

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTUM.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent : quod et nobis studio est. Ideoque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo jurisjurandi religione, modo infamiae metu coercetur.

TITRE XVI.

DE LA PEINE DES PROCÈS TÊMÉRAIRES.

Remarquons ici que les gardiens de la législation ont toujours apporté un grand soin à empêcher qu'on ne se jetât trop facilement dans les procès; et telle est aussi notre sollicitude. Le meilleur moyen d'y parvenir consiste à réprimer la témérité soit des demandeurs, soit des défendeurs, tantôt par une peine pécuniaire, tantôt par la religion du serment ou par la crainte de l'infamie.

2335. Le mot calomnie (*calumnia*), chez les Romains, s'appliquait non-seulement aux accusations criminelles portées sciemment contre un innocent, mais encore aux procès civils entrepris ou soutenus de mauvaise foi, avec la connaissance qu'on n'a aucun droit. Gaius nous en donne la définition. La calomnie, dit-il, de même que le crime de vol, consiste dans l'intention (*in adfectu est*). Celui-là s'en rend coupable qui sait qu'il agit sans droit, mais qui intente son action pour opprimer son adversaire, fondant l'espoir du succès plutôt sur l'erreur ou sur l'iniquité du juge que sur la vérité : « Qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis (1). » Cette expression de calomnie, quoiqu'elle concernât plus spécialement le demandeur, s'appliquait aussi au défendeur.

Différents moyens pour prévenir ou pour réprimer les procès ainsi intentés ou soutenus par calomnie, existaient dans le droit romain.

2336. Contre le défendeur, c'était, à l'époque de Gaius, dans certains cas, la *sponsio*; dans d'autres, une peine pécuniaire; à défaut, le serment (*jusjurandum*); quelquefois l'infamie (*ignominia*).

La *sponsio* était une sorte de gageure, une sorte d'amende qui avait remplacé, dans le système formulaire, la consignation de l'action de la loi *per sacramentum*, et par laquelle il était permis au demandeur, dans certaines actions, de provoquer le défendeur en ce sens que celui des deux qui serait condamné payerait cette amende à l'autre (2). (Voy. ci-dessus, n° 1917).

La peine pécuniaire consistait en ce que, dans certaines actions, la condamnation devait être du double contre le défendeur, mais

(1) GAI. 4. 178. — Voir aussi Théophile, *hic*. — (2) Telles étaient l'action de *pecunia certa credita*, où la *sponsio* devait être du tiers, et celle de *pecunia constituta*, où elle était de moitié. (GAI. 4. 171.) Cette *sponsio* pouvait tenir lieu des intérêts, qui n'étaient point dus dans la *condictio acti*. Tels étaient encore les procès des interdits prohibitifs. (GAI. 4. 141. — Voir ci-dessus, nos 2322 et suiv.)

seulement s'il avait nié et contesté (*adversus inficiantem duplicatur*; — *lis inficiando crescit*). Et, dans d'autres, elle devait être du double, du triple ou du quadruple, dès le principe, soit qu'il eût nié ou non, par la seule nature de l'action (*statim ab initio pluris quam simpli est actio*). Dans la première classe se rangeaient les actions : *judicati*, *depensi*, *damni injuriæ*, *legatorum per damnationem relictorum*; dans la seconde, par exemple, les actions *furti manifesti*, pour le quadruple; *concepti et oblati*, pour le triple; *nec manifesti*, pour le double (1).

Le serment était employé lorsque aucune des garanties que nous venons d'indiquer n'existait; c'est-à-dire lorsqu'il n'y avait ni *sponsio*, ni action se doublant par la dénégation, ni action dépassant le simple par sa seule nature. Alors le prêteur permettait au demandeur d'exiger du défendeur le serment qu'il ne soutenait pas le procès par esprit de calomnie (*non calumniæ causa se inficias ire*) (2).

Enfin certaines actions emportaient infamie pour le défendeur qui succombait (tom. I, *Génér.*, n° 75 et suiv.; — tom. II, n° 284, et ci-dess., n° 1169, 1546, 1553, 2145).

2337. Contre le demandeur, les moyens de prévenir les procès téméraires ou de réprimer la calomnie étaient, tantôt l'action de calomnie (*calumniæ judicium*); dans certains cas l'action contraire (*contrarium judicium*); dans d'autres la restipulation (*restipulatio*), ou bien le serment (*jusjurandum*) (3).

L'action de calomnie (*calumniæ judicium*) pouvait avoir lieu dans tous procès, contre le demandeur, sur le motif que sa demande était faite ou avait été faite de mauvaise foi et sciemment, par esprit de calomnie, en prenant ce mot dans le sens que nous venons d'y attribuer (n° 2335). La peine était d'un dixième de la cause à l'égard des actions, et d'un quart à l'égard des interdits (4). Ce *judicium calumniæ* pouvait être intenté par le défendeur soit en opposition à la demande même, durant le procès principal; soit, comme le dit la paraphrase de Théophile (*hic*, § 1), après que l'affaire avait été jugée et que le demandeur avait perdu son procès.

L'action contraire (*contrarium judicium*) n'avait lieu que dans certaines actions ou dans certains interdits déterminés, pour faire condamner le demandeur tantôt au dixième, tantôt au cinquième de la cause, par cela seul qu'il avait succombé, sans examiner si c'était sciemment, par esprit de calomnie ou non, qu'il avait

(1) GAI. 4. 171 et 173. — (2) GAI. 4. 172. — Nous voyons, dans ce passage, qu'à l'égard des héritiers, des femmes, des pupilles, il y avait ordinairement remise de l'augmentation du double, ou de la *sponsio*, et qu'on les soumettait simplement au serment. — (3) GAI. 4. 174. — (4) GAI. 4. 175. — Peut-être faudrait-il lire, à l'égard des interdits, un cinquième au lieu d'un quart (*quintæ* au lieu de *quartæ*). M. Everard Dupont, qui émet cette opinion (page 136 de sa *Dissertation*), en donne des raisons assez plausibles.

inté le mauvais procès (1). Ainsi, dans ces cas particuliers, on était plus sévère.

La *restipulatio* était à l'égard du défendeur ce que la *sponsio* était à l'égard du demandeur. L'une était la réciproque de l'autre, d'où résultait l'engagement mutuel de chacune des parties à payer la somme dite en cas de perte du procès (ci-dessus, n° 1917). Ici, de même que dans le *contrarium iudicium*, on n'examinait pas s'il y avait eu sciemment esprit de calomnie : par cela seul que la partie succombait, elle encourait la peine (2).

Enfin, dans tous ces cas, le défendeur avait le choix d'exiger simplement du demandeur le serment préalable qu'il n'agissait pas par calomnie (*non calumniæ causa agere*) (3). Mais s'il avait choisi le moyen du serment préalable, il ne pouvait plus revenir aux autres (4).

2338. Cet historique nous fera comprendre facilement les paragraphes suivants, qui nous exposent la législation sur ce point, telle qu'elle était parvenue sous Justinien. A cette époque, la *sponsio*, l'action de calomnie, l'action contraire et la *restipulatio* étaient tombées en désuétude. En conséquence, le serment (*jusjurandum*), destiné à les suppléer, avait pris une grande extension. Les Instituts de Justinien, comme ceux de Gaius, commencent par exposer d'abord les moyens relatifs au défendeur, et ensuite ceux qui concernent le demandeur.

I. Ecce enim jusjurandum omnibus qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit quod putans sese bona instantia uti ad contradicendum pervenit. Et adversus inficientes ex quibusdam causis dupli vel tripli actio constituitur : veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio : veluti, furti, manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex causis his et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit : quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod nunquam factum esse invenimus. Sed

II. Et d'abord, en vertu de notre constitution, le serment est déféré à tous ceux qui sont actionnés. En effet, le défendeur n'est admis dans sa défense qu'après avoir juré que, s'il vient contredire, c'est dans la persuasion de la bonté de sa cause. En outre, dans certaines affaires, l'action est portée au double ou même au triple, contre ceux qui ont nié. Tels sont les cas de dommage causé injustement, ou de legs faits aux établissements pieux. Il est d'autres cas où, dès le principe, l'action dépasse le simple : par exemple, ceux de vol manifeste, pour le quadruple; et de vol non manifeste, pour le double; car, dans ces affaires et quelques autres semblables, que le défendeur nie ou avoue, l'action est toujours plus que du simple. A l'égard du demandeur, la calomnie est également réprimée; car notre constitution le soumet également au serment sur la calomnie. Enfin les avocats de chaque partie doivent aussi le serment prescrit par une autre de nos constitutions. Toutes ces formalités

(1) Gai. 4. 177 et suiv. — (2) *Ib.* 180 et 181. — (3) *Ib.* 176. — (4) *Ib.* 179.

pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

ont été introduites pour remplacer l'ancienne action en calomnie, qui est tombée en désuétude; car elle frappait le demandeur de la peine du dixième de la valeur du litige, or nous n'avons jamais vu cette peine appliquée. Mais à sa place on a introduit, et le serment dont nous venons de parler, et l'obligation, pour le plaideur de mauvaise foi, de payer à son adversaire les dommages et les frais.

2339. *Ex constitutione nostra*. Cette constitution est insérée dans le Code de Justinien. Elle contient le serment imposé au défendeur, et celui imposé au demandeur (1).

Vel tripli. Le texte semble dire que la dénégation pouvait entraîner, dans certains cas, une condamnation au triple (*adversus inficientes... dupli vel tripli*). Les commentateurs conviennent qu'ils ne connaissent aucun exemple du triple. En effet, c'est une erreur de rédaction, dans les Instituts de Justinien, d'avoir fait rapporter le mot *tripli* à ceux qui précèdent : *adversus inficientes*. Il est facile de s'en convaincre par la lecture des Instituts de Gaius, d'où notre paragraphe a été tiré, et où le mot *tripli*, qui fait allusion aux actions *furti concepti* et *oblatis*, se rapporte aux cas dans lesquels la condamnation est, dès son origine, plus que du simple (2); c'est une erreur que Théophile n'a point commise dans sa paraphrase (3).

Quod alia nostra constitutione comprehensum est. C'est la constitution 14, § 1, au livre 3, titre 1 du Code de Justinien. Nous y retrouvons ce que devait contenir ce serment des avocats (*patroni causarum*), prêté, comme les autres, sur les saints Évangiles.

III. Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt : veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, *directis*, non *contrariis* actionibus; pro socio quæ ab utraque parte directa est; et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti : et recte. Plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

2. Dans certaines actions, la condamnation est infamante; par exemple, dans celles de vol, de rapt, d'injures, de dol : de même dans les actions de tutelle, de mandat, de dépôt, *directes*, mais non *contraires*. Également dans l'action *pro socio*, qui est directe de part et d'autre, et où, par conséquent, la condamnation est infamante pour l'associé condamné, quel qu'il soit. Mais à l'égard des actions de vol, de rapt, d'injures et de dol, non-seulement la condamnation, mais même la transaction emporte infamie : il y a loin, en effet, d'être débiteur par un délit, ou de l'être par un contrat.

2340. *Directis, non contrariis*. Et c'est à bon droit, dit Ulpien; car, dans les actions contraires, il ne s'agit point de mauvaise foi,

(1) Cod. 2. 59. 2. — (2) Gai. 4. §§ 171 et 173. — (3) THÉOPHILE, *hic*.

mais de comptes qui se règlent en quelque sorte par l'instance : « *Nec immerito; nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo qui fere iudicio solet dirimi* (1). » En effet, nous savons que, dans les actions contraires, ce n'était pas le tuteur, le mandataire, le dépositaire qui était poursuivi; mais, au contraire, c'était le pupille, le mandant, le déposant, auxquels on demandait les indemnités qui pouvaient être dues pour frais, dépenses ou reliquats de compte. Or, il n'y avait aucune mauvaise foi de la part de ces personnes à ignorer au juste le montant de ces indemnités, et à vouloir les faire régler en justice. — Toutefois Ulpien nous cite un cas dans lequel il y aurait mauvaise foi de la part du mandant, et où, par conséquent, l'action contraire de mandat entraînerait contre lui note d'infamie, savoir : si, refusant de restituer au fidéjusseur la dette que celui-ci a acquittée pour lui, il était condamné par l'action *contraria mandati* (2).

Sed etiam pacti, et recte. Parce que, nous dit Paul, la transaction, dans ce cas, emporte l'aveu d'un délit (*quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*) (3).

III. Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Utque enim imprimis adversarius in jus vocandus est, ad eum qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus et patronis, item parentibus liberisque patronorum et patronarum hunc præstat honorem ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si ab ipso prætore postulerint et impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

3. L'ordre à suivre dans l'exercice de toute action commence dans cette partie de l'édit où le préteur traite de la citation *in jus*. En effet, il faut avant tout citer son adversaire *in jus*, c'est-à-dire devant le magistrat chargé de la juridiction. Dans cette partie de l'édit, le préteur veut que, par respect pour les ascendants et pour les patrons, et même pour les ascendants et enfants de patrons et patronnes, les enfants et les affranchis ne puissent les appeler *in jus*, si ce n'est après en avoir demandé et obtenu la permission du préteur; et contre ceux qui citeraient autrement, il établit une peine de cinquante sols.

Voir ce qui a été dit ci-dessus, n° 2111, tit. 6, § 12.

TITULUS XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

2341. Sous ce titre, les Instituts de Justinien donnent quelques détails sur les règles que doit suivre le juge dans les principales actions qui peuvent être portées devant lui.

Les explications si étendues que nous avons déjà données sur les actions nous dispenseront d'en ajouter ici de nouvelles; et il nous suffira, pour l'intelligence des paragraphes suivants, de renvoyer à ce que nous avons déjà dit.

Superest ut de officio judicis dispi- Reste à traiter de l'office du juge. Et ciamus. Et quidem imprimis illud ob- avant tout, son premier devoir est de

(1) Dig. 2. 2. 6. § 7. — (2) *Ib.* § 5. — (3) *Ib.* loi 5.

servare debet iudex, ne aliter judicet s'attacher à ne jamais juger que *servare quam quod legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est.* les lois, les constitutions et les coutumes.

2342. *Legibus.* Ce qui doit s'étendre aussi aux sénatus-consultes, *quæ legis vicem obtinent.*

Moribus. Ce qui comprend les réponses des prudents; en un mot, tout le droit civil. Sous le système des formules, le droit prétorien n'était pas compris dans cette obligation du juge, mais seulement le droit civil. En effet, c'était au préteur, s'il voulait faire observer quelque disposition du droit honoraire, à y pourvoir par la nature ou par la conception de la formule qu'il donnait. Mais, sous Justinien, où l'on ne donne plus de formule, et où la plupart des dispositions du droit honoraire sont passées en force de loi, cette distinction n'est plus à faire.

Nous avons vu ci-dessus, n° 1783, liv. 4, tit. 5 pr., que la sentence rendue contrairement aux lois était nulle, sans qu'il fût besoin d'appel, en ce sens que le procès pouvait être recommencé.

La peine contre le juge coupable à dessein d'une telle violation des lois était la déportation. « *Judex qui contra sacras principum constitutiones, contrave jus publicum quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur* (1). »

I. Ideoque, si noxali iudicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus, videtur dominus, ita debeat condemnare : *PUBLIUM MÆVIUM LUCIO TITIO IN DECEM AUREOS CONDEMNO, AUT NOXAM DEDERE.*

I. Par conséquent, dans une action noxale, il doit avoir soin, si le maître lui paraît devoir être condamné, de rédiger ainsi la condamnation : *JE CONDAMNE PUBLIUS MÆVIUS ENVERS LUCIUS TITIUS, A DIX SOLS D'OR, OU A FAIRE ABANDON NOXAL.*

2343. *In decem aureos condemno.* C'est la condamnation pécuniaire, la véritable condamnation de la sentence; car, quant à l'abandon noxal, il est laissé à la faculté du condamné, et c'est de la loi qu'il tient cette faculté. Aussi l'action *judicati*, si elle avait lieu, ne pourrait-elle porter que sur la condamnation pécuniaire. Nous avons déjà exposé ces principes ci-dessus, n° 2221.

II. Et si in rem actum sit : si contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem; sive contra possessorem, jubere eum debet ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget in præsentem se restituere posse, et sine frustratione videtur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei : ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt quæ diximus intervenire

2. Dans le cas d'action réelle, s'il juge contre le demandeur, il doit absoudre le possesseur; s'il juge contre le possesseur, il doit lui ordonner de restituer la chose avec les fruits. Mais, si le possesseur se dit dans l'impossibilité de faire immédiatement la restitution, et que sa demande d'un délai paraisse sans fraude, elle doit lui être accordée; toutefois, en lui faisant garantir par fidéjusseur l'estimation du litige, pour le cas où la restitution ne serait pas faite dans le délai concédé. *En cas de pétition*

(1) PAUL. Sent. 5. 25. 4. — Dig. 48. 10. 1. § 3. f. Marcian.

de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum quos culpa sua possessor non percepit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum ratio habetur quia culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

2344. *Ut rem ipsam restituat cum fructibus.* Il s'agit ici de l'*arbitrium* préalable, qui avait lieu dans les actions arbitraires, par conséquent dans les actions *in rem*, et que nous avons assez expliqué pour que nous n'ayons plus à y revenir. — Remarquons la faculté laissée au juge d'accorder, selon le cas, un délai à la partie, pour obéir à l'*arbitrium*.

Et si hereditas petita sit. Voyez à l'égard de la pétition d'hérédité ce que nous en avons dit tome II, n° 830.

III. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit ut exhibeat rem is cum quo actum est; sed opus est ut etiam rei causam debeat exhibere, id est ut eam causam habeat actor quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum mediæ temporis, id est, ejus quod post acceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercessit, rationem habere debet judex. Quod si neget is cum quo ad exhibendum actum est, in præsentem exhibere posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet: ut tamen caveat se restitutum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus sit id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.

2345. Il faut rapprocher des dispositions de ce paragraphe sur l'action *ad exhibendum* les notions que nous en avons déjà données tom. II, n° 387; ci-dess., n° 1992 et suiv., relativement aux

d'hérédité, il en est à l'égard des fruits comme nous l'avons dit pour la pétition d'objets particuliers. Les fruits que le possesseur a, par sa faute, manqué de percevoir, se comptent à peu près de la même manière dans l'une et dans l'autre action, à l'égard du possesseur de mauvaise foi. Le possesseur de bonne foi, au contraire, ne doit compte des fruits consommés, ni des fruits non perçus. Mais, à dater de la demande, il est dû compte même des fruits non perçus par la faute du possesseur, ainsi que de ceux consommés après la perception.

3. Dans l'action *ad exhibendum*, il ne suffit pas que le défendeur exhibe la chose, il faut encore qu'il en exhibe la cause telle qu'elle a été soulevée; c'est-à-dire que la cause du demandeur doit être la même que si l'exhibition de la chose avait eu lieu aussitôt après la demande. C'est pourquoi si, pendant les retards, le possesseur a accompli l'usucapion de la chose, il n'en sera pas moins condamné. Le juge doit, en outre, compter les fruits du temps intermédiaire, c'est-à-dire du temps écoulé entre la délivrance de l'action *ad exhibendum* et le jugement. Si le défendeur se dit dans l'impossibilité de faire immédiatement l'exhibition, et que sa demande d'un délai paraisse sans fraude, elle doit lui être accordée, en lui faisant, toutefois, donner caution qu'il restituera. Mais, faute par lui de faire, sur l'ordre du juge, l'exhibition immédiate de la chose, ou d'en cautionner l'exhibition postérieure, il doit être condamné en l'indemnité de tout l'intérêt qu'avait le demandeur à ce que l'exhibition eût lieu immédiatement.

actions arbitraires, n° 2143 et au § 31 des actions. — Nous savons que l'action *ad exhibendum* était au nombre des actions arbitraires, et par conséquent, avant la condamnation, il y avait un *arbitrium* préalable, pour ordonner l'exhibition.

IV. Si familiæ eriscundæ judicio actum sit, singulas res singulis hereditibus adjudicare debet; et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit, aut rem hereditariam corruerit aut consumpserit, quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur.

V. Eadem interveniunt, et si communi dividendo de pluribus rebus actum fuerit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet; et si unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, veluti si homo forte aut mulus erit de quo actum sit: tunc totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus.

VI. Si finium regondorum actum fuerit, dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari: quo casu, conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines *aliquid malitiose commisit*, verbi gratia, quia lapides finales furatus, vel arbores finales cecidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur, veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

4. S'il s'agit de l'action *familiæ eriscundæ*, il doit adjuger les objets, chacun séparément, à chaque héritier en particulier, et si l'adjudication paraît plus considérable à l'égard de l'un, il doit, comme nous l'avons déjà dit, le condamner, par compensation, envers son cohéritier, en une somme certaine. Pareille condamnation doit avoir lieu également contre chaque héritier envers son cohéritier pour les fruits héréditaires qu'il aurait perçus seul, ou pour les choses qu'il aurait détériorées ou consommées. Et ces règles sont les mêmes quand il y a plus de deux héritiers.

5. Il en est de même dans l'action *communi dividendo*, lorsqu'il s'agit du partage de plusieurs objets. Mais lorsqu'il n'y a qu'une seule chose, par exemple un fonds, dans ce cas, s'il peut se diviser commodément, le juge doit en adjuger les parts à chacun en particulier. et si la part de l'un paraît plus forte, celui-ci doit, par compensation, être condamné envers l'autre en une somme certaine. Mais si l'objet ne peut se diviser, comme un esclave, un mulet, alors il faut l'adjuger tout entier à un seul, et celui-ci, par compensation, devra être condamné envers l'autre en une somme certaine.

6. Dans l'action en bornage, le juge doit examiner si l'adjudication est nécessaire; et elle ne l'est que dans un seul cas: s'il devient utile de distinguer les champs par des limites plus évidentes que celles qu'ils avaient. Alors, en effet, il est nécessaire d'adjuger à l'un une partie du champ de l'autre; et, par conséquent, l'adjudicataire doit, dans ce cas, être condamné envers l'autre, en une somme certaine. Dans cette action, doit être également condamné celui qui aurait *frauduleusement commis quelque entreprise contre les limites*, par exemple en enlevant les bornes, ou en coupant les arbres qui les distinguent. Enfin on y est aussi condamné pour cause de contumace, par exemple si, malgré l'ordre du juge, on s'est opposé au mesurage des champs,

2346. Renvoyons, pour les trois actions : *FAMILIÆ ERCISCUNDÆ*, *COMMUNI DIVIDUNDO* et *FINIUM REGUNDORUM*, à ce que nous en avons dit tom. I, *Génér.*, n° 229 et 271; tom. II, n° 299 et 319; ci-dess., n° 1931, 1962, 2119 et suiv., au paragr. 20 des actions. — Nous savons que ces trois actions avaient cela de particulier, qu'elles pouvaient emporter à la fois *adjudication* et *condamnation*.

Ainsi, dans les actions *FAMILIÆ ERCISCUNDÆ*, et *COMMUNI DIVIDUNDO*, il y avait : *adjudication* à chacune des parties de la portion que le juge lui attribuait et dont elle acquérait par ce moyen la propriété exclusive; et, en outre, *condamnation* contre quelques-uns envers quelques autres au paiement de certaines sommes, pour compensation en cas d'inégalité des lots, ou bien pour les prestations personnelles dont les cohéritiers ou les copropriétaires pouvaient être redevables entre eux, pour avances ou détériorations sur la chose commune. Il pouvait même arriver que l'action eût uniquement pour but, non pas un partage à opérer, mais la poursuite de ces prestations personnelles, et, dans ce cas, elle ne donnait pas lieu à *adjudication*, mais seulement à *condamnation*.

Quant à l'action *FINIUM REGUNDORUM*, nous avons déjà vu également, et le texte nous explique de nouveau en quoi consistait la *condamnation*, et comment l'*adjudication* n'y était qu'accidentelle, seulement dans le cas où le juge estimait utile de modifier les limites, et en conséquence d'attribuer à l'un des voisins la propriété d'une partie de terrain appartenant à l'autre, sauf une condamnation pécuniaire contre celui qui se trouvait ainsi avantagé, afin de compenser cet avantage. Nous pouvons remarquer qu'à proprement parler, dans l'ancien droit, on appelait *finis* l'espace vacant, de cinq pieds de large, qui devait être laissé entre les champs (tom. I, *Hist.*, tab. VII, § 4); et que l'action *finium regundorum* avait pour but de faire régler ces confins.

Aliquid malitiose commisit. Il y avait en outre, contre le déplacement des bornes, des peines publiques que nous trouvons indiquées au Digeste, liv. 47, tit. 21, *de termino moto*, et qui pouvaient aller jusqu'à la rélegation.

VII. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit cui adjudicatum est. 7. Du reste, toute chose adjugée par suite de ces actions devient immédiatement la propriété de l'adjudicataire.

Nous savons en effet que l'*adjudication* était, même dès la loi des Douze Tables, un des moyens légaux d'acquérir le domaine romain.

2347. Ajoutons que le juge peut, à cette époque, par suite de la plus grande extension donnée, d'abord par Justin et finalement par Justinien, à l'admissibilité des demandes reconventionnelles, condamner le demandeur comme le défendeur (ci-dess., n° 2171, 4° et 2200).

RÉSUMÉ DU LIVRE QUATRIÈME.

(TITRE XIII A XVII.)

Exceptions. — Répliques, dupuques, etc.

L'exception est un moyen de défense contre l'action. — C'était véritablement, dans le système des formules, une exception, ou une restriction, mise par le prêteur soit à la prétention formulée dans l'*intentio*, soit à la *condemnatio*. — La plupart avaient pour but de faire absoudre le défendeur. Quelques-unes de faire diminuer le montant de la condamnation.

Elles étaient employées lorsque l'action existant en principe et devant être donnée au demandeur, cependant quelque circonstance particulière, alléguée par le défendeur, et dont le juge n'aurait pas pu s'occuper de plein droit, devait, si elle était vraie, emporter absolution, ou restreindre le montant de la condamnation. Le prêteur, en faisant exception, pour ce cas, à la prétention du demandeur, donnait ainsi mission au juge de vérifier cette circonstance et d'y avoir égard. — La plupart des exceptions provenaient du droit prétorien; quelques-unes cependant dérivait de lois, de sénatus-consultes ou de constitutions impériales. — On en trouve quelques-unes qui sont opposées à des actions prétoriennes en vertu du droit civil. — Mais lorsque la nature de l'action emportait par elle-même mission au juge d'avoir égard aux faits allégués, il était inutile de les mettre en exception; ainsi, dans les actions de bonne foi, toutes les exceptions fondées sur la bonne foi étaient sous-entendues de plein droit.

Les exceptions citées par notre texte sont : celles provenant du dol (*exceptio doli mali*); de la violence (*metus causa*), ou de l'erreur : celle du dol est générale; les deux autres cas n'en sont que des spécialités particulières; — les exceptions conçues en fait (*in factum*; — *in factum compositæ*); ce qui n'est pas une sorte d'exception particulière, mais seulement une forme sous laquelle les exceptions peuvent être conçues; en effet, on dit qu'elles sont conçues en fait, lorsque le prêteur a spécifié un fait précis et circonstancié que le juge n'a plus qu'à vérifier. — Telles sont les exceptions de non-numération (*pecuniæ non numeratæ*), du pacte (*pacti conventi*), du serment (*jurisjurandi*), de la chose jugée (*rei judicatæ*).

Les exceptions sont, les unes perpétuelles et péremptoires, les autres temporaires et dilatoires : ce qui, dans le droit romain, ne doit s'entendre en aucune façon des effets de l'exception une fois proposée en justice et appliquée par le juge, mais seulement de la durée et des effets de l'exception dans les mains du défendeur, lorsque le procès n'a pas encore été engagé. — En ce sens, les exceptions perpétuelles et péremptoires sont celles dont la durée est illimitée, c'est-à-dire qui pourront être opposées au demandeur, à quelque époque qu'il agisse, et qui, par conséquent, périssent l'action, puisqu'elles l'empêchent de pouvoir jamais être exercée utilement. — Les exceptions temporaires et dilatoires sont celles que le défendeur n'a que pour un temps; de sorte que, passé ce temps, si le demandeur agit, elles ne peuvent plus lui être opposées :

d'où il suit qu'elles procurent seulement au défendeur un délai durant lequel il ne peut être attaqué utilement. — Mais toutes les exceptions, tant péremptoires que dilatoires, avaient cela de commun, que si l'action était intentée mal à propos et qu'elle fût repoussée par une de ces exceptions, même dilatoires, elle l'était pour toujours, parce que, ayant été déduite en justice et consommée, elle ne pouvait plus y être reproduite. Cependant Justinien modifie ce point à l'égard des exceptions dilatoires : les délais que le demandeur a méprisés seront seulement doublés, et tous les frais à sa charge.

Certaines exceptions sont dilatoires à raison de la personne : telles sont celles qu'on nomme *procuratoires*, et qui sont fondées sur l'incapacité du procureur par lequel on agit.

De même que l'action, l'exception peut, à son tour, être repoussée par une réplique (*replicatio*), qui n'est qu'une exception contre l'exception : celle-ci par la triplique (*triplicatio*), et ainsi de suite.

Certaines exceptions profitent non-seulement au débiteur, mais à tous ceux qui sont tenus pour lui, et à ses successeurs; d'autres lui sont exclusivement personnelles et ne peuvent être invoquées que par lui. Telles sont celles de la cession des biens, du pacte personnel, du bénéfice de compétence.

Interdits.

L'interdit était un décret, un édit rendu sur la demande d'une partie, par un magistrat du peuple, le préteur, ou, dans les provinces, le proconsul, pour ordonner ou défendre impérativement quelque chose. C'était, à proprement parler, un édit particulier, un édit entre deux personnes : *inter duos edictum*, d'où *interdictum* : de manière à suppléer à l'absence de loi générale, par les ordres particuliers du magistrat.

Les interdits s'employaient dans les matières placées plus spécialement sous l'autorité publique : telles que la conservation ou l'usage des choses de droit divin ou religieux, des choses communes ou publiques; et, quant aux choses privées (*rei familiaris causa*), dans les contestations urgentes, qui, pouvant amener des rixes ou voies de fait, appellent l'intervention immédiate de l'autorité : telles que celles sur la possession et sur la quasi-possession.

L'affaire n'était terminée par l'interdit qu'autant que celui contre qui il avait été donné s'y soumettait. Sinon, il y avait procès; on était renvoyé devant un juge, avec une action conçue d'après l'interdit.

Les interdits sont prohibitifs, restitutoires ou exhibitoires, selon qu'ils contiennent une défense, ou bien un ordre de restituer ou d'exhiber. Cette division est la première et la plus générale.

Ceux relatifs à la possession se divisent en interdits : 1^o pour acquérir (*adipiscendæ*), 2^o pour retenir (*retinendæ*), 3^o pour recouvrer (*recuperandæ possessionis*), et 4^o interdits doubles, en ce sens qu'ils se donnent tant pour faire acquérir que pour faire recouvrer la possession (*tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*). Cette division n'est que secondaire, et propre seulement aux interdits possessoires. — Dans la première classe, notre texte cite les interdits *QUORUM BONORUM* et *SALVIANUM*; — dans la seconde, *UTI POSSIDETIS* et *UTRUBI*; — dans la troisième, *UNDE VI*; — dans la quatrième, nous savons par un fragment d'Ulpien, récemment découvert, et par les fragments du Vatican, qu'il y avait les interdits *QUEM FUNDUM, QUAM HEREDITATEM, QUEM USUFRUCTUM*.

Une troisième division des interdits les distingue en simples ou doubles : les premiers, dans lesquels les contestants sont, l'un demandeur, l'autre défendeur; les seconds, doubles en ce sens que les contestants y sont l'un et l'autre demandeur et défendeur tout à la fois.

Depuis la suppression du système des formules, et de ce qu'on nommait autrefois la juridiction ordinaire, on ne rend plus d'interdits; mais on agit directement devant le juge, comme si de l'interdit naissait une action utile. Ainsi, les interdits ont été remplacés par des actions.

Peines contre les plaideurs téméraires.

Les moyens de prévenir ou de réprimer les procès téméraires ou la calomnie sont, au temps de Justinien, le serment (*iusjurandum pro calumnia*), tant à l'égard du demandeur que du défendeur et de leurs avocats; et en outre, contre le défendeur : dans certaines actions, le doublement de la condamnation, encouru pour avoir nié (*adversus inficiantes*); dans d'autres, la condamnation au double, au triple ou au quadruple, attachée dès le principe à la nature même de l'action, soit que le défendeur ait nié, soit qu'il ait confessé; enfin, dans quelques-unes, l'infamie en cas de condamnation; ou même en cas de transaction, s'il s'agit de vol, de violence, de dol ou d'injures. — La nécessité d'une autorisation préalable, pour agir contre un ascendant ou un patron, doit encore être ajoutée au nombre de ces moyens.

Office du juge.

Le juge est obligé de prononcer selon les lois; sinon la sentence est nulle, même sans appel, et il peut être passible d'une peine publique. Le texte applique ce principe aux cas des actions : noxales, *in rem, ad exhibendum, familiae erciscundæ, communi dividundo et finium regundorum*.

TITULUS XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quidquam simile habent cum cæteris judiciis de quibus locuti sumus : magnaque diversitas est eorum et in instituendo et in exercendo.

TITRE XVIII.

DES ACCUSATIONS PUBLIQUES.

Les procédures publiques ne s'organisent pas par des actions; et elles n'ont aucun point de ressemblance avec les autres procédures dont nous avons parlé. Il y a entre elles une grande différence, soit quant à leur introduction, soit quant à leur poursuite.

2348. La procédure criminelle et le droit pénal des Romains seraient un sujet digne de toute notre attention, et il y aurait assurément le plus haut intérêt à les exposer dans tous leurs développements d'histoire et de législation; mais ce n'est pas ici la place d'un pareil traité. Les Instituts de Gaius ne contenaient rien sur cette matière; ceux de Justinien se bornent à en donner quelques idées sommaires (1). D'ailleurs, à cette époque, la pro-

(1) Nous trouvons dans les *Sentences* de Paul une série de titres qui se