, comme nous le voyons par une constitution de lui, où nous pouvons lire plusieurs nominations pareilles (3).

2059. Les parties, pour les affaires de la compétence des *judices pedanei*, s'assignent directement devant eux (4). Et même lorsque les présidents, pour se décharger d'une affaire qui leur a été soumise, la renvoient aux *judices pedanei*, ceux-ci statuent toujours à la fois comme magistrats et comme juges. Ainsi, il ne s'agit plus de la *datio judicis* du système formulaire.

(1) Cod. 3. 3. *De pedan. judic.* 4. const. Dioclet.; et 5. const. Julian. : « Pedaneos judices, hoc est qui negotia humiliora disceptant, constituendi damus præsidibus potestatem. » — (2) Novell. LXXXII. *De judicib.* cap. 1. — Et aussi la préface, où l'on voit que Zénon avait nommé, dans sa constitution même, le personnel des juges pédanés. — (3) *Ibid.* cap. 1 à 5, etc. — Voir sur ce sujet, tom. I, *Hist.*, nos 395 et 396. — (4) Ainsi le défendeur peut être appelé *in jus* devant eux : « Si quis ad pedaneum judicem vocatum eximat, pœna ejus edicti cessabit. » (Dig. 2. 7. *Ne quis eum qui in jus voc.* 3. § 1. f. Ulp.) — Et la *postulatio* peut avoir lieu devant eux : « Item senatusconsulto etiam apud judices pedaneos postulare prohibetur calumniæ publici judicii damnatus » (Dig. 3. 1. *De postul.* 1. § 6. f. Ulp.). « Postulare autem est desiderium suum vel amici sui, in jure, apud eum qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere » (*Ibid.* § 2). Dans ces fragments, extraits d'Ulpien, l'expression *judices pedanei* désignait probablement les magistrats inférieurs des diverses municipalités.

Résumé et ensemble d'une procédure, sous le système de la procédure extraordinaire, notamment à l'époque de Justinien.

2060. Les principes généraux de l'*in jus vocatio*, principalement avec les moyens de sanction introduits par l'édit, sont restés en vigueur, et nous les trouvons transportés par fragments dans le Digeste de Justinien (1). Toutefois, non-seulement la violence individuelle qui pouvait l'accompagner au besoin (*oborto collo*) est tombée en désuétude, remplacée complètement par les moyens de contrainte prétoriens; mais encore l'*in jus vocatio* a tendu à perdre son caractère privé, pour prendre un caractère public; elle est faite communément, ainsi que nous allons le dire bientôt, dans un acte de citation (*libellus conventionis*) remis au défendeur sur l'ordre du juge, par le ministère d'un *executor* ou *viator*.

2061. L'ancienne *actionis editio* et le *vadimonium* du système formulaire ont cessé d'exister; de même l'*actionis impetratio*, plus longtemps maintenue comme vestige, mais supprimée définitivement par Théodose et Valentinien.

2062. La dénonciation volontaire et préalable de l'action (*actionis denuntiatio*), faite par le demandeur au défendeur pour accélérer la marche de la procédure (ci-dessus, n° 2037), après être devenue d'un usage général, après avoir été même érigée par Constantin en un acte obligatoire et public, qui devait être fait au greffe du magistrat (*apud acta*) et notifié par les soins de ce dernier et par le ministère d'un *viator* ou *executor*, au défendeur (2) : cette dénonciation n'est plus en usage. Elle ne se retrouve plus dans les textes de Justinien. Mais un but analogue est atteint au moyen de la forme dans laquelle est faite communément l'*in jus vocatio*.

2063. En effet, à cette époque, l'instance est introduite au moyen d'un écrit ou espèce d'acte d'assignation (*libellus conventionis*) (3), dans lequel le demandeur expose en bref ses prétentions, et que le magistrat fait remettre au défendeur par un *executor*. Cependant cet écrit n'est pas toujours indispensable : nous voyons que, sauf quelques cas particuliers, l'*in jus vocatio* peut se faire ou avec ou sans écrit (*sine scriptis*) (4).

2064. Il n'y a plus deux phases dans le procès, il n'y a plus à distinguer le *ius* du *judicium* : les parties rendues *in jus* sont aussi *in judicio*.

2065. Par conséquent, la *litis contestatio* ne peut plus être

(1) Dig. 2. 4. *De in jus vocando*, et les titres suivants. — (2) Cod. Théodos. 2. 4. *De denuntiatione vel editione rescripti*, principalement 2, 4 et 6. — (3) Cod. 2. 2. *De in jus vocando*, notamment const. 4. Dioclet. et Maxim. — (4) Cod. 12. 1. *De dignat.* 17. § 1 const. Honor. et Théod. — Nov 123. cap. 8.

ce qu'elle était dans la procédure formulaire. C'est ici qu'il faut appliquer cette définition, insérée dans le code de Justinien, et attribuée faussement aux empereurs Sévère et Antonin (voir pag. 589, not. 3) : « *Lis tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire cœperit* (1). » Elle a perdu aussi un de ses effets les plus remarquables : elle continue, sans doute, à faire naître l'obligation d'être jugé; d'où plusieurs des conséquences que nous avons déjà exposées (ci-dessus, n° 2045); mais elle n'opère plus en aucun cas de novation éteignant le droit primitif. Ce droit continue toujours de subsister (2).

2066. La sentence est aussi considérablement modifiée dans sa nature et dans ses effets.

Dans sa nature : la condamnation n'y est plus nécessairement pécuniaire; elle peut avoir directement pour objet la chose même demandée. C'est le caractère de l'autorité du magistrat (*imperium*) que de pouvoir donner des ordres et les faire exécuter par force, autant que cela est possible, non-seulement pour la dation de sommes d'argent, mais encore pour toute autre prestation. En conséquence, dans les *cognitiones extraordinariæ*, jamais le magistrat n'a été soumis à cette restriction que sa décision aurait nécessairement pour objet une dation pécuniaire. Cette restriction était exclusivement propre à la procédure formulaire. Elle est donc tombée avec elle, sans que nous lisions son abrogation dans un texte bien formel. Justinien toutefois dit positivement que la condamnation doit être, soit d'une somme d'argent (*certainæ pecuniæ*), soit d'une chose (*rei*). — (Voir ci-dessus, n° 1843, avec la note 3.)

Dans ses effets, la sentence ne produit pas non plus de novation; elle n'éteint pas *ipso jure* le droit primitif que la *litis contestatio* a laissé subsister : le secours de l'exception *rei iudicatæ* est nécessaire dans tous les cas.

Quant à la forme, la sentence, depuis les empereurs Valentinien, Valens et Gratien, doit, à peine de nullité, être rédigée par écrit et prononcée publiquement d'après la minute (*ex periculo recitanda*) (3). Elle est ensuite insérée dans un registre *ad hoc*, revêtue de la signature du juge; et c'est de là qu'il en est, au besoin, délivré copie aux parties avec extrait du procès-verbal (4).

2067. Quant aux moyens d'exécution forcée, et aux recours ouverts contre la sentence, par voie de nullité, de restitution en entier, ou d'appel, les principes généraux que nous avons émis subsistent toujours, avec quelques modifications de détail que nous ne pouvons suivre ici.

Cet aperçu sur la procédure au temps de Justinien nous suffira, et nous pouvons maintenant passer avec assurance à l'explication

(1) Cod. 3. 9. *De litis contest.* 1. — (2) Ci-dessous, tit. 13. § 5. — (3) Cod. 7. 44. *De sententiis ex periculo recitandis*, 2 et 3. const. Valent., Valens et Gratien. — *Periculum* est ici synonyme de *tabella*, *libellus*; il désigne la minute, le projet arrêté de la sentence. — (4) *Lydos. De magistrat.* III. 11.

du texte des Instituts relatif aux actions. Il est à remarquer que ce texte a mis de côté tout ce qui concerne la forme; qu'il n'envisage les actions que comme le droit même d'agir, et ne le traite que sous ce point de vue.

Superest ut de actionibus loquamur. Il nous reste à parler des actions.
Actio autem nihil aliud est quam jus L'action n'est rien autre chose que le
persequendi in iudicio quod sibi debetur. droit de poursuivre devant un juge ce
qui nous est dû.

2068. Ceci est la définition de l'action empruntée au système formulaire, s'appliquant uniquement aux poursuites d'obligations (*quod sibi debetur*), parce que l'emploi des formules a commencé par là, et désignant le droit conféré par le magistrat de poursuivre devant un juge (*in iudicio*) ce qui nous est dû (voir ci-dessus, n° 1926). Les rédacteurs des Instituts de Justinien prennent chez les jurisconsultes du temps de la procédure formulaire cette définition, et la transportent à leur époque; tandis qu'à cette époque, l'action, considérée comme un droit et dans sa signification la plus générale, n'est autre chose que la faculté que nous avons directement et sans concession spéciale, de poursuivre devant l'autorité judiciaire ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû : tant les droits réels que les droits personnels ou d'obligation; d'où la première et principale division des actions.

Actions réelles (in rem), et actions personnelles (in personam).—
Actions civiles ou prétoriennes, soit réelles, soit personnelles.
— *Actions préjudicielles.*

I. Omnium actionum quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur : aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio : quo casu prodita sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet, tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu prodita actiones in rem sunt : veluti, si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

I. La division principale de toutes les actions portées soit devant des juges, soit devant des arbitres, pour quelque objet que ce soit, les distingue en deux classes; elles sont ou réelles ou personnelles. En effet, ou nous agissons contre quelqu'un qui, soit par contrat, soit par délit, soit autrement, est obligé envers nous : pour ce cas nous avons des actions personnelles dont la conclusion est : qu'il faut que l'adversaire nous donne ou fasse pour nous quelque chose, et quelques autres semblables. Ou bien nous agissons contre quelqu'un qui n'est obligé en aucune manière envers nous, mais contre qui nous soulevons cependant une controverse relativement à une chose : pour ce cas ont été établies les actions réelles : par exemple, si quelqu'un possède une chose corporelle, que Titius prétend être sienne, tandis que le possesseur soutient en être propriétaire; les conclusions de Titius étant que la chose est sienne, son action est réelle.

III. Æque si agat jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum : veluti si agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendi, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones ; ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi. Iste quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est ; nam in his agit qui non possidet ; non est actio prodita per quam negat rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

2069. Il n'est pas nécessaire de revenir sur ce que nous avons déjà dit (n° 1952 et suiv.) de la nature des actions *in rem* ou *in personam*, et de l'origine de leur dénomination. — Nous donnerons seulement quelques détails sur les actions réelles dont traite le § 2, et qui ont pour objet des droits de servitude.

Pour la propriété pleine et entière, l'action *in rem* ne peut se présenter que dans une seule situation, celle où la chose dont je me prétends propriétaire est en la possession d'un autre ; d'où la nécessité pour moi d'attaquer le possesseur pour soutenir et prouver que la chose est à moi (1). En effet, si c'est moi qui la possède, je n'ai aucune action à intenter relativement à la propriété ; il me suffit de me faire maintenir au besoin dans ma possession à l'aide des interdits (2). Ce serait à ceux qui se prétendraient propriétaires à m'attaquer et à faire preuve de leur droit.

Mais pour les droits quelconques de servitude, qui ne sont autres que des fractions du droit de propriété, il en est autrement, parce que des fragments divers sont susceptibles d'être séparés et exercés

(1) Suivant Ulpien (Dig. 6. 1. De rei vind. 9), on peut vindiquer vis-à-vis du simple détenteur. Voyez cependant, Cod. 3. 19, Ubi in rem actio. 2. Const. Constant. — (2) Dig. 43. 17. Uti possidetis. 1. § 6. f. Ulp. : « Interdictum autem possessorem prædii tuetur, quod est uti possidetis : actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat. »

chacun par des personnes différentes. Il peut donc se présenter deux situations : — Ou bien je prétends avoir un droit de cette nature sur une chose dont un autre est possesseur ; et alors ma prétention se résume en cette formule : « Si paret jus utendi fruendi (ou jus eundi agendi, ou tout autre droit) mihi esse. » Ou bien étant possesseur et propriétaire d'une chose, quelqu'un exerce sur cette chose un droit de servitude quelconque, et je veux faire cesser cette jouissance que je prétends n'être pas fondée. J'attaque alors celui qui exerce ce droit, et la formule de ma prétention revient, en résumé, à ceci : « Si paret jus utendi fruendi fundo meo (ou jus eundi agendi, ou tout autre droit) adversario non esse. » Précisément à cause de cette conception de la formule, les jurisconsultes romains appelaient l'action *in rem* pour un droit de servitude, dans le premier cas confessoire (*actio confessoria*) ; et dans le second négatoire (*actio negatoria* ou *negativa*) (1). — Pour la propriété, il serait ridicule et il ne servirait à rien de formuler une prétention négative en ces termes : Je soutiens qu'un tel n'est pas propriétaire de ce fonds. Il ne peut donc pas y avoir d'action négatoire. — S'il en est autrement pour les servitudes, c'est parce que, au fond, comme le fait remarquer fort bien Théophile dans sa paraphrase, la formule négatoire revient à une véritable affirmation de droit. Elle ne signifie pas autre chose que ceci : Je soutiens que tel fonds est à moi en pleine et entière propriété, et que le fragment de ce droit de propriété que s'attribue un tel m'appartient. On vindique véritablement cette fraction de la propriété, que l'on prétend en avoir été à tort détachée.

2070. Jusqu'ici nous avons supposé que celui qui réclame, soit par l'action *confessoria*, soit par l'action *negatoria*, un droit de servitude, n'a pas l'exercice, la quasi-possession de ce droit. En effet, le plus souvent ces actions sont intentées, la première contre un défendeur qui possède la chose comme libre ; la seconde contre un défendeur qui exerce la servitude que le demandeur veut faire cesser. Mais ces actions pourraient-elles être intentées par celui qui a déjà l'exercice légal de la servitude qu'il vindique, ou la possession libre de sa chose, sur le seul motif qu'il serait troublé ou menacé dans sa jouissance, ou qu'il aurait crainte de l'être ? En un mot, l'action confessoire ou l'action négatoire peuvent-elles être exercées même par celui qui est en quasi-possession du droit réclamé ? Nous le croyons. En cela, il y a une différence marquée entre les réclamations de servitude et celle de propriété, entre la *vindicatio* des choses incorporelles et la *rei corporalis vindicatio*. Quant à cette dernière, celui qui est déjà possesseur ne peut pas l'intenter : il a les interdits pour faire respecter sa possession, et cela lui suffit (*sufficit ei quod*

(1) Dig. 8. 5. Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur. 2. pr. f. Ulp.