

Étude sur la "litis
contestatio" en droit
romain et les effets de
la demande en justice
en droit français, thèse
pour le [...]

Tardif, Joseph (1855-1923). Étude sur la "litis contestatio" en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français, thèse pour le doctorat, par Ernest-Joseph Tardif,.... 1881.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

ÉTUDE
SUR LA
LITIS CONTESTATIO

EN DROIT ROMAIN

ET LES

EFFETS DE LA DEMANDE EN JUSTICE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

PAR

ERNEST JOSEPH TARDIF

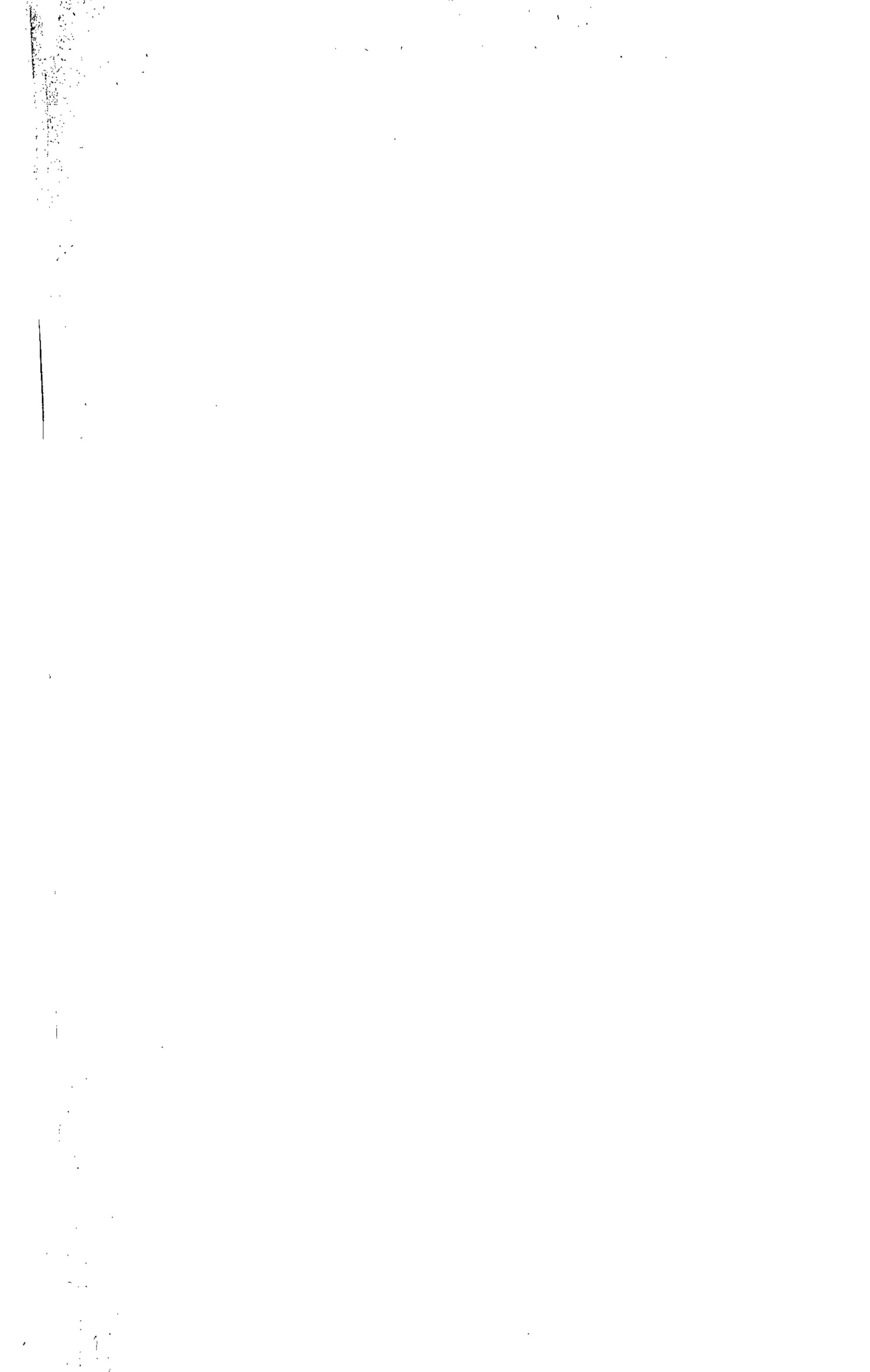
AVOCAT A LA COUR D'APPEL, ARCHIVISTE-PALÉOGRAPHE

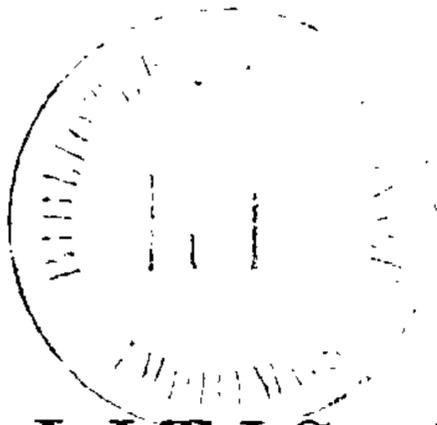
PARIS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE A. LAHURE

9, RUE DE FLEURS, 9

—
1881





ÉTUDE

sur la

LITIS CONTESTATIO

EN DROIT ROMAIN

ET LES

EFFETS DE LA DEMANDE EN JUSTICE

EN DROIT FRANÇAIS

80 F

2218

PARIS. — IMPRIMERIE A. LAHURE
9, rue de Fleurus,

ÉTUDE
SUR LA
LITIS CONTESTATIO

EN DROIT ROMAIN

ET LES

EFFETS DE LA DEMANDE EN JUSTICE

EN DROIT FRANÇAIS

Thèse pour le Doctorat soutenue devant la Faculté de droit de Paris

LE 11 JUILLET 1881

PAR

ERNEST JOSEPH TARDIF

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, ARCHIVISTE-PALÉOGRAPHE

PRÉSIDENT : M. GARSONNET

SUFFRAGANTS : { MM. DEMANTE, GLASSON, Professeurs.
 { MM. LEFEBVRE, MICHEL, Agrégés.

PARIS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE A. LAHURE

9, RUE DE FLEURUS, 9

1881



CARISSIMAE
SORORIS MEMORIAE

PREMIÈRE PARTIE

LA

LITIS CONTESTATIO

EN DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER.

Formes de la *LITIS CONTESTATIO*.

1. Le sens de l'expression *litis contestatio* a varié aux différents âges du droit romain. Pour en déterminer la signification à chaque époque, il est indispensable de connaître les transformations successives de cette importante institution, qui remonte aux premiers siècles de Rome. Les définitions se dégageront naturellement de l'exposé des formes de la *litis contestatio* dans chacune des trois grandes périodes de la procédure romaine.

SECTION PREMIÈRE.

LA *LITIS CONTESTATIO*

DANS LA PROCÉDURE DES *LEGIS ACTIONES*.

2. Le trait distinctif de la procédure primitive de Rome est l'emploi d'actes symboliques, qui remplissent la première partie de l'instance, la procédure *in jure*, et sont accom-

pagnés de paroles sacramentelles destinées à donner au litige sa forme définitive. Lorsque ces solennités sont accomplies, l'instruction de l'affaire est terminée; la désignation du *judex* ou de l'*arbiter*, qui est nommé par le préteur à la demande des parties, achève de constituer le *judicium*. Le *judicium ordinatum* est chose acquise et ce résultat est aussitôt constaté par un appel solennel que font les plaideurs au témoignage des assistants en ces termes : TESTES ESTOTE.

Cette notion de la *litis contestatio* primitive se dégage de la définition que l'*Epitome* de Festus donne du mot *contestari* (1). On est réduit à ces indications sommaires, parce que le passage où Gaius traitait de la *litis contestatio* dans la procédure des *legis actiones* est resté illisible dans le manuscrit de Vérone (2).

3. Plusieurs interprètes (3) pensent que la *litis contestatio* à cette époque n'était pas une simple invocation de témoins, mais qu'elle consistait dans un autre acte destiné à fixer le litige et à lui donner sa direction, acte symbolique comme tous ceux qui faisaient partie des *legis actiones*; l'appel en témoignage mentionné par Festus se serait rapporté à cet acte (4).

Cette conjecture n'est guère admissible. Elle est démentie par la signification des composés du mot *testatio*, qui désignent tous le fait de prendre une personne à témoin, ainsi que l'indiquent la définition des mots *obtestatio* et *detestatio* donnée dans l'*Epitome* de Festus (5), divers passages de Plaute (6)

1. « Contestari est, cum uterque reus dicit : TESTES ESTOTE.

« Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet : TESTES ESTOTE. »

Festus, v^h *contestari* et *contestari litem*, éd. Müller, p. 58 et 57.

2. Gaius, IV, 15. Les citations de Gaius se rapportent à l'édition de Studemund (Berlin, 1877.).

3. Puchta, *Institutionen*, § 172, II, p. 160 ; Rudorff, *Rom. Rechtsgeschichte*, § 71, II, p. 252.

Ihering, *Geist des Rom. Rechts*, § 12, I, p. 171.

4. Rudorff définit la *litis contestatio* « eine Streitbezeugung und Kriegsbefestigung durch Formalact beider Parteien. » *Rom. Rechtsg.*, loc. cit.

5. « Obtestatio est, cum deus testis in meliorem partem vocatur ; detestatio, cum in deteriolem. »

Festus, éd. Müller, p. 184. Cf. L. 40 pr., *De verb. sign.*, L. 16.

6. *Curculio*, V, 2, v. 23. *Persa*, IV, 9, v. 8.

et les vers bien connus d'Horace relatifs à l'*antestatio*, qui accompagnait l'*in jus vocatio* (7). Enfin la comparaison de la *litis contestatio* et du testament *per æs et libram* fournit la preuve que les Romains entendaient par *contestatio* un appel en témoignage. On appelait *nuncupatio* la déclaration que le testateur faisait à haute voix en tenant les tablettes, sur lesquelles il avait consigné ses dernières volontés (8); cette déclaration se terminait par un appel adressé aux témoins. Ulpien dans ses *Regulæ* donne à cet appel le nom de *testatio*; après avoir rapporté les termes de la formule prononcée par le testateur, il ajoute : *quæ nuncupatio et testatio vocatur* (9). L'emploi de deux expressions différentes indique qu'Ulpien a voulu distinguer les deux parties de la formule, la déclaration de dernière volonté et l'appel aux témoins. Or le mot *nuncupatio* s'entend proprement de la confirmation que fait le testateur des dispositions écrites dans son testament (10); le terme *testatio* désigne donc l'appel adressé aux témoins.

On ne voit pas d'ailleurs l'utilité de cet acte spécial qui aurait constitué à cette époque la *litis contestatio*. Les éléments du litige étaient fixés d'une façon définitive par les formules mêmes de la *legis actio* et toutes les obligations qu'entraînait le procès avaient pris naissance.

4. La *litis contestatio* n'a été à l'origine qu'un appel au témoignage de l'assistance (11). Cet appel devait être fait en des termes consacrés, dont l'*Epitome* de Festus ne nous a vraisemblablement conservé qu'une forme abrégée. Les formules de l'*antestatio* (12) et de la *contestatio* dans le testament *per*

7. *Sermon.* I, 9, v. 76.

« Antestari est ergo antetestari. » Porphyrio, *ad loc. cit.*

Bekker, *Consumption*, p. 102; Keller, *Civilpr.* § 46, trad. Capmas, p. 205.

8. Gaius, II, 104, 119, 121 et 149.

9. Ulp. *Reg.*, XX, § 9.

10. « Nuncupare est enim palam nominare, et sane quæ testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. » Gaius, II, 104.

11. Keller, *Litis Contestatio*, p. 1; Keller, *Civilpr.* § 59, trad. Capmas, p. 262; Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, I, p. 177; Wieding, *Libellprocess.*, p. 64; Accarias, *Précis*, II, p. 858.

12. L'*antestatio* comporte une interrogation: LÆT ANTESTARI? qui sur la

æs et libram (13) étaient en effet plus développées, et si l'on sort de la sphère du droit privé, on voit que les déclarations des témoins comportaient une certaine étendue (14). Il est donc permis de supposer avec Huschke (15) que la formule complète de la *litis contestatio* pouvait être conçue à peu près en ces termes : *STLITEM MIHI TECVM ESSE EFFOR : TESTES ESTOTE* (16).

5. La *litis contestatio* ne servait pas uniquement, comme le prétend Puchta (17), à marquer la fin de la procédure *in iure* et l'organisation définitive du *judicium*. Elle était surtout destinée à fournir aux parties les moyens de prouver que les solennités de la *legis actio* avaient été régulièrement accomplies. Le *judex*, en effet, n'assistait point à la première partie de la procédure (18); il ne recevait pas, comme sous le système formulaire, une instruction écrite, qui lui traçât ses devoirs en même temps qu'elle lui indiquait le point précis du litige. C'étaient les parties elles-mêmes, qui instruisaient le *judex* de ce qui s'était passé *in iure* dans un exposé sommaire appelé *causæ conjectio* (19). Mais avec un système de procédure aussi compliqué que celui des *legis actiones* et dont toutes les formalités étaient prescrites à peine de nullité (20), il devait fréquemment y avoir désaccord entre les dires des plaideurs. Le témoignage des personnes, qui avaient assisté à la procédure *in iure*, mettait fin à toutes les difficultés et prévenait toutes les incertitudes (21). Il y avait là, comme l'a

réponse affirmative du témoin est suivie des mots : *MEMENTO QVOD TV MIHI IN HAC CAUSA TESTIS ERIS*. Cf. Bachofen, *Auserwählte Lehren*, p. 251.

15. « *HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQVE VOS QVIBITES TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE.* » Gaius, II, 104; Ulp. *Reg.*, XX, § 9.

14. Liv. I, 52.

15. Huschke, *Jurispr. anteiust.*, p. 268, note 4.

16. *Stlis* est la forme ancienne du mot *lis* (Festus, v° *stlata*, éd. Müller, p. 515); quant au mot *effor*, il s'est longtemps conservé dans la langue sacrée, où il s'applique notamment aux prédictions des augures.

17. Puchta, *Instit.*, § 172, II, p. 161 et s.

18. L. 59 pr., *De jud.*, V, 1.

19. Gaius, IV, 15; L. 1. *De reg. jur.*, L, 17.

20. Gaius, IV, 41 et 50. — Karlowa, *Legisaktionen*, p. 565.

21. Heffter, *Institutionen.*, p. 282; Keller, *Litis Cont.*, p. 5; Savigny, *System*, 257, VI, p. 41; Wieding, *Libellpr.*, p. 66; Bethmann-Hollweg, *Röm.Civilpr.*, I, p. 178; Bekker, *Aktionen*, I, p. 71.

dit Savigny, un protocole vivant, indispensable à une époque où la procédure était toute orale (22).

Peut-être les témoins avaient-ils l'habitude de prendre des notes ou pour plus de sûreté de s'en faire remettre par les parties (23). Wieding a même supposé qu'on en serait venu à rédiger un écrit constatant l'accomplissement de la *legis actio* et contenant les noms des témoins. Cette conjecture n'est pas justifiée par les textes : l'expression *dicam scribere* qu'invoque Wieding, se rencontre dans Plaute (24), dans Térence (25), et dans Cicéron (26), mais elle n'offre pas un sens suffisamment sûr pour qu'on doive s'arrêter à cette hypothèse.

6. Le but même de la *litis contestatio* ne semble pas permettre de la placer ailleurs qu'à la fin de la procédure *in jure*. Quelques auteurs toutefois se sont appuyés sur les expressions un peu vagues de l'*Epitome* de Festus (*ordinato iudicio*) pour admettre que la *litis contestatio* avait lieu devant le *judex*, au début de la seconde partie de l'instance (27). Keller a réfuté péremptoirement cette opinion, et aujourd'hui on reconnaît que la *litis contestatio*, à l'époque des *legis actiones* comme sous le système formulaire, appartenait à la procédure *in jure*, dont elle marquait la clôture (28). En effet la *litis contestatio* se distingue nettement de la *causæ coniectio*, par laquelle débutait l'instance *in iudicio*, et les termes formels de Gaius ne permettent pas de douter que la *causæ coniectio* n'ait immédiatement suivi la comparution des parties devant le *judex* (29); il serait étrange que dans l'exposé sommaire

22. Les formalités de la *legis actio* devaient sans doute avoir lieu en présence de témoins; c'est ce qui est formellement attesté pour la *deductio moribus* dans les actions *in rem*. Cic. *Pro Murena*, 42; Festus, v° *superstitis*, éd. Müller, p. 305.

23. Wieding, *Libellpr.* p. 67; Bekker, *Aktionen*, I, p. 89.

24. Plaut. *Aulul.*, IV, 10, v. 50; *Panul.*, III, 6, v. 5.

25. Terent. *Phormio*, I, 2, v. 77; II, 2, v. 45; II, 5, v. 95; IV, 10, v. 50.

26. Cic. *In Verr. act. II*, II, 45.

27. On invoquait encore en ce sens un texte sur lequel nous aurons occasion de revenir plus loin, la L. un., C. *De lit. cont.*, III, 9.

28. Keller, *Litis Cont.*, p. 52-54; Puchta, *Instit.* § 172, II, p. 160; Savigny, *System* § 257, VI, p. 14; Accarias, *Précis*, II, p. 859.

29. « Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam per-

qu'il donne de la procédure *in judicio*, il eût négligé de mentionner un fait aussi important que la *litis contestatio*, si elle eût réellement appartenu à cette seconde partie de l'instance.

La même conclusion ressort des textes relatifs à la procédure formulaire où la *litis contestatio* avait conservé, tout en se transformant, la place qu'elle occupait auparavant. Ulpien après avoir rappelé un sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle, qui défendait d'appeler en justice à l'époque des moissons ou des vendanges, ajoute qu'en cas d'urgence, c'est-à-dire si le droit du créancier était prêt de s'éteindre, celui-ci pouvait obliger son adversaire à comparaître devant le préteur, mais seulement : *ut lis contestetur*. Le reste du procès, c'est-à-dire l'instance *in judicio*, était remis à plus tard ; ce qui montre que la *litis contestatio* ne pouvait avoir lieu *in judicio* (50). De même un *legatus provinciæ*, qui a en général le droit de se prévaloir du *jus revocandi domum*, ne peut invoquer ce privilège quand l'action dirigée contre lui est sur le point de s'éteindre. Il devra cependant, nous dit Paul, comparaître devant le préteur : *ut lis contestetur* ; quant au *judicium*, il se déroulera ultérieurement dans la province dont le *legatus* est originaire (51) ; on ne peut pas indiquer plus nettement que la *litis contestatio* fait partie de la procédure *in jure*. Dans un autre passage, Paul dit que le serment tient lieu de *litis contestatio* (52) ; or la délation de serment appartient à la procédure *in jure*, puisqu'elle met fin au procès et ne lui permet pas d'arriver à sa seconde phase, l'instance *in judicio* ;

orarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere: quæ dicebatur causæ conjectio, quasi causæ suæ in breve coactio. » Gaius, IV, 15. Cf. Pseudo-Ascon. *In act. II^m in Ferr.*, I, 29. (*Cic. Opera*, éd. Orelli, t. V, 2, p. 164) ; A. Gell. *Noct. att.*, V, 10, 9.

50. Ulpien. « Quoties res urget, cogendi quidem sumus ad prætorem venire, verum ad hoc tantum cogi æquum est, ut lis contestetur, et ita ipsis verbis orationis exprimitur. Denique alterutro recusante post litem contestatam litigare, dilationem oratio concessit. » L. 1 § 2, *De feriis*, II, 12.

51. Paul. « Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum *judicium* prætor dare debet, ut lis contestetur, ita . . . in provincia transferatur. » L. 28 § 4, *De jud.*, V, 1.

52. Paul. « Ex quibus autem causis non cogitur *legatus* *judicium* accipere, nec jurare cogendus est, se dare non oportere, quia hoc *jusjurandum* in locum *litis contestatæ* succedit. » L. 28 § 2, *De jud.*, V, 1. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 50.

il en doit être de même de la *litis contestatio*. Enfin un rescrit d'Alexandre Sévère nous atteste que la *litis contestatio* avait lieu devant le préteur (53), c'est-à-dire *in jure* (54).

7. Après avoir établi que la *litis contestatio* appartenait à la procédure *in jure*, il reste à déterminer sa place dans cette première phase de l'instance.

La *litis contestatio* devait suivre à l'origine l'institution du *judex* par le magistrat (*judicis datio, addictio*). La *judicis addictio* faisait partie de la *legis actio*; elle devait donc précéder l'acte qui était destiné à en perpétuer le souvenir, c'est-à-dire la *litis contestatio*.

La loi Pinaria (55) décida que la *judicis addictio*, au lieu d'avoir lieu le jour même de la première comparution des parties devant le préteur (56), en serait séparée par un intervalle de trente jours. La destination même de la *litis contestatio*, qui est d'assurer la preuve de l'accomplissement des formalités de la *legis actio*, ne permet pas de supposer que cet acte ait été reporté avec la *judicis addictio* à la seconde comparution des parties devant le préteur: elle a dû, comme par le passé, avoir lieu lors de la première comparution. Cette conjecture est confirmée par le témoignage de Gaius (57) et de l'un des

53. *Alex. Sévère*. « Quod si eum patientiam accommodasse contra legem, quam ipse dixerat, ut in turpi quæstu mulier haberetur, animadverterit, libertate competente secundum interpretationem ejusdem principis, perducit eam ad prætorem, cujus de liberali causa jurisdictio est, ut ibi lis ordinetur. » L. 1, C. *Si mancip. ita ven.*, IV, 56. La synonymie des expressions *litem ordinare* et *litem contestari* sera établie plus loin.

54. L. 11, *De just. et jure*, I, 1. On invoque encore à l'appui de la doctrine que nous avons présentée les textes suivants: LL. 8 § 2, 16 et 17, *De procur.*, III, 5; L. 25 § 8, *De ad. ed.*, XXI, 1; L. 14, *De his qui not. inf.*, III, 2.

55. La date de cette loi est incertaine: on hésite entre les années 281 et 321 de Rome, où l'on trouve en charge des magistrats du nom de Pinarius. *Cicero-nis Opera*, éd. Orelli, VIII, p. VI et X. Voy. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.* I, p. 65, note 22; Accarias, *Précis*, II, p. 789.

56. *Ante eam autem legem statim dabatur judex.* » Gaius, IV, 15. Accarias, *Précis*, II, p. 789. Beaucoup d'auteurs pensent que la loi Pinaria a eu pour objet de permettre le renvoi de l'affaire devant un seul juge; jusque-là le magistrat aurait statué lui-même ou aurait remis l'examen du procès aux Décemvirs ou aux Centumvirs. Cette opinion ne peut guère être admise maintenant que les dernières collations du manuscrit de Vérone ont établi qu'il fallait lire *statim* au lieu de *nondum*. Voy. cependant Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, I, p. 66; Keller, *Civilpr.*, § 15, trad. Capmas, p. 50.

57. Gaius, IV, 15.

scholiastes de Cicéron (58); la *judicis addictio*, selon eux, précédait immédiatement la *comperendinatio* ou engagement que prenaient les parties de comparaître devant le *judex*; ils ne mentionnent pas d'autre acte qui se soit accompli lors de cette seconde comparution.

SECTION II.

LA *LITIS CONTESTATIO* DANS LA PROCÉDURE FORMULAIRE.

8. Les causes, qui avaient nécessité l'appel au témoignage des assistants dans la procédure des *legis actiones*, disparurent sous le système formulaire; la preuve des faits accomplis devant le préteur était devenue, grâce à la formule, tout à la fois plus facile et plus sûre (59).

Il est impossible de déterminer avec certitude à quelle époque la *litis contestatio*, sous sa forme primitive, est tombée en désuétude. Tout ce qu'on peut affirmer, c'est qu'elle a dû survivre à la loi *Æbutia* (40), non seulement dans les hypothèses exceptionnelles, où l'on procédait encore *per legis actionem*, mais même dans les cas ordinaires, c'est-à-dire lorsque l'instance *in jure* aboutissait à la délivrance d'une formule (41).

L'appel au témoignage des assistants est devenu peu à peu hors d'usage, et sous l'Empire on n'en trouve plus aucune trace. Cependant il est à chaque instant question de *litis con-*

58. « Cum in rem aliquam agerent litigatores et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem; quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denunciabant. » Pseudo-Ascon., *In act. II^m in Verr.* I, 29 (*Cicronis Opera*, éd. Orelli, t. V, part. 2, p. 164).

59. Heffter, *Instit.*, p. 282; Keller, *Litis Cont.*, p. 15.

40. Savigny, *System*, § 257, VI, p. 11.

41. Les définitions de la *litis contestatio*, qui nous sont parvenues dans l'*Épitome* de Festus, ont été très vraisemblablement empruntées à une sorte de lexique des termes juridiques composé par un contemporain de Cicéron, C. Ælius Gallus, dont Festus reproduit souvent les expressions. Or ces passages relatifs à la *litis contestatio* semblent indiquer que cette institution existait encore sous sa forme primitive au temps d'Ælius Gallus, c'est-à-dire dans le courant du VII^e siècle de Rome. Cf. Festus, v^o *reus*, éd. Müller, p. 275; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 480.

testatio dans les écrits des jurisconsultes de l'époque classique ; ce terme a donc dû perdre son sens primitif pour prendre une acception nouvelle.

9. Les Romains employaient habituellement l'expression *litem contestari* en parlant du demandeur, comme l'indique la formule : *Actor litem contestatur cum reo* (42). Quand il s'agissait du défendeur, ils se servaient des locutions *judicium accipere* (45) ou *judicium suscipere* (44). Ces habitudes de langage comportent des exceptions : *litem contestari* s'applique parfois au défendeur (45), et *judicium accipere* au demandeur (46). Cette confusion n'a rien de surprenant, si on se rappelle qu'à l'origine les expressions *litem contestari* et *judicium accipere* s'entendaient des deux parties et étaient usitées pour diverses espèces de litige, les *lites* d'une part et les *jur-gia* d'autre part (47). On rencontre encore ces expressions juxtaposées dans la loi Rubria (48).

On trouve dans les écrits des jurisconsultes au lieu de *litem contestari* nombre de locutions équivalentes, telles que *judicium contestari* (49), *actionem contestari* (50), *judicium*

42. L. 16, *De off. praes.*, I, 18; L. 10 § 2, *Si quis caut.*, II, 11; L. 52 § 9, *De receptis*, IV, 8; L. 11, *De jud.*, V, 1; L. 22, *De reb. cred.*, XII, 1; L. 7, *De in lit. jur.*, XII, 3; L. 25 § 5, *De cond. ind.*, XII, 6; L. 10, *De pec.*, XV, 1; L. 31 § 2, *Sol. matr.*, XXIV, 5; L. 35, *De leg.* I°, XXX; L. 7 § 6, *De lib. leg.*, XXXIV, 3; L. 1 § 4, *Si cui pl. quam*, XXXV, 5; L. 1 § 9, *Ut legat.*, XXXVI, 4; L. 24 pr., *De lib. causa*, XL, 12; L. 2 § 5, *De doli mali*, XLIV, 4; L. 84, *De verb. obl.*, XLV, 1; L. 28, *De nov.*, XLVI, 2; L. 28, *De inj.*, XLVII, 10; L. 86, *De reg. jur.*, L, 17. — LL. 11 et 15, C. *De procur.*, II, 15. — Paul. *Sent.*, I, 15 b § 4; *Cons. vet. jur.*, VI, 5. — Cic. *ad Att.*, XVI, 15; Gell. *Noct. att.*, V, 10, 9.

45. L. 8 § 5, *De procur.*, III, 5; L. 6, *Si ususfr. pet.*, VII, 6; L. 59 § 4, *De nox. act.*, IX, 4; L. 51 pr., *De reb. cred.*, XII, 1; L. 50 pr., *cod.*; L. 52 § 4, *Ad Sct. Vell.*, XVI, 1. L'identité de la *litis contestatio* et du *judicium acceptum* est nettement accusée par Ulpien dans la L. 25 § 8, *De æd. ed.*, XXI, 1.

44. L. 1 § 2, *De adm. et per.*, XXVI, 7; L. 8 § 1, *De fid. et nom.*, XXVII, 7.

45. Cic. *ad Att.*, XVI, 15; Fest. *Epit.*, v° *contestari*, éd. Müller, p. 58; Festus, v° *reus*, ibid. p. 275. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 68; Rudorff, *Röm. Rechtsg.* § 71, II, p. 252; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 478.

46. L. 59 § 3, *De nox. act.*, IX, 4; L. 21 § 2, *De æd. ed.*, XXI, 1; L. 5, *Quod falso tut.*, XXVII, 6.

47. Karlowa, *Legisaktionen*, p. 67.

48. « Nisei iei, quos inter id iudicium accipietur leisve contestabitur, ieiis nominibus fuerint, quae in earum qua formula supra scripta sunt. » *Lex Rubria*, cap. xx, v. 49 (Bruns, *Fontes.*, p. 92).

49. L. 7 § 1, *De her. pet.*, V, 5; L. 19, *Sol. matr.*, XXIV, 5.

50. *Inst.*, *De perp. et temp. act.*, IV, 12, § 1.

dictare (51), *actionem dictare* (52), *rem in iudicium deducere* (53), *rem in litem deducere* (54), *iudicium ordinare* (55), *litem ordinare*, *litem inchoare* (56), *actionem inchoare*. De même *iudicium accipere* a pour synonymes : *actionem accipere* (57), *actionem suscipere* (58), *actionem excipere* (59), *litem suscipere* (60).

10. Bien que les expressions *litis contestatio* et *lis contestata* reviennent souvent dans les textes, il n'est pas aisé d'en déterminer le sens précis.

Keller (61) croit que ces termes désignent à l'époque classique l'ensemble de la procédure *in jure* et son accomplissement par les parties; l'expression *litem contestari*, qui ne s'appliquait d'abord qu'à l'acte final de cette première phase de la procédure, aurait été étendue à l'instance *in jure* tout entière. Bethmann-Hollweg, après avoir enseigné dans un de ses premiers ouvrages que la *litis contestatio* était l'acte par lequel les parties déclaraient solennellement accepter le *iudicium*, s'est rallié dans sa *Procédure civile romaine* au système de Keller (62).

Cette opinion est contredite par un passage de Macer (63), qui établit une opposition entre la procédure *in jure*, en tant du moins qu'elle nécessite l'intervention du magistrat, et la *litis contestatio*, et par d'autres textes où *litem contestari* désigne un acte des parties (64). D'ailleurs si on eût entendu par là

51. L. 65, *Pro socio*, XVII, 2; L. 50 pr., *De æd. ed.*, XXI, 1; L. 5, *Pro dote*, XII, 9; L. 7, *De sep.*, XLII, 6; L. 412, *De verb. obl.*, XLV, 1.

52. L. 13 § 1, *Jud. solvi*, XLVI, 8.

53. L. 25, *De adm. et per.*, XXVI, 7.

54. L. 51 § 1, *De nov.*, XLVI, 2.

55. Fest. *Epit.*, v° *contestari litem*, loc. cit.

56. *Fr. Vat.*, 263.

57. L. 6, *Si ususfr. pet.*, VII, 6.

58. L. 52 pr., *De jud.*, V, 1; L. 52, *De reg. jur.*, I, 17.

59. LL. 22 et 56 § 1, *De jud.*, V, 1.

60. L. 8 § 5, *De procur.*, III, 5; L. 4 § 3, *De adm. et per.*, XXVI, 7.

61. *Litis Cont.*, p. 7.

62. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 481.

63. L. 16, *De off. præs.*, I, 18.

64. *Paul.* — « Idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit, quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset. » L. 10 § 2, *Si quis caut.*, II, 41. Cf. L. 11, *De jud.*, V, 1; L. 51 § 3, *Sol. matr.*, XXIV, 3; L. 4 § 9, *Ut legat.*, XXXVI, 3; L. 28, *De nov.*, XLVI, 2.

toute la première phase de la procédure, on aurait tenu compte du point où se serait arrêtée l'instance et on aurait distingué dans les textes une *litis contestatio* parfaite et imparfaite; or les jurisconsultes ne mentionnent rien de semblable.

11. Dans la procédure formulaire, on emploie l'expression *litis contestatio*, pour indiquer d'une manière générale la clôture de la procédure *in jure*. Cette clôture coïncide maintenant avec la rédaction définitive de la formule et sa délivrance aux parties. De là une acception plus restreinte de l'expression *litis contestatio*, qui s'entend spécialement de l'accord des parties sur la *constitutio judicii*: telle est la signification technique du mot *litis contestatio* dans la procédure formulaire (65).

Cette définition de la *litis contestatio* ressort d'un passage de Cicéron, où il paraphrase l'expression *lis contestata* (66). Ulpien, dans son commentaire sur l'Édit des Édiles, identifie le moment de la *litis contestatio* avec celui où le *judex* est nommé (67): or la nomination du *judex* a lieu lors de la délivrance de la formule, c'est-à-dire au moment de la *constitutio judicii*. On peut tirer la même conclusion d'un texte de Paul, où il suppose qu'une personne poursuivie par voie d'action noxale meurt après avoir affranchi et institué l'esclave qui en faisait l'objet, et qu'ensuite cet esclave est condamné dans l'instance commencée contre son maître; Paul ajoute que l'esclave n'encourt pas l'infamie: *quia lis in eum contestata non sit* (68). L'*intentio* dans les actions noxales ne contient pas le nom de l'esclave, mais seulement celui du maître (69). Il y a eu sans doute, après la mort de ce dernier, une modification dans la formule, mais cette modification n'a porté que sur la *condemnatio*. Or on n'encourt l'infamie

65. Savigny, *System* § 257, p. 12, note e; Wieding, *Libellpr.*, p. 64; Accarias, *Précis*, II, p. 859.

66. « *Lite contestata, iudicio damni injuria constituto.* » Cic. *Pro Rosc. Com.*, 11.

67. L. 25 § 8, *De æd. ed.*, XXI, 1.

68. L. 14, *De his qui not. inf.*, III, 2.

69. L. 42 § 1, *De nox. act.*, IX, 4.

qu'autant que l'on est condamné *suo nomine*, et pour savoir si on est condamné *suo nomine*, on se préoccupe de l'*intentio* et non de la *condemnatio* (70). A défaut de ces textes, il suffirait, pour prouver que le moment de la *litis contestatio* coïncidait avec celui où la formule était délivrée, de rappeler qu'une *translatio iudicii* était nécessaire *post litem contestatam* pour que les plaideurs pussent se substituer un représentant (71), et de citer la locution *formulam accipere* employée par Gaius (72).

12. Le droit romain s'étant peu à peu dégagé du formalisme primitif, il ne paraît pas y avoir eu, sous l'Empire, de termes consacrés pour exprimer cet accord des parties sur la *constitutio iudicii*. Il semble cependant qu'on se servait habituellement des termes : *iudicium accipere* ou *excipere paratus sum*. C'est du moins ce qui paraît résulter d'un fragment des *Responsa* de Paul (75) rapproché d'autres textes des jurisconsultes romains (74).

13. Il y a un lien étroit entre les deux significations que

70. LL. 1 et 6 § 2, *De his qui not. inf.*, III, 2.

71. LL. 16 et 17, *De procur.*, III, 5.

72. Gaius, IV, 57. Keller, *Litis Cont.*, p. 54.

73. « Apud magistratus de plano L. Titius his verbis a marito repetit. Anicius Vitalis dixit: Quoniam præsto est Flavius Vetus junior, peto rem uxoriam Seie nomine ab eodem ex legibus et edictis. Dotem et peculium scripta habere se dixit tabulis signatis nec protulit. Flavius Vetus junior dixit: Actionem excipere paratus sum. Duumvir dixit: Sermo vester in actiserit. » Mommsen, *Fr. Vat.*, p. 145.

« Apud magistratus de plano L. Titius his verbis a marito repetit: Anicius Vitalis dixit: Quoniam præsto est Fl. Vetus junior, peto Re..., *quæ uxor ejus fuit*, nomine ab eodem ex legibus et edictis dotem et peculium. *Mandatum sibi ab ea esse* dixit tabulis signatis, nec protulit. Fl. Vetus junior dixit: *Nullo jure abs te postulatus sum*. Duumvir dixit: Sermo vester in actis erit. » *Fr. Vat.*, 112. Huschke, *Jurispr. anteiust.*, p. 657.

74. Gaius. « Si is, adversus quem talis actio competit, paratus sit utile iudicium pati... » L. 5 § 5, *De alien. jud. mut.*, IV, 7.

Pomponius. « Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere... » L. 52 § 4, *Ad Sct. Vell.*, XVI, 1.

Paul. « Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram. » L. 24, *De usuris*, XXII, 1.

Scævola. « Paratum iudicium accipere... moram facere non videri. » L. 47, *eod.*

Ulpian. « ... Nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere... » L. 9 § 6, *Ad exhib.*, X, 4.

Ulpian. « ... Ad suscipiendum iudicium paratum esse... » L. 5 § 5, *Quib. ex causis in poss.*, XLII, 4.

nous avons reconnues au mot *litis contestatio*, qui désigne tantôt l'accord des parties sur la *constitutio judicii*, tantôt la clôture de la procédure *in jure*. S'il se présentait parfois dans cette première partie de l'instance des questions incidentes, qui ne pouvaient être tranchées lors de la première comparution des parties devant le magistrat et nécessitaient une remise de l'affaire, il arrivait souvent que la procédure *in jure* ne donnait lieu à aucun débat (75). Dans ce cas l'instance *in jure* commençait et se terminait le même jour (76); rien de plus naturel qu'ici la même expression désignât à la fois la clôture de la procédure *in jure* et l'accord des parties sur la formule à délivrer. L'introduction de la *litis denuntiatio*, sous Marc-Aurèle, dut multiplier les cas où l'instruction *in jure* était ainsi abrégée : la *litis denuntiatio* mettait le défendeur en mesure de préparer sa défense à loisir et d'avoir même avec son adversaire telles explications qu'il jugeait bon (77).

D'ailleurs l'accord des plaideurs se manifestait non seulement par l'acceptation de la formule, mais encore par leur adhésion au choix du *judex*, qui était le dernier acte de la procédure *in jure*. Il restait à délivrer aux parties une double expédition du décret qui contenait la formule et l'institution du *judex*; mais c'était là une pure formalité, qui ne devait être accomplie qu'après coup et n'avait aucun rapport avec la *litis contestatio* (78).

On s'explique facilement le changement de signification qu'a subi le mot *litis contestatio*. A l'époque des *legis actiones*, certains effets étaient attachés à l'accomplissement de la procédure *in jure*. La *litis contestatio* formait le terme de cette procédure : il est naturel qu'on ait pris l'habitude d'appeler moment de la *litis contestatio* celui où ces effets se

75. Cic. *Pro Quintio*, 19 et 20; Cic. *Partit. orat.*, 28. — L. 27. *De reg. jur.*, L, 17; *Fr. Vat.*, 112. — Keller, *Civilpr.*, § 50, trad. Capmas, p. 225; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 216.

76. Gaius, IV, 184.

77. Aur. Vict. *De Cæsar.*, XVI, 9. — Keller, *Civilpr.*, § 48, trad. Capmas, p. 217 et 218.

78. *Fr. Vat.*, 112. — Bethmann-Hollweg. *Röm. Civilpr.*, II, p. 482, note 16.

produisaient. Ces effets ne se rattachant pas à la *litis contestatio* comme à leur cause, mais simplement parce qu'elle était le terme de la procédure *in jure*, on comprend qu'ils aient survécu à la disparition de la *litis contestatio* primitive et aient été transportés à la *litis contestatio* de l'époque formulaire, qui terminait elle aussi la première phase de l'instance.

SECTION III.

LA LITIS CONTESTATIO DANS LA PROCÉDURE DES COGNITIONES EXTRAORDINARIÆ.

§ 1. *La litis contestatio dans la cognitio extraordinaria avant Dioclétien.*

14. Le trait saillant des *cognitiones extraordinariæ* sous le système formulaire est l'unité de la procédure, qui se déroule tout entière devant le magistrat, et par suite l'absence de formule. Il ne pourrait donc y être question d'une *litis contestatio* proprement dite. Toutefois quelques-uns des effets attachés à celle-ci dans la procédure ordinaire devaient aussi se produire dans la *cognitio extraordinaria*. Il fallut déterminer pour cette dernière le moment où ces effets seraient censés se produire, admettre une sorte de *litis contestatio*.

15. La première mention de cette *litis contestatio* se rencontre dans le sénatus-consulte Juventien (79). L'espèce à l'occasion de laquelle il a été rendu est celle d'une hérédité caduque réclamée par le fisc; or tous les différends entre les particuliers et le fisc étaient portés devant le *Procurator Cæsaris* (80), qui statuait lui-même dans la plu-

79. « Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent... » L. 20 § 6. *De her. pet.*, V, 5.

80. L. 9 pr., *De off. præs.*, I, 16; L. 2, C. *Ubi causæ fisci*, III, 26. Cf. L. 2 § 52, *De orig. jur.*, I, 2.—Bethmann-Hollweg, *op.cit.*, II, p. 72, 185 et 771, note 80.

part des cas (81). Les difficultés relatives à la *caducorum vindicatio* étaient donc du domaine de la *cognitio extraordinaria* et cependant elles comportaient une *litis contestatio*.

Les autres textes de l'époque classique relatifs aux *cognitiones extraordinariæ*, où l'on rencontre une *litis contestatio* se rapportent tous, sauf un, à la matière spéciale des fidéicommisses (82). Le seul qui ait trait à un sujet différent est un fragment de Paul emprunté à ses *Libri decretorum*, sorte de recueil de décisions impériales (83). Cette circonstance, jointe à l'emploi de l'expression *pænæ persecutio*, indique que Paul s'occupe d'un cas de *cognitio extraordinaria*; il rappelle que des constitutions impériales ne permettent pas d'intenter de poursuites pénales contre les héritiers et il ajoute qu'il n'en serait pas de même si leur auteur avait été *conventus*, parce qu'il y aurait eu alors une sorte de *litis contestatio* avec le défunt.

16. Pour déterminer l'époque où aurait lieu cette *litis contestatio*, on se laissa guider par l'analogie, et très vraisemblablement cette phase de la procédure coïncidait dans la *cognitio extraordinaria* avec le moment, où les parties formulaient pour la première fois devant le magistrat leurs prétentions respectives et engageaient ainsi l'instance (84).

Elle consistait donc dans une déclaration des parties sur l'objet et le but du litige. Tel est aussi le caractère de la *litis contestatio* sous Justinien (85); mais en définissant ainsi

81. Plin. *Panegy. Traj.*, 56. Cf. L. 25 § 1, *De appell.*, XLIX, 1; L. 1, C. *De ped. jud.*, III, 3.

82. L. 55 § 1, *De auro leg.*, XXXIV, 2; LL. 1, 2 et 4, C. *De usuris et fruct.*, VI, 47.

83. Paul. « Constitutionibus, quibus ostenditur, heredes pœna non teneri placuit, si vivus conventus fuerat, etiam pœnæ persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo. » L. 55, *De obl. et act.*, XLIV, 7. Cf. Savigny, *System*, § 257, VI, p. 20; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 482, note 17.

84. Savigny, *System*, § 257, VI, p. 16; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 777. Ulpien emploie ici comme expression correspondante à *lis contestata* la locution *cognitio suscepta* (L. 19 pr., *De jurisd.*, II, 1). Cf. L. 52 pr., *De jud.*, V, 1.

85. L. 14 § 1, C. *De jud.*, III, 1.

la *litis contestatio*, ce prince n'a fait que consacrer un état de choses depuis longtemps existant et vraisemblablement antérieur à la suppression du système formulaire.

17. Toutefois pour éviter que le défendeur, par son refus de comparaître, ne causât préjudice à son adversaire, on en vint à rattacher certains effets de la *litis contestatio* à la simple citation en justice (86). Cette dérogation équitable à une des règles fondamentales de la procédure romaine a peut-être été introduite par le sénatus-consulte Juventien dans un intérêt fiscal. Elle fut ensuite étendue aux différends entre particuliers (87).

18. D'illustres interprètes du droit romain (88) pensent que le moment de la *litis contestatio* dans les *cognitiones extraordinariæ* aurait été fixé par un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla de l'année 202, qui forme la l. un., C. *De litis contestatione* (89).

Une autre opinion, dont Keller est le principal représentant (90), regarde, au contraire, cette constitution comme interpolée et lui refuse toute autorité. Cette dernière opinion nous paraît préférable. — En effet la l. un., C. *De litis contestatione*, et la l. 3, C. *De edendo* (91), sont des fragments d'un même rescrit de Septime Sévère et de Caracalla (92), Elles portent la même *inscriptio* ; il y a sans doute un écart de

86. L. 20 § 11 ; L. 25 § 7, *De her. pet.*, V. 3.

87. L. 20 § 9, *De her. pet.*, V. 3.

88. Savigny, *System*, § 257, VI, p. 18 ; Accarias, *Précis*, II, p. 860 ; Bekker *Aktionen*, II, p. 226.

89. « Impp. Severus et Antoninus AA. Valenti. — Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causam audire cœperit. Dat. Kal. Septembr., Severo III et Antonino AA. Conss. » L. un., C. *De lit. cont.*, III, 9.

90. Keller, *Litis Cont.*, p. 62 ; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 482, notes 16 et 17 ; Maynz, *Cours de droit romain*, I, p. 511, note 4.

91. « Impp. Severus et Antoninus AA. Valenti. — Edita actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit aequitas. Dat. III. Kal. Septemb., Severo III et Antonino AA. Conss. » L. 3, C. *De edendo*, II, 1.

92. Heffter, *Instit.*, p. 285 ; Keller, *Litis Cont.*, p. 68, note 3 ; Savigny, *System*, § 257 p. 19, note c ; Wieding, *Libellpr.*, p. 179.

trois jours entre les dates de ces constitutions (93); mais on peut très-légitimement admettre une confusion entre le chiffre du jour (III) et celui du consulat de Septime Sévère (III). Il serait d'ailleurs très-étonnant que les empereurs aient adressé à si peu d'intervalle deux rescrits au même personnage et sur les mêmes matières. Ce point établi, si on place à la suite l'une de l'autre la l. un., C. *De litis contestatione* et la l. 5, C. *De edendo*, on est forcé de reconnaître que la constitution à laquelle elles sont empruntées ne pouvait avoir pour objet de déterminer l'époque de la *litis contestatio* dans les *cognitiones extraordinariæ*. On y rencontre, en effet, des termes tels que *edita actio*, *actionis postulatio*, *res in iudicium deducta*, qui étaient inconnus à ce genre de procédure; l'expression *actionis species* surtout est inconciliable avec l'idée d'une *cognitio extraordinaria* (94). On ne voit pas, en outre, quel besoin il y aurait eu de distinguer le *judex* et le *jus reddens*. Pourquoi enfin, si ce rescrit avait trait à la *cognitio extraordinaria*, les empereurs s'en référeraient-ils à l'Édit perpétuel, puisque les matières qui faisaient l'objet de cette procédure n'y étaient vraisemblablement pas traitées?

La l. un., C. *De litis contestatione* est donc un texte interpolé, qui dans sa teneur primitive se rapportait à la procédure formulaire. Il est impossible de se rendre compte de l'objet précis du rescrit de Septime Sévère et de Caracalla. Peut-être était-il destiné à réagir contre une tendance qui aurait porté à rattacher les effets de la *litis contestatio* à l'*actionis editio* ou à la *litis denuntiatio* : les mots *actionis species ante iudicium reo cognita* semblent justifier cette conjecture, que nous ne proposons d'ailleurs que sous toutes réserves (95).

93. L. un., C. *De lit. cont.*: Dat. Kal. Septembr.

L. 5, C. *De edendo* : Dat. III. Kal. Septemb.

94. Paul. « Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum. » L. 47, *De neg. gestis*, III, 5.

95. Certains effets étaient attachés à la *denuntiatio* en matière de *querela inofficiosi testamenti* (L. 7, *De inoff. test.*, V, 2) et de pétition d'hérédité. (L. 20 §§ 6 et 11, *De her. pet.*, V, 5).

Il n'est pas moins difficile de savoir quels sont les remaniements subis par la l. un., C. *De litis contestatione*. Toutefois les mots : *per narrationem negotii causam audire cœperit* paraissent bien avoir été ajoutés par Tribonien et ses collègues. Les commissaires de Justinien avaient à déterminer *ex professo* la nature et les effets de la *litis contestatio* et ils n'avaient à leur disposition qu'un seul texte : ils lui auront fait subir les modifications indispensables pour le mettre d'accord avec la législation de leur temps et ils auront laissé subsister les expressions de l'époque classique *postulatio*, *actio edita*, qui pouvaient encore s'entendre de la nouvelle forme d'introduction de l'instance par voie de requête.

Nous devons mentionner une troisième opinion fort ingénieuse, qui a été développée récemment avec beaucoup de force par Wieding (96). D'après lui, la l. un., C. *De litis contestatione*, serait postérieure au règne de Théodose II; les altérations porteraient sur l'*inscriptio* et sur la *subscriptio*, mais le texte même n'aurait pas été interpolé. Wieding s'appuie sur une leçon fournie par deux manuscrits du Code qui attribuent à la l. un., C. *De litis contestatione*, la date suivante : *D. XV. k. nov. cp. post et ss. Lamp. et Orest. vc. anno II*. Il suppose qu'un copiste frappé de l'analogie qui semblait exister entre les matières traitées dans la l. un., C. *De litis contestatione*, et dans la l. 5, C. *De edendo*, aurait modifié l'*inscriptio* et la *subscriptio* du premier de ces textes pour les mettre d'accord avec celles du second. Mais c'est là une supposition toute gratuite et la date que Wieding prétend assigner à la l. un., C. *De litis contestatione*, appartient à une constitution de Justinien de l'année 550, qui suit presque immédiatement ce texte (97). D'ailleurs si les souscriptions sont parfois altérées, les *inscriptiones* se sont en général conservées très fidèlement : or tous les manuscrits attribuent la l. un., C. *De litis contestatione*, à Septime Sévère et à Cara-

96. *Libellpr.*, p. 179. Cette opinion se trouve déjà indiquée par M. Bonjean. (*Traité des actions*, I, p. 474).

97. L. 5, C. *De plus pet.*, III, 40.

calla. Cette considération ne permet pas d'accepter les conjectures de Wieding.

§ 2. La « *litis contestatio* » depuis les réformes de Dioclétien.

19. Le domaine des *cognitiones extraordinariæ* s'était peu à peu élargi; il y avait beaucoup d'affaires comprises dans l'*ordo judiciorum privatorum* que le magistrat pouvait, dès l'époque classique, trancher lui-même ou renvoyer devant un *judex*. C'est ce qui avait lieu notamment quand les plaideurs avaient obtenu un rescrit impérial (98). Parfois aussi les empereurs enjoignaient au magistrat de statuer lui-même. Ce dernier usage dont on trouve des exemples sous Alexandre Sévère et Gordien (99), devint de jour en jour plus fréquent et Dioclétien lui donna en 294 sa consécration légale. Les magistrats durent à l'avenir instruire et juger seuls les affaires qu'ils devaient auparavant renvoyer à des *judices pedanei* (100).

20. Cette réforme dans l'organisation judiciaire amena la suppression des formules et une troisième transformation de la *litis contestatio*. La formule, qui était destinée à indiquer au *judex* l'objet de son examen, n'avait plus de raison d'être du moment où l'instance se déroulait tout entière devant la même personne. La *litis contestatio* du système formulaire, qui consistait dans l'acceptation de la formule par les parties, aurait dû disparaître avec la chute de cette procédure. Toutefois il n'en a pas été ainsi et l'on voit la *litis contestatio* mentionnée dans une constitution de Dioclétien et de Maximien, rendue peu après la suppression du système formulaire, vrai-

98. LL. 8 et 9, *De off. pras.*, I, 18. — Accarias, *Précis*, II, p. 905; Mayn^z *Cours*, I, p. 511.

99. L. 1, *C. Rer. amot.*, V, 21. — Bekker, *Aktionen*, II, p. 198, note 55.

100. L. 2, *C. De ped. jud.*, III, 3.

semblablement en 505 (101). On retrouve cette expression dans un rescrit de Constantin de 514 (102), dans les constitutions de Justinien (103) et jusque dans les Nouvelles de ce prince (104).

21. L'existence d'une *litis contestatio* étant reconnue pour l'époque des *cognitiones extraordinariæ*, il convient de rechercher en quoi elle consistait et quelle place elle occupait dans l'ensemble de la procédure. La *litis contestatio* du système formulaire a dû se modifier profondément; mais faute de documents, il est difficile de savoir quand et comment s'est opérée cette transformation.

Les textes les plus explicites sur la matière ne datent que de Justinien. Dans une constitution de 550, relative au serment des avocats, il décide que ce serment doit être prêté : *Quum lis contestata fuerit, post narrationem propositam et contradictionem objectam* (105). Quatre ans plus tard, en 554, Justinien astreignit les parties à jurer qu'elles n'agissaient point par esprit de chicane et il décida que ce serment devrait être fourni *post narrationem et responsionem* (106). On retrouve ici les mêmes expressions que dans la constitution précédente, mais le mot *lis contestata* a disparu. A ces deux textes, il faut ajouter le rescrit de Septime Sévère et de Caracalla de l'année 202; il est sans doute interpolé, mais la fin que Tribonien a remaniée mérite d'attirer l'attention, parce qu'elle contient une définition de la *litis contestatio* telle qu'on la comprenait alors. Il y a *litis contestatio*, nous

101. L. 4, C. *De ped. jud.*, III, 5.

102. L. 10, C. *De acq. et ret. poss.*, VII, 52.

103. L. 55, C. *De den.*, VIII, 54. — L. 14 § 1, C. *De jud.*, III, 1.

104. Nov. 55, cap. 5 § 2; Nov. 60, cap. 2 § 1. — Nov. 82, cap. 10; Nov. 96, cap. 1 et 2, § 1. — Nov. 112, cap. 5 pr. et § 2.

105. *Justinien*, 550. — « Patroni autem causarum, qui utrique parti suum præstantes auxilium ingrediuntur, quum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam, in qualicumque judicio majore sive minore... sacrosanctis evangeliiis tactis juramentum præsentent... » L. 14 § 1, C. *De jud.*, III, 1.

106. *Justinien*, 554. — « Sancimus... non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum præsentent, ipse principales personæ subeant jusjurandum... » L. 2 pr., C. *De jur. propt. cal.*, II, 59.

dit-on, *cum iudex per narrationem negotii causam audire cœperit*. Par *narratio negotii*, il faut entendre non seulement la *narratio* proprement dite du demandeur, mais encore la *contradictio* ou *responsio* du défendeur, puisque la procédure des *cognitiones extraordinariæ* est essentiellement bilatérale (107) et que les termes de la constitution excluent l'idée d'une instance par défaut.

Il ressort de ces textes que le demandeur doit, lors de sa première comparution devant le juge, exposer de vive voix tous les faits qui servent de fondement à son action et qui n'ont été que sommairement indiqués dans le *libellus conventionis* (108). Le défendeur présente ensuite ses moyens de défense, dont le *libellus contradictionis* contient déjà mention. Cette réponse implique qu'il consent à défendre au procès et lie l'instance. La *litis contestatio* est donc, à l'époque de Justinien, l'exposé contradictoire que font les parties devant le juge de leurs prétentions respectives (109).

Cette notion de la *litis contestatio* n'est pas une innovation de Justinien ; on la trouve déjà, en 424, dans la constitution où Théodose II établit la prescription des actions. Ce prince, après avoir dit que la *litis contestatio* servira dans certains cas de point de départ à la prescription, ajoute en forme d'explication les mots : *habitoque inter partes de negotio principali conflictu* (110). On ne peut considérer ces mots comme une simple redondance ; il est bien plus naturel d'y voir l'expression de l'idée que la *litis contestatio* a lieu quand le débat est engagé au fond entre les parties. Cette idée dérivait

107. L. 5 § 4, C. *De temp. et rep. app.*, VII, 65 ; Nov. 55, cap. 4 pr.

108. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, III, p. 245.

109. Keller (*Litis Cont.*, p. 76) définit de même la *litis contestatio* du droit de Justinien : « Der erste gegenseitige Vortrag der Parteyen vor Gericht. » Savigny, *System*, § 257, VI, p. 22 ; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, III, p. 254.

110. Théodose II. 424. « In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quæ post litem contestatam, in iudicium actione deducta *habitoque inter partes de negotio principali conflictu*, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur. » L. 14 § 4, C. Th. *De act. certo temp. fin.*, IV, 14. Ce passage n'est pas reproduit dans le texte mutilé de cette constitution inséré au Code. L. 5, C. *De præscr. XXX vel XL ann.*, VII, 59.

très-vraisemblablement de l'ancienne *cognitio extraordinaria*.

22. A côté de la doctrine que nous venons de développer et qui est la plus généralement admise, il faut citer l'opinion de Wieding, qui soutient que la *litis contestatio* coïncidait avec le début de la *narratio* du demandeur (111). Cet auteur s'appuie principalement sur la l. un., C. *De litis contestatione*, qu'il attribue, ainsi qu'on l'a vu plus haut, à l'année 465 environ (112) et qu'il regarde comme une disposition législative destinée à fixer le moment où se produirait la *litis contestatio*. La *narratio negotii*, dont il est ici question, désigne, selon Wieding, l'exposé que fait le demandeur de ses prétentions. La *litis contestatio* a donc lieu au moment où le demandeur commence sa *narratio*. Cette opinion restreint d'une façon arbitraire la portée des expressions *per narrationem negotii*; elle attache une trop grande importance au mot *caeperit* et enfin les conclusions auxquelles elle aboutit sont démenties par le témoignage d'un scholiaste anonyme des Basiliques, qui indique bien que la *litis contestatio* ne peut avoir lieu tant que le défendeur n'a pas présenté ses défenses (115).

25. La matière de la *litis contestatio* a été réglementée par Justinien sur quelques points de détail. Ainsi, en 557, il porta à vingt jours le délai qui devait s'écouler entre la citation en justice et la *litis contestatio*, délai qui était autrefois de dix jours (114). Pour assurer cette réforme, il prescrivit au juge d'interroger le défendeur à ce sujet, lorsque les parties se présenteraient devant lui pour procéder à la *litis contestatio* (115); quand ce délai n'était pas observé, la *litis contestatio*

111. Wieding, *Libellpr.*, p. 156 et 165.

112. *Libellpr.*, p. 161. Wieding pense que la distinction du *jus* et du *judicium* a survécu à la chute de la procédure formulaire. *Libellpr.*, p. 119.

113. « Προτάταρξις ἐστὶν ἡ διήγησις τῆς ὑποθέσεως, οὐχ' ἡ ἐκδοσις τῆς ἀγωγῆς, οὐδὲ ὑπόμνησις, οὐδὲ ἡ μονομερὴς ἐντυχία ». Litis contestatio est narratio negotii, non editio actionis, neque conventio, neque simplex postulatio.

Schol., *Bas.*, VII, 4, 5.

114. Nov. 55, cap. 5 § 1; Nov. 82, cap. 10. Ce délai de vingt jours courait de la signification du *libellus*. Nov. 55, cap. 5 § 2. Cf. toutefois Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, III, p. 249, note 45.

115. Nov. 55, cap. 5 § 2.

était privée de tout effet. En 559, il imposa au demandeur l'obligation de s'engager sous caution à faire procéder à la *litis contestatio* dans le délai de deux mois (116).

116. Nov. 96, cap. 1.

CHAPITRE II.

Nature contractuelle de la **LITIS CONTESTATIO**.

24. Après avoir étudié les transformations de la *litis contestatio*, il importe de se rendre compte de la nature juridique de cet acte avant de passer en revue ses nombreux effets.

A l'époque des *legis actiones*, la *litis contestatio* consiste dans un appel au témoignage des assistants ; c'est un simple fait destiné à constater que l'instance est engagée. Dans la procédure formulaire, on entend par *litis contestatio* l'accord des plaideurs sur la personne du *judex* et les termes de la formule. Cette définition à elle seule suffirait à révéler le caractère contractuel de la *litis contestatio* ; elle nous montre dans cet acte une convention créatrice d'obligations.

25. La volonté des parties tient une large place dans l'établissement du *judicium*. C'était un principe fort ancien à Rome que le *judex* devait être désigné par les parties (1), à condition toutefois que leur choix se portât sur certaines personnes déterminées, les *selecti iudices*. Cette participation au choix du *judex* perdit beaucoup de son importance sous l'Empire et elle finit par se réduire à un simple droit de récusation. Toutefois les idées anciennes restèrent longtemps en vigueur et, à la fin de l'époque classique, le consentement des plaideurs est encore exigé pour que le magistrat puisse proroger les pouvoirs d'un *judex* nommé pour un temps déterminé. D'ailleurs on a toujours reconnu aux parties le droit de s'entendre sur la personne du *judex*, avant de se

1. Cic. *Pro Cluentio*, 45 ; *Pro Roscio Com.*, 14.

présenter devant le magistrat qui ne faisait alors que consacrer leur choix (2).

Les plaideurs ne devaient pas seulement s'accorder sur le choix du *judex*, ils avaient surtout à s'entendre sur les termes dans lesquels la lutte devait être engagée. Parfois ils se concertaient à ce sujet avant de comparaître *in jure* (3), et le préteur dans son décret ne faisait alors que constater leur convention sur la marche ultérieure du procès. Plus souvent le défendeur acceptait la formule telle qu'elle était proposée par le demandeur (4). Du reste la volonté des parties était souveraine ici comme partout ailleurs, et elles pouvaient faire subir aux formules proposées dans l'Édit telles modifications que bon leur semblait (5). La convention par laquelle les plaideurs s'entendent sur la personne du *judex* et les termes de la formule impliquent qu'ils se soumettent à l'issue éventuelle du *judicium* : elle donne donc naissance à des obligations et présente ainsi tous les caractères d'un contrat.

26. Ce résultat auquel conduit l'analyse de la *litis contestatio* dans la procédure formulaire est confirmé par le langage des juriconsultes romains. Ils se servent, en parlant de l'établissement ou de l'extinction du *judicium*, des expressions *contrahere* (6) et *solvere* (7), qui sont les termes techniques employés pour désigner la formation ou la dissolution d'un lien contractuel. Lorsque le *judicium* ne renferme pas d'exceptions, ils lui donnent la qualification de *purum* (8), comme ils le feraient pour une obligation qui ne serait affectée d'aucune modalité. Cicéron assimile l'instance à un engagement contractuel quand il dit, à propos des *Decemviri stlitibus judicandis* : *Lites contractas judi-*

2. L. 80, *De jud.*, V, 1 ; L. 57, *De re jud.*, XLII, 1 ; L. 23 pr., *De appell.*, XLIX, 1.

3. Cic. *Partit. orat.*, 28.

4. Cic. *Pro Quintio*, 19, 20 ; *Fr. Vat.*, 112, éd. Mommsen, p. 45.

5. L. 27, *De reg. jur.*, L, 17.

6. Ulpien. « Sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi... » L. 3 § 11, *De peculio*, XV, 1.

Paul. « Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli; neque enim sponte cum eo pupillus contraxit. » L. 22, *De tut. et rat. distr.*, XXVII,

7. LL. 41 et 58, *De jud.*, V, 1.

8. Cic. *De invent.*, II, 20.

canto (9). On trouve enfin dans Plaute une expression analogue (10).

27. En présence de ces témoignages, on ne saurait méconnaître le caractère contractuel de la *litis contestatio*; mais quand il s'agit de préciser davantage la nature de cet acte et de savoir si les Romains la considéraient comme un contrat ou un quasi-contrat, les commentateurs se partagent (11).

28. Une opinion fort accréditée, qui compte parmi ses défenseurs Savigny (12), Keller (13), Puchta (14), Walter (15), voit dans la *litis contestatio* un quasi-contrat analogue à la *negotiorum gestio* ou à la tutelle.

Le mot *contrahere*, disent ces auteurs, que l'on remarque dans l'expression d'Ulpien *judicio contrahi*, a un sens fort large qui embrasse à la fois les obligations *ex contractu* et les obligations nées *quasi ex contractu*; on ne saurait donc tirer argument de l'emploi de ce mot.

La procédure *in jure*, ajoutent-ils, présente, à certains égards, les apparences d'un contrat : souvent, en effet, la formule est rédigée à la suite d'une entente entre les plaideurs, dont le magistrat semble uniquement constater la volonté. Mais à côté de ce trait de ressemblance, il y a de nombreuses différences. Dans un contrat, tout doit émaner de la seule volonté des parties; au contraire, dans la *constitutio judicii*, le magistrat intervient, s'il y a désaccord, et tranche le débat. Bien plus cette volonté reste inefficace, tant qu'elle n'est pas complétée par la volonté d'un tiers, celle du magistrat, qui vient vivifier la formule et instituer le *judex*. Parfois

9. Cic. *De leg.*, III, 5.

10. « Ego quid contrahere cupio litigii inter vos. » Plaut. *Cas.*, III, 2, v. 51.

11. Nous devons citer seulement pour mémoire une opinion isolée qui voit dans l'expression d'Ulpien, *judicio contrahi*, une simple maxime de procédure. Le sens de cette maxime serait que la liberté des parties ne doit pas être plus restreinte dans la procédure qu'en matière de conventions, toutes les fois que cela n'est pas incompatible avec la bonne administration de la justice. Helmolt, *Exceptionen*, p. 67.

12. Savigny (*System*, § 258, VI, p. 52) n'admet l'idée d'un quasi-contrat que dans les actions *in personam*; dans les actions *in rem*, il identifie les effets de la *litis contestatio* et ceux de la *cautio judicatum solvi*.

13. Keller, *Civilpr.*, § 62, trad. Capmas, p. 278.

14. Puchta, *Instit.*, § 172, II, p. 463.

15. F. Walter, *Geschichte des röm. Rechts*, § 684, II, p. 529.

même le rôle du préteur ne se borne pas à donner aux conventions des plaideurs leur consécration; il exerce sur leur volonté une certaine pression et oblige le défendeur, du moins en matière personnelle (16), à accepter le *judicium* (17). Si donc la *litis contestatio*, envisagée comme fait générateur d'obligations, présente, à certains égards, les caractères d'un contrat, à d'autres points de vue elle en diffère profondément. N'est-ce pas là tout ce qu'il faut pour constituer un quasi-contrat?

29. La théorie qui vient d'être exposée ne nous semble pas, malgré les autorités imposantes qu'elle peut invoquer en sa faveur, rendre fidèlement l'état du droit romain. Nous pensons avec Doneau (18) et beaucoup d'interprètes modernes (19) que la *litis contestatio* constituait un véritable contrat.

D'une part, rien ne prouve, comme le veulent les partisans de la première opinion, que les jurisconsultes romains aient pris le mot *contrahere* en notre matière dans un sens large qui embrasse à la fois les contrats et les quasi-contrats. Tout au contraire, Ulpien, suivant la remarque judicieuse de Doneau (20), semble bien employer l'expression *contrahere* dans son sens technique, puisqu'il compare le *judicium* à la stipulation, ce contrat par excellence des Romains dans ce texte si souvent cité : *Sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi.*

D'autre part, l'assimilation que l'on veut établir entre la

16. LL. 52 et 80, *De rei vind.*, VI, 1.

17. Paul. « Stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur. » L. 85 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1. Cf. L. 46 § 5, *De procur.*, III, 5; L. 2 pr. §§ 3, 4, 5 et 6; L. 5; L. 8; L. 19 § 2; L. 22; L. 24; L. 25; L. 28 § 2, *De jud.*, V, 1; L. 42 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1; L. 34 § 5; L. 55 § 2, *De jur.* XII, 2; L. 20, *De cond. furt.*, XIII, 1; L. 1 § 57, *Deposit.*, XVI, 5.

18. *Comment.*, lib. XII, cap. 14 (Doneau, *Opera omnia*, III, col. 545).

19. Mayer, *Litis Contestatio*, p. 24; Liebe, *Stipulation*, p. 255; Ihering, *Geist des röm. Rechts*, § 12, I, p. 171; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, § 71, II, p. 255; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 487, note 17; Bekker, *Aktionen*, II, p. 181; Accarias, *Précis*, II p. 859.

20. « Et ne dubitaremus Ulpianum hoc ipsum sentire, non etiam contrahendi verbo quasi contractum intelligere, ut in L. *Ex contractibus*, D. *De oblig. et act.*, addidit *iudicio contrahi sicut stipulatione*. Constat autem stipulationem vere contractum esse, ut quæ non perficiatur sine consensu et conventionem. » *Comment.*, lib. XII, cap. 14 (Doneau, *Opera omnia*, III, col. 545).

litis contestatio et un quasi-contrat nous paraît inexacte ; car dans les quasi-contrats qui engendrent des obligations réciproques, les deux obligations ne prennent pas toujours naissance au même moment, tandis que l'établissement d'un *judicium* exige le consentement simultanément des parties.

Cette objection, qui est décisive, n'a pas échappé aux auteurs qui voient dans la *litis contestatio* un quasi-contrat. Savigny reconnaît que le *judicium acceptum* suppose le concours simultané des deux parties (21), mais il se retranche derrière l'idée que l'obligation, qui en dérive, ne procède pas du seul consentement des plaideurs. C'est là une exagération ; car il est fait dans le *judicium acceptum* une large place à la volonté libre des parties. Il dépend entièrement du créancier d'agir ou de ne pas agir : il peut, au lieu de s'engager dans une série de formalités, qui doivent aboutir à la réalisation des biens de son débiteur, attendre que celui-ci s'exécute de bonne grâce (22). Le défendeur, de son côté, peut se dispenser d'accepter la formule en se soumettant aux peines qui atteignent les *indefensi* (23). Quant à l'intervention du préteur et à la contrainte qu'il peut exercer sur le défendeur, elles n'ont rien d'incompatible avec l'idée d'un consentement libre. Toute la théorie des stipulations prétorienne en fait foi. Ces stipulations ont lieu sous l'autorité et quelquefois sous la pression du magistrat, et cependant on les considère toujours comme des contrats. On ne saurait donc, sous ce seul prétexte, se refuser à voir un contrat dans la *litis contestatio* ; si ce raisonnement était juste, il conduirait à dire que la *cautio damni infecti* ou toute autre stipulation prétorienne cesse d'être un contrat, parce qu'elle est conclue en présence et souvent sur l'ordre du magistrat. D'ailleurs la nature même des moyens employés par le préteur montre que la volonté

21. *System*, § 158, VI, p. 52.

22. *Dioclétien*. 284. — « *Invitus agere vel accusare nemo cogitur.* » L. un., C. *Ut nemo inv. ag.*, III, 7. Cf. L. 5 § 6, *De doli mali et met. cac.*, XLIV, 4.

23. *Ulpien*. « *Non defendere videtur non tantum, qui latitat, sed et is, qui præsens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.* » L. 52, *De req. jur.*, L, 17. Cf. L. 21 § 3, *Ex quib. causis maj.*, IV, 5. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 556, note 5.

des parties est indispensable pour l'organisation régulière d'un *judicium*; le préteur ne répute pas leur consentement donné : il recourt à des moyens indirects et cherche, par la menace de mesures rigoureuses (*missio in possessionem*), à obtenir que le défendeur consente à défendre à l'instance.

30. Si les partisans de la seconde opinion s'accordent tous à reconnaître dans la *litis contestatio* un véritable contrat, l'entente cesse quand il s'agit de déterminer la nature propre de ce contrat.

Suivant Doneau, la *litis contestatio* serait une convention tacite par laquelle les parties s'engageraient à laisser le *judicium* suivre son cours et se soumettraient à son issue éventuelle (24).

31. Savigny (25) pense que la *litis contestatio* se confondait dans les actions *in rem* avec la *satisfactio judicatum solvi* et qu'elle consistait par suite en une stipulation. Mais les termes très précis d'Ulpien, qui oppose le *judicium* à la stipulation dans la l. 5 § 11, *De peculio*, ne permettent pas de voir dans la *litis contestatio* une véritable stipulation. D'ailleurs la *satisfactio judicatum solvi*, à laquelle Savigny se réfère, ne se rencontre qu'exceptionnellement, et elle est destinée à renforcer l'obligation du défendeur bien plutôt qu'à la faire naître.

32. Une opinion qui nous paraît la plus sûre et qui compte de nombreux partisans en Allemagne (26), considère la *litis contestatio* comme un contrat d'une nature toute spéciale, comme un contrat formel. C'est ce qu'indiquent les

24. « Fatendum est in *litis contestatione* non esse conventionem apertam : at est tacita... Reus apud magistratum *judicium* suscipiendo de ea re, aperte declarat se hoc sentire, ac pene dicere, se paratum esse solvere, si condemnetur sententia judicis; sed velle se etiam, si absolvatur, liberum discedere, nec amplius quidquam a se peti. Quod et ipsum actor in se admittit, cum *judicium* suscipit... » *Comment.*, lib. XII, cap. 14 (Doneau, *Opera omnia*, III, col. 545). Cette doctrine est à peu près celle de Bekker (*Consumption*, p. 298).

25. *System*, § 258, VI, p. 28.

26. Liebe, *Stipulation*, p. 255; Ihering, *Geist des röm. Rechts* § 12, I, p. 171; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, § 71, II, p. 254; Wieding, *Libellpr.*, p. 69; Bekker, *Aktionen*, II, p. 181. Bethmann-Hollweg (*Röm. Civilpr.*, II, p. 487, note 17) admet l'existence de contrats spéciaux à la procédure, au nombre desquels figurerait la *litis contestatio*.

fréquentes comparaisons que font les jurisconsultes romains entre la *litis contestatio* et la stipulation, le contrat formel par excellence (27). La *litis contestatio* a en effet de nombreux traits de ressemblance avec la stipulation. Elle exige, comme celle-ci, la présence simultanée des parties. Leur volonté y doit également revêtir des formes consacrées. Les termes de la formule, qu'on désigne, comme les paroles solennelles de la stipulation, par la dénomination de *verba concepta* (28), sont destinés de même à donner aux prétentions du créancier une forme saisissante qui exclue toute équivoque, et on peut appliquer à la formule ce que Paul dit de la stipulation: *Verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt* (29).

55. Il y a sans doute entre la *litis contestatio* et la stipulation des différences. Voici les principales, en laissant de côté les divergences de forme. La stipulation exige une question et une réponse conformes; pour la *litis contestatio*, on se contente d'une manifestation de volonté quelconque (50). La *litis contestatio* donne naissance à des obligations réciproques tandis que la stipulation ne produit qu'une obligation unilatérale. L'erreur *in ipso corpore rei*, qui rend nulle une stipulation, ne vicie pas la *litis contestatio* (51). Paul qui expose cette doctrine, contrairement à l'avis d'Ariston, pense que l'on doit se préoccuper surtout de l'intention du demandeur, parce que le défendeur soutiendra toujours n'avoir pas donné son consentement: ce motif avait été déjà mis en avant par Celsus (52). Enfin la *litis contestatio* fait sentir son influence

27. L. 55, *De jud.*, V, 1; L. 5 § 11, *De peculio*, XV, 1; L. 76 § 1; L. 85 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1.

28. *Pomponius*. — « Stipulatio autem est verborum conceptio. » L. 5 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1. « Sublatæ sunt istæ legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus. » *Gaius*, IV, 50.

29. L. 126 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1.

50. « Judicium, quin acciperet in ea ipsa verba, quæ Nævius edebat, non recusasse. » *Cic. Pro Quintio*, 20. Cf. L. 52, *De reg. jur.*, I, 17.

51. *Paul.* « Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in judiciis Ariston existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit, nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam in invitum redditur; et ideo actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse. » L. 85 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1.

52. L. 61, *De jud.*, V, 1.

sur le droit porté en justice tout entier ; la stipulation même conçue en ces termes si larges : QUIDQUID TE DARE FACERE OPORTET, n'embrasse que les prestations échues (53). Le soin que prennent les jurisconsultes de faire remarquer les différences qui séparent la *litis contestatio* et la stipulation, et l'absence de toute comparaison avec les autres espèces de contrats indiquent nettement que dans leur pensée ces deux actes appartiennent à une même classe de contrats, les contrats formels.

54. Nous ne pouvons, faute de renseignements, suivre le développement de cette théorie du contrat judiciaire, comme on dit aujourd'hui, ni surtout en rechercher l'origine. On est réduit sur ce point à des conjectures. On a supposé que le contrat, qui constitue à l'époque classique la *litis contestatio*, serait un vestige d'un contrat primitif conclu *per æs et libram* (54). Ce contrat aurait supposé plusieurs opérations : dans les actions *in personam*, il serait intervenu une *nexi obligatio* pour l'hypothèse d'une condamnation et une *nexi liberatio* pour celle d'une absolution ; dans les actions *in rem*, il y aurait eu du côté du demandeur *mancipatio rei* pour le cas éventuel d'absolution, et de la part du défendeur engagement de payer la *litis æstimatio* au cas de condamnation. Ces conjectures trouvent un appui dans un passage où Gaius dit que l'*obligatio judicati* s'éteint *per æs et libram* (55). Il y a là un argument d'analogie, qui n'est pas sans valeur, mais il ne suffit pas, en l'absence d'autres témoignages, à faire admettre l'existence d'un contrat judiciaire *per æs et libram* (56).

Il nous paraît plus sûr de voir dans la théorie du contrat

53. Paul. « Quum stipulamur : quidquid te dare facere oportet, id, quod præsentis die duntaxat debetur, in stipulationem deducitur, non, ut in judiciis, etiam futurum. » L. 76 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1. Cf. LL. 89 et 125, *cod.*

54. Mayer, *Litis Contestatio*, p. 121 et 151 ; Liebe, *Stipulation*, p. 255.

55. « Est etiam alia species imaginariæ solutionis per æs et libram ; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per æs et libram gestum sit, sive quid ex causa judicati debeatur. » Gaius, III, 175. *

56. Rudorff, qui avait précédemment émis l'idée que la *litis contestatio* dériverait d'un *nexum*, a abandonné cette opinion (*Röm. Rechtsg.*, § 71, II, p. 254, note 17).

de *litis contestatio* un vestige de cette idée fondamentale, qui explique tant de particularités de la procédure romaine, à savoir que tout procès n'est au fond qu'un compromis, ainsi que l'atteste cette phrase de Paul, qui paraît un peu étrange, si on la juge à un point de vue moderne : *Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur* (57). Cela est vrai surtout si on se place à l'époque des *legis actiones* et dans l'hypothèse d'une *legis actio sacramento* ; ici l'instance a pour base un pari, c'est-à-dire un contrat : c'est ce contrat qui joue le principal rôle, le droit litigieux restant toujours au second plan.

Il est difficile de savoir si on considérait encore sous Justinien la *litis contestatio* comme un contrat ; il semble toutefois, à en juger d'après les termes de la Nouvelle 55, que cette manière de voir avait persisté. (58).

55. On s'occupera dans un chapitre spécial des obligations créées par la *litis contestatio*. Il suffit pour le moment de faire remarquer que les parties, en acceptant le *judicium*, se soumettent par avance aux conséquences de la condamnation ou de l'absolution (59), ce qui entraîne pour elles l'obligation de s'abstenir de tout acte, qui pourrait changer leur situation respective, aussi bien que l'impossibilité de se prévaloir des événements, qui viendraient la modifier durant l'instance.

57. L. 1, *De receptis*, IV, 8. Ce point important de l'histoire de la procédure romaine a été fort bien mis en relief par Ihering (*Geist des röm. Rechts*, § 12, I, p. 167 et 169).

58. Nov. 55, pr.

59. Ulpien. « Si quis apud aliquem iudicem iturus stipulatus est iudicatum solvi, et agit apud alterum, non committitur stipulatio, quia non hujus iudicis sententiæ fidejussores se subdiderunt. » L. 5 pr., *Jud. solvi*, XLVI, 7.

CHAPITRE III.

Influence de la **LITIS CONTESTATIO** sur la marche de l'instance.

SECTION PREMIÈRE.

FIXATION DES ÉLÉMENTS DU LITIGE.

36. A l'époque des *legis actiones*, la *litis contestatio* n'a guère d'influence sur la marche du procès. Les éléments du litige sont fixés par les paroles sacramentelles qui accompagnent les solennités de la *legis actio*. Ces paroles sont portées à la connaissance du *judex* par l'exposé sommaire que font les plaideurs de tout ce qui s'est passé *in jure* (*causæ conjectio*). Le témoignage des personnes qui ont assisté à la procédure devant le magistrat et auxquelles les parties ont adressé l'expression consacrée : *TESTES ESTOTE*, ne vient que corroborer leurs allégations (1).

37. L'influence de la *litis contestatio* apparaît sous le système formulaire : elle donne alors à l'instance sa forme définitive. A cette époque en effet la *litis contestatio* coïncide avec la délivrance de la formule, et les effets de ces deux actes se confondent. C'est la formule qui fixe l'objet précis du litige et les personnes qui y figureront. Sur tous ces points, l'accord des parties sanctionné par le magistrat est décisif et la formule une fois délivrée ne peut en principe recevoir de

1. Gaius, IV, 15. — Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, I, p. 185.

changement (2). Ainsi les plaideurs ne sauraient d'un commun accord changer le *judex*, substituer un tiers à l'un d'entre eux, ni modifier en quoi que ce soit la question qui est soumise au *judex*. Si, en effet, le *judicium acceptum* constitue un contrat entre les parties, celles-ci n'y sont pas seules intervenues et leur consentement a eu besoin d'être consacré par le magistrat. Toute modification qui procède de leur seule volonté doit donc être considérée comme non avenue. Cela est surtout sensible pour la personne du *judex* : celui-ci doit tenir ses pouvoirs d'un magistrat investi de l'*imperium* (3), et les parties seraient impuissantes à les lui conférer. A l'inverse, le magistrat ne peut pas en général faire subir de modifications à la formule sans l'assentiment des plaideurs : c'est que la formule, quoique délivrée par le magistrat, est surtout l'œuvre des parties.

Le principe de l'immutabilité de la formule est rigoureusement observé pour toutes les dispositions relatives à l'objet du *judicium*. Toute modification, fût-ce même le redressement d'une simple erreur matérielle, ne peut avoir lieu que par voie de *restitutio in integrum*, moyen extraordinaire dont l'emploi montre que la règle avait conservé ici l'empire le plus complet (4).

Le principe comporte au contraire des dérogations importantes en ce qui concerne la personne du *judex* ou celle des plaideurs.

58. La première classe de dérogations est la conséquence naturelle de l'idée que la *litis contestatio* établit un rapport contractuel entre les parties. Ce *vinculum juris*, comme l'appelle Sénèque, n'engage en rien le magistrat qui conserve toujours le droit de retirer au *judex* les pouvoirs qu'il lui a confiés (5). Il ne saurait lier davantage le *judex*, qui n'a pas

2. « Jam primo vinculo tenentur, et mutare illis formulam non licet. » Sen. *Epist.*, 107.

3. L. 58, *De judiciis*, V, 1.

4. Gaius, IV, 57 et 125. — Keller, *Civilpr.*, § 68, trad. Capmas, p. 518 ; Accarias, *Précis*, II, p. 861.

5. Paul. « *Judicium solvitur vetante eo, qui judicare jusserat.* » L. 58, *De judiciis*, V, 1. Cf. L. 12 pr., *eod.*; L. 12 pr., *De re jud.*, XLII, 1. — Keller, *Civilpr.*, § 68, trad. Capmas, p. 515 ; Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, II, p. 514.

besoin d'être présent lors de sa nomination et l'ignore le plus souvent (6) : il pourra donc se faire décharger de ses fonctions, soit en présentant une excuse (7), soit en jurant *sibi non liquere* (8). La *mutatio iudicis* peut en outre être nécessitée par la mort de ce dernier (9), l'état de démence où il est tombé (10), son élévation à une charge qui le place sur le même rang que le magistrat qui a organisé l'instance (11), ou enfin par l'institution d'héritier que fait en sa faveur une des parties en cause (12). Il est probable que, dans ces différents cas, on suivait pour le choix du nouveau *judex* les mêmes règles que pour la nomination du premier, et que le magistrat laissait aux parties le soin de le désigner (13).

59. La seconde classe d'exceptions concerne les parties engagées dans l'instance. Voici les hypothèses très-fréquentes où il y a lieu à *mutatio partis*.

Lorsque l'un des plaideurs vient à mourir pendant l'instance, le *judicium* doit être transporté de la tête du défunt sur celle de l'héritier (14). Si la formule ne recevait pas de changement, le *judex* devrait condamner le défunt : or, toute sentence contre une personne qui n'existe pas au moment où cette sentence est rendue est nulle (15). Une semblable modification était nécessaire, quand le droit litigieux avait fait l'objet d'une cession, soit que l'on se trouvât dans les cas exceptionnels où l'aliénation de la *res litigiosa* n'était pas prohibée (16),

6. *Papinien*. « Neque enim in addicendo presentia vel scientia iudicis necessaria est. » L. 59 pr., *De iudiciis*, V, 1. Cf. L. 25 § 8, *De æd. ed.*, XXI, 1.

7. LL. 18 pr., 46 et 76, *De iudiciis*, V, 1. Cf. L. 15, § 3, *De vacat.*, I, 5.

8. L. 56, *De re jud.*, XLII, 1. — A. Gell. *Noct. att.*, XIV, 2, 25. ¶

9. LL. 52 et 60, *De iudiciis*, V, 1; L. 6, *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7. — Festus, v° *subditus*, éd. Müller, p. 545.

10. L. 46, *De iudiciis*, V, 1.

11. L. 58, *cod.*

12. L. 17, *cod.*

13. Kellner, *Civilpr.*, § 68, trad. Capmas, p. 514, note 807.

14. *Paul.* « Paulus respondit. tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. » L. 8 § 1, *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7. Cf. L. 48, *Fam. exc.*, X, 2; L. 29, *De op. lib.*, XXXVIII, 5. — L. 4, C., *De in lit. jur.*, V, 53.

15. *Paul.* « Idem respondit. adversus eum, qui in rebus humanis non esset, quum iudex datus est, neque iudicis dationem valuisse. neque sententiam adversus eum dictam vires habere. » L. 2 § 1, *Quæ sent. sine app.*, XLIX, 8.

16. L. 13, *Fam. exc.*, X, 2; L. 9, *Fin. reg.*, X, 1.

soit que le droit litigieux fût partie d'une hérédité vendue (17).

Un changement de la formule peut encore être nécessaire quand un *pater familias* a intenté l'action *injuriarum* pour une offense faite à son fils. Si le père s'absente, abandonne les poursuites ou émancipe ce fils, celui-ci a intérêt à continuer en son nom l'action commencée (18). A l'inverse, lorsqu'un *filius familias* vient à mourir, les créanciers qui avaient agi contre lui peuvent poursuivre le procès contre le père et obtenir une condamnation *de peculio* ou *de in rem verso* (19). Enfin l'action noxale dirigée contre le possesseur d'un *statuliber* ou d'un homme *in servitute*, doit passer sur la tête de ce dernier, quand il est devenu libre dans le cours de l'instance, soit que la condition à laquelle était subordonné son affranchissement se réalise dans l'intervalle (20), soit qu'il ait fait reconnaître sa condition d'homme libre (21).

Il y a enfin un grand nombre d'hypothèses où la substitution d'une personne à une autre n'est plus commandée par la nécessité, mais est souvent fort utile dans la pratique.

Les plaideurs ont commencé par agir en personne et ils veulent ensuite se substituer un représentant; à l'inverse, ils désirent faire passer sur leur tête le *judicium*, qui a été engagé par un *cognitor* ou un *procurator* (22), ou remplacer un représentant par un autre (23). Les parties ont à cet égard toute liberté et une disposition de l'Édit du préteur consacre formellement ce droit (24). Le représentant peut de son côté se substituer une autre personne ou se faire décharger de ses fonctions pour de justes motifs (25).

17. L. 2 § 8, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 2. — Bethmann-Hollweg. *Rom. Civilpr.*, II, p. 455.

18. L. 17 § 14, *De injuriis*, XLVII, 10.

19. Ulpien. « Mortuo filio post litis contestationem, transfertur judicium in patrem duntaxat de peculio et quod in rem ejus versum est. » L. 37, *De judiciis*, V, 1.

20. L. 15, *De nox. act.*, IX, 4.

21. L. 25 § 4, *De lib. causa.*, XL, 12.

22. L. 17-27, *De procur.*, III, 5; L. 46, *cod.*

23. L. 17 pr.; L. 27 § 1, *eod.*; L. 6 § 5, *Quod cuj. univ. nom.*, III, 1.

24. *Fr. Vat.* 541.

25. L. 24, *De procur.*, III, 5; L. 8 § 5; L. 45 § 1, *Mandati*, XVII, 1; L. 4 § 5, *De appell.*, XLIX, 1. — LL. 8, 11 et 22, C. *De procur.*, II, 15.

40. Toute substitution d'une personne à une autre dans la formule constitue une *translatio judicii* et nécessite l'intervention du magistrat qui ne l'accorde que *cognita causa* (26). La *translatio judicii* consiste dans un simple changement de noms et n'atteint pas la formule, quand il s'agit d'une *mutatio judicis*. En cas de *mutatio partis*, les modifications ne portent en général que sur la *condemnatio* : au nom de la partie qui figurait d'abord dans l'instance, le magistrat substitue celui de la personne qui prend sa place (27). D'ailleurs la *translatio judicii* ne change en rien le caractère de l'instance qui doit se dérouler au lieu où elle a été organisée (28) et dans les mêmes conditions (29). Le nouveau défendeur échappe à l'infamie qui l'atteindrait si l'action eût été d'abord dirigée contre lui, lorsque le défendeur primitif ne devait pas l'encourir (30). De même il sera condamné dans la mesure fixée par le *jusjurandum in litem* de l'adversaire, si le défendeur originaire eût dû l'être : les textes font l'application de cette idée aux héritiers du tuteur, qui ne produisent point toutes les pièces relatives au compte de tutelle (31). Du principe que la *translatio judicii* n'aggrave en rien la situation des parties, il résulte que le plaideur primitif a le droit de réclamer de son nouvel adversaire les garanties spéciales qu'il doit lui fournir, si ce dernier est un *cognitor* ou un *procurator*. Au contraire ces garanties deviennent inutiles, quand un représentant est remplacé par la partie en cause. (32)

41. La théorie de la *translatio judicii* a dû disparaître avec l'emploi des formules (33). On la trouve en effet mentionnée, peut-être pour la dernière fois, dans un rescrit de Constantin de l'année 319 (34). Or la suppression des formules date de

26. LL. 17, 25 et 27, *De procur.*, III, 5.

27. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 452; Accarias, *Précis*, II, p. 862. Keller paraît disposé à croire que les modifications s'étendaient à l'*intentio* dans les actions *in jus conceptæ*. *Civilpr.*, § 68, trad. Capmas, p. 317.

28. L. 34, *De judiciis*, V, 1.

29. LL. 60 et 76, *cod.*

30. L. 14, *De his qui not. inf.*, III, 2.

31. L. 8 § 1, *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7; L. 4, C. *De in lit. jur.*, V, 55.

32. L. 1 § 2, *Quib. mod. pign.*, XX, 6.

33. Accarias, *Précis*, II, 909.

34. L. 22, C. *De procur.*, II, 15.

l'année 542. Dans la procédure nouvelle la *litis contestatio* a presque complètement perdu l'influence qu'elle exerçait sur la marche du procès : elle ne donne plus à l'instance sa forme définitive puisque les parties peuvent toujours changer la cause ou l'objet de l'action et que le juge doit corriger d'office les erreurs qu'elles ont commises (55). La *litis contestatio* consiste alors dans un exposé contradictoire des prétentions des parties, qui est destiné surtout à préciser les faits que chacune d'elles aura à prouver.

SECTION II.

LA LITIS CONTESTATIO ET LES EXCEPTIONS.

42. La matière des exceptions présente une des applications les plus importantes du principe de l'immutabilité de la formule et fournit ainsi un des exemples les plus frappants de l'influence de la *litis contestatio* sur la marche de la procédure.

Les exceptions, du moins sous la forme où nous les connaissons, n'étaient pas en usage dans la procédure des *legis actiones* (56). Toutefois, avant l'accomplissement de la *legis actio*, le magistrat examinait s'il était compétent, si les parties étaient capables d'ester en justice, si l'action qu'on intentait n'avait pas été déjà consommée par une première *legis actio*. Suivant les résultats de cet examen sommaire, il prêtait ou refusait son concours (57). La *litis contestatio* marquait la fin des solennités de la *legis actio*; elle ne pouvait avoir aucune influence sur les moyens de défense, qui tenaient alors lieu d'exceptions et étaient présentés au début de la procédure *in jure*.

55. L. 1 § 5. C. *De plus pet.*, III, 10; Inst. *De act.*, IV, 6 § 54. — Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, III, p. 260.

56. « Nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. » Gaius, IV, 108.

57. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, I, p. 124; Karlowa, *Legisaktionen*, p. 545 et 547.

43. Le développement des exceptions est étroitement lié aux progrès du système formulaire. L'exception se présente alors comme une condition, dont l'existence doit amener l'absolution du défendeur ou tout au moins une diminution de la condamnation (38). Cette restriction, qui est apportée à l'ordre de condamner donné au *judex*, doit prendre place dans la formule; autrement celui-ci ne saurait en tenir compte, obligé qu'il est d'obéir à l'ordre formel du préteur: *judex condemna* (39). Le défendeur doit donc avoir soin d'invoquer *in jure* les exceptions qu'il entend faire valoir contre l'*intentio* de son adversaire. Dès que la formule a été délivrée et qu'il y a eu ainsi *litis contestatio*, il n'est plus recevable à les proposer (40).

44. Cet effet se produit sans réserves à l'égard des exceptions dilatoires, ainsi que l'atteste Julien à propos de l'exception *præjudicii* (41). La *præscriptio fori* ou exception d'incompétence était traitée comme une exception dilatoire; mais la *litis contestatio* avait moins d'importance ici parce que le magistrat devait examiner d'office la question de compétence (42).

45. La règle est moins absolue en ce qui concerne les exceptions péremptoires. Le défendeur doit les proposer *in jure* dans les actions *in rem* (43) et dans les actions *in personam stricti juris* (44). Dans les actions de bonne foi, au contraire, le défendeur n'est tenu de faire insérer dans la formule que

38. Gaius, IV, 119; L. 22 pr., *De exc.*, XLIV, 1.

39. Cic. *In Verr. act.* II^a, II, 12.

40. Ulpien. « Sed et si susceperit actionem fideicommissi, et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest. » L. 52 pr., *De judiciis*, V, 1.

41. Julien. « Si post litem de hereditate contestatam res singulæ petantur, placet non obstare exceptionem: QVOD PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT; futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatæ sunt. » L. 15, *De exc.*, XLIV, 1. Cf. pour l'*exceptio procuratoria*, L. 8 § 2; L. 40 § 3, *De procur.*, III, 3. — Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 401.

42. L. 5. *De judiciis*, V, 1.

43. LL. 48 et 65 pr., *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Pellat, *Exposé des principes généraux de la propriété*, p. 304.

L'exception de dol n'avait pas besoin d'être insérée dans la formule de la *petitio hereditatis*. (LL. 38, 44 et 58, *De her. pet.*, V, 3); toutefois cette doctrine paraît avoir rencontré des résistances. (L. 59 § 1, *eod.*).

44. L. 7 § 1, *De doli mali et met. exc.*, XLIV, 4.

les exceptions qui ne peuvent pas se ramener à l'exception de dol (45). Dans les *judicia bonæ fidei* en effet le *judex* a des pouvoirs plus étendus : telle est l'énergie de ces mots : *EX FIDE BONA*, qui suivent *l'intentio* du demandeur, que le *judex* ne peut reconnaître ses prétentions qu'autant qu'elles sont conformes à la bonne foi et que la persistance du plaideur à les faire valoir ne constitue pas un acte de dol (46). De là cette règle qui soustrait le défendeur à l'obligation de proposer ici l'exception de dol avant la *litis contestatio*. Quant aux actions *in factum*, on leur appliquait la règle des actions de bonne foi ou celle des actions de droit strict, selon que la rédaction de leur formule les rapprochait davantage de l'une ou de l'autre de ces deux classes d'actions (47).

46. Si le défendeur avait omis de réclamer l'insertion de l'exception dans la formule et avait ainsi accepté un *judicium purum*, il pouvait en résulter pour lui un préjudice considérable. Le préteur venait à son secours à l'aide d'une *restitutio in integrum*, qui était accordée plus aisément pour les exceptions péremptoires que pour les exceptions dilatoires. Gaius rapporte même qu'à l'égard de ces dernières on discutait si la *restitutio in integrum* était possible (48).

La suppression du système formulaire diminua beaucoup l'influence que la *litis contestatio* exerçait sur le droit d'opposer les exceptions.

47. Les exceptions de procédure, c'est-à-dire celles qui sont relatives à la compétence du juge, à la capacité des plaideurs ou à la forme de l'action et qui en qualité d'exceptions dila-

45 *Exceptio doli mali*. — L. 21, *Sol. matr.*, XXIV, 5; L. 84 § 5, *De leg. I*°, XXX.

Exceptio pacti conventi. — L. 3, *De resc. vend.*, XVIII, 5. Cf. Keller, *Civilpr.*, § 35, trad. Capmas, p. 149 et 150.

46. *Fr. Vat.*, 94.

47. Helmolt, *Exceptionen*, p. 169. Ainsi l'action d'injures se rapprochait à beaucoup d'égards des actions de bonne foi. L. 54 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7. LL. 16, 17 § 2, 18 pr., *De injur.*, XLVII, 10. Cf. Keller, *Civilpr.*, § 88, trad. Capmas, p. 454, note 1117.

48. « Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendæ exceptionis gratia; dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quæritur. » Gaius, IV, 125. Cf. L. 2, C. *Sent. rescindi*, VII, 50.

loires étaient nécessairement insérées dans la formule, doivent encore être proposées avant la *litis contestatio*. Ainsi l'exception d'incompétence doit être invoquée *ab initio* : si le défendeur garde le silence, il est réputé y renoncer (49). Le droit de récuser le juge suspect ne peut être exercé après la *litis contestatio* (50). De même le défendeur doit opposer avant cette époque l'incapacité du représentant qui agit pour son adversaire ou l'insuffisance de son mandat (*exceptio procuratoria*) (51). Enfin l'exception *præjudicii* et l'exception *litis per transactionem finitæ* devaient, à raison même de leur objet, être proposées avant la *litis contestatio*. C'est ce qui résulte de l'ordre des titres du livre III du Code : le titre *De ordine judiciorum* (VIII), où il est traité de l'exception *præjudicii*, précède immédiatement le titre *De litis contestatione* (IX).

Les autres exceptions dilatoires, les exceptions dilatoires relatives au fond, sont aussi restées soumises à la règle ancienne : elles doivent être proposées à peine de déchéance avant la *litis contestatio* (52). Elles sont en général comprises parmi les moyens de défense présentés par le défendeur dans la réponse (*contradictio*) opposée par lui aux prétentions du demandeur contenues dans la *narratio* (53). Julien, en 565, donna une sanction à cet usage en infligeant une amende aux avocats, qui tenteraient de se prévaloir dans le cours de l'instance d'une exception dilatoire, qu'ils auraient omis de proposer au début (54).

48. A l'époque classique, les exceptions péremptoires,

49. *Constantin*. 331. « Nemo post litem contestatam ordinariæ sedis declinet examen... » L. 4, C. *De jurisd.*, III, 13.

Honorius et Théodose II. 415. « Præscriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse, legum decrevit auctoritas. » L. 65, C. Th. *De appell.*, XI, 30. Cf. L. 15, C. *De exc.*, VIII, 36.

50. L. 16, C. *De judiciis*, III, 1; Nov. 96, cap. 2, § 1.

51. L. 13, C. *De procur.*, II, 13. *Consult. vet. jur.*, V, § 2 VI, § 2.

52. *Dioclétien et Maximien*. 294-302. « Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod asseverat, oportet. » L. 19, C. *De prob.*, IV, 19.

53. Puchta, *Instit.*, § 185, II, p. 252; Helmolt, *Exceptionen*, p. 273; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, III, p. 265.

54. L. 12, C. *De exc.*, VIII, 36.

comme les exceptions dilatoires, devaient être proposées avant la *litis contestatio*. Dans la procédure des *cognitiones extraordinariæ*, on continua en général à les comprendre dans la *contradictio* et à les opposer ainsi au début de l'instance. Toutefois il n'y a plus là rien de nécessaire et le défendeur a maintenant le droit d'invoquer jusqu'au jugement et même en appel une exception péremptoire omise (55).

49. Il est assez difficile de préciser l'époque où la *litis contestatio* a perdu l'influence qu'elle exerçait sur le droit de proposer les exceptions péremptoires. On peut croire que la règle ancienne a survécu à la suppression du système formulaire (56) et qu'on a maintenu en principe l'obligation pour le défendeur d'invoquer les exceptions péremptoires *in limine litis*; en effet la réforme de Dioclétien ne fit pas disparaître l'usage des formules, qui ne furent abolies que par les fils de Constantin. Mais la *restitutio in integrum* était alors accordée si facilement, qu'on en était venu à la considérer comme une simple formalité et qu'on a pu dire, ainsi que le font quelques constitutions, que les exceptions péremptoires pouvaient en fait être proposées jusqu'au jugement. Cette opinion paraît justifiée par deux rescrits de Dioclétien et de Maximien, dont la date se place entre 294 et 305. Ils décident tous deux que les exceptions péremptoires omises *in initio* peuvent être proposées en tout état de cause. L'un de ces rescrits (L. 2, C. *Senten-*

55. L. 2, C. *Sent. rescindi*, VII, 50; L. 8, C. *De exc.*, VIII, 56. — Puchta, *Instit.*, § 185, II, p. 252; Helmolt, *Exceptionen*, p. 275; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, III, p. 268; Accarias, *Précis*, II, p. 908.

56. Deux rescrits d'Alexandre Sévère (L. 4, C. *De exc.*, VIII, 56; L. 10 § 1, C. *De fid.*, VIII, 41), dont le premier date de 225, pourraient faire croire, à première vue, que le défendeur avait le droit, dès cette époque, de proposer jusqu'à la sentence les exceptions péremptoires. Mais dans le premier rescrit (L. 4, C. *De exc.*, VIII, 56), l'empereur ne dit pas que le défendeur puisse invoquer en tout état de cause des exceptions non proposées; il constate simplement que tant qu'il n'a pas été rendu de sentence les moyens déjà plaidés conservent toute leur valeur. Cf. Wieding, *Libellpr.*, p. 220. L'autre rescrit (L. 10 § 1, *De fid.*, VIII, 41) permet au fidéjusseur de proposer l'exception de division *ante condemnationem*; mais il ne saurait fournir d'argument puisque les mots *ante condemnationem* doivent s'entendre bien plutôt de la partie de la formule que de la sentence de condamnation elle-même, qu'Alexandre Sévère appelle dans une autre constitution *condemnatio iudicis* (*Consult. vet. jurec.*, IX, 16). L'expression *ante condemnationem* équivaut ici à *ante litem contestatam*. Cf. Wieding, *op. cit.*, p. 225; Accarias, *Précis*, II, p. 362, note 1.

tiam rescindi) exige encore le préliminaire d'une *restitutio in integrum* (57); l'autre (L. 8, . *De exceptionibus*) pose la règle d'une façon générale (58); ce qui montre que cette *restitutio in integrum* n'était qu'un acte de pure forme et qu'en fait le droit de proposer les exceptions péremptoires ne cessait plus avec la *litis contestatio*. Toutefois le renvoi, que les empereurs font aux dispositions de l'Édit perpétuel, indique que l'on considérait toujours les principes anciens comme en vigueur, quoique leur application fût fort restreinte.

Ils paraissent avoir été abandonnés dans le cours du quatrième siècle. On voit en effet, en 378, les empereurs Valens, Gratien et Valentinien II ordonner au défendeur de proposer ensemble toutes les exceptions péremptoires, qu'il entendait faire valoir, au lieu de les présenter isolément (59); ce qui nous indique que les règles anciennes étaient déjà tombées en désuétude et que la *litis contestatio* avait perdu toute influence sur le droit de proposer les exceptions. Toutefois le rescrit de 378 n'était pas un retour aux principes anciens; dans un autre rescrit de la même année adressé, comme le premier, à Thalassius, proconsul d'Afrique, les empereurs décident bien que le défendeur sera déchu du droit d'appel à l'égard de toute exception péremptoire omise, mais ils recommandent au juge de tenir un certain compte de cette exception, quand il rend la sentence (60). Sous Justinien, les exceptions péremptoires peuvent être proposées en tout état de cause jusqu'au jugement

57. *Dioclétien et Maximien*. 294-305. « Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam iudicatum contra majores annis viginti quinque non oppositæ præscriptionis velamento, citra remedium appellationis, rescindi non potest. » L. 2, C. *Sent. rescindi*, VII, 50.

58. *Dioclétien et Maximien*. 294-305. « Præscriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet. » L. 8. C. *De exc.*, VIII, 56.

59. « Quoniam evenire potest, ut multæ præscriptiones peremptoriæ litigatoribus competant, ne in uno eodemque negotio per singulas necesse sit sæpius provocari, toties ad nos referri, omnes peremptorias præscriptiones, quas sibi quisque putaverit competere, cogatur expromere... » L. 57, C. Th. *De appell.*, XI, 50.

60. L. 24, C. Th. *Quor. appell.*, XI, 56. — Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, III, p. 269.

définitif : c'est ce que prouve l'insertion au Code des rescrits précités de Dioclétien et de Maximien et ce qui est attesté du reste par deux scholiastes des Basiliques contemporains de Justinien, Thalalæus et Théodore (61).

50. Dans ces derniers temps, la doctrine traditionnelle, qui vient d'être exposée et qui remonte aux glossateurs (62), a été très-vivement attaquée par Wieding. Suivant lui, on n'aurait pas fait de distinction, même sous Justinien, entre les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires; la règle ancienne serait restée debout et toutes les exceptions auraient dû, comme par le passé, être proposées avant la *litis contestatio* (63). Cet auteur part de l'idée que, si les exceptions dans la procédure formulaire devaient être proposées avant la *litis contestatio*, cela ne tenait pas seulement à ce qu'il fallait les insérer dans la formule, c'était surtout parce que la *litis contestatio*, organisait l'instance d'une façon définitive; or ce motif subsiste nonobstant la disparition des formules. Il cherche ensuite à écarter les arguments tirés des constitutions précitées et, pour cela, il suppose qu'elles ont trait à des hypothèses exceptionnelles où l'on obtenait une *restitutio in integrum*. Mais cette explication est contredite par la l. 8, C. *De exceptionibus*, qui ne mentionne en aucune façon la circonstance d'une *restitutio in integrum*. Il invoque enfin à l'appui de sa thèse les termes de cette même loi 8 et ceux d'un autre rescrit de Dioclétien et de Maximien (64), qui parlent d'une *exceptionis contestatio*, qui aurait eu lieu *in limine litis*; mais ces expressions font seulement allusion à l'usage où l'on était de comprendre les exceptions péremptoires dans la *contradictio*; elles n'indiquent pas qu'il y ait eu là une obligation (65).

61. Basil. IX, I, 95; Ll. IV, 21 et 25.

62. Azon. *In Codicem*, Parisiis, 1577, p. 284.

63. Wieding, *Libellpr.*, p. 211 et 254.

64. *Dioclétien et Maximien*. 294-305. « Præscriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam... » L. 8, C. *De exc.*, VIII, 56.

Dioclétien et Maximien. « Eunt bona fide, contra præsentem decennii præscriptionem, cujus initio contestationem haberi sufficit » L. 9, *De præscr. long. temp.*, C. VII, 55.

65. Telle était déjà l'opinion d'Azon qui disait, à propos de la loi 9, *De præscr.*

SECTION III.

POSSIBILITÉ D'UNE SENTENCE NONOBTANT LE DÉFAUT DE L'UNE DES PARTIES.

51. La *litis contestatio* permet au procès de se poursuivre et d'aboutir à un jugement, même en l'absence de l'un des plaideurs.

La présence des parties, qui était indispensable pour l'accomplissement des solennités de la *legis actio*, n'était pas moins nécessaire pour la constitution du *judicium* sous le système formulaire. L'obligation imposée au défendeur de comparaître *in jure* et d'accepter le *judicium* est supposée dans un grand nombre de textes (66). Elle s'explique par la nature même de la *litis contestatio* qui, comme tout contrat solennel, exige pour sa formation la présence simultanée des parties. Mais le *judicium* une fois accepté, le défaut de l'un ou de l'autre des plaideurs n'est plus un obstacle à ce que l'instance suive son cours (67).

Quand une des parties ne comparaisait pas au terme fixé devant le *judex*, la loi des Douze Tables, prescrivait d'attribuer le gain du procès à la partie présente (68). Ce principe est encore suivi à l'époque classique, mais il a reçu des adoucissements.

52. Lorsque le défendeur fait défaut, le *judex* ne doit plus, comme autrefois, le condamner sans examen : la formule en effet ne lui enjoint de condamner le défendeur qu'autant que le demandeur réussit à faire la preuve de son droit. Si ce dernier y parvient, ce qui lui sera facile en l'absence de son

longi temp.: « ibi dicitur ex voluntate, non ex necessitate. » *In Codicem*, p. 284.

66. L. 45 § 5; L. 44; L. 45 pr., *De procur.*, III, 5; L. 10. *De adm. et per.*, XXVI, 7.

67. Il faut bien entendu qu'une des parties au moins soit présente; si toutes deux laissent passer le jour fixé pour la comparution devant le *judex*, celui-ci ne peut statuer et l'affaire s'éteint par péremption. L. 5 § 1, *Que in fr. cred.*, XLII, 8.

68. POST MERIDIEM PRESENTI LITEM ADDICITO. A. Gell. *Noct. att.*, XVII, 2, 10. Cf. Cic. *In Verr. act. II^a*, II, 17; Liv. XXXIX, 18; Festus, v° *supremum*, éd. Müller, p. 505.

adversaire, celui-ci sera condamné (69). Mais il est possible aussi que le défendeur défaillant obtienne gain de cause (70). Ce tempérament apporté à la règle primitive de la loi des Douze Tables fut consacré par un rescrit d'Antonin le Pieux (71).

Est-ce au contraire le demandeur qui fait défaut, le défendeur présent peut réclamer son absolution et le *judex* doit la prononcer, parce que la condition, à laquelle est subordonnée la condamnation, ne s'est pas réalisée : le demandeur n'a pas fait la preuve de son droit (72).

55. Un autre adoucissement à la règle de la loi des Douze Tables consiste à adresser des sommations à la partie défaillante pour la mettre en demeure de se présenter. Cet usage paraît s'être introduit sous l'Empire; en effet du temps de Cicéron, quand une des parties ne comparaisait pas au jour fixé, la sentence n'en était pas moins prononcée le jour même (73). A l'époque classique, on exige en général une triple sommation pour que le défaillant doive être réputé *contumax* et pour qu'une sentence puisse être valablement rendue contre lui (74). A ces conditions, le jugement (*remondicium*) (75) a force de chose jugée et il ne peut pas être attaqué par la voie de l'appel (76). Il faut, pour le faire tomber, recourir à une *restitutio in integrum* (77). On voit donc que le but de la *litis contestatio*, qui est d'assurer la marche

69. L. 52 § 18, *Pro socio*, XVII, 2. — L. 15 § 5, C. *De judiciis*, III, 1.

70. Ulpien. « Et post edictum peremptorium impetratum, quum dies ejus supervenerit, tunc absens citari debet... et pronuntiabitur, non utique secundum præsentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet. » L. 75, *De judiciis*, V, 1. — Keller, *Civilpr.*, § 69, trad. Capmas. p. 520; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 605.

71. L. 1, C. *Quom. et quando judex*, VII, 45.

72. Ulpien. « Nec soleat quis absentem condemnari. » L. 6 § 5, *De conf.*, XLII, 2. Cf. L. 28 pr., *De appell.*, XLIX, 1.

73. Cic. *In Ferr. act. II^o*, II, 17.

74. LL. 68-75; L. 75, *De judiciis*, V, 1. Paul. *Sent.*, V, 5a, § 7. Peut-être les trois édits, dont parlent Paul et Ulpien, n'étaient-ils usités qu'en cas de *cognitio extraordinaria* et recourait-on pour les *judicia* à la *denuntiatio*. Cf. en ce sens Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 606. *Contra* Accarias, *Précis*, II, p. 909.

75. L. 7 § 12, *De min.*, IV, 4; L. 15 pr., *Jud. solvi*, XLVI, 7.

76. L. 75 § 5, *De judiciis*, V, 1. — L. 15 § 4, C. *De judiciis*, III, 1; L. 11, C. *Quom. et quando jud.*, VII, 45.

77. L. 7 § 12, *De min.*, IV, 4; LL. 1 et 2, C. *Quib. ex causis. maj.*, II, 54.

de l'instance, est atteint nonobstant l'absence de l'une des parties.

Cet effet important de la *litis contestatio* a disparu dans la procédure des *cognitiones extraordinariæ*, où la présence des deux parties n'est plus nécessaire pour que l'instance puisse s'engager et où l'on peut arriver à un jugement par défaut, sans qu'il soit intervenu de *litis contestatio* (78).

78. L. 11, *Quom. et quando jud.*, VII, 43. Nov. Valentin. III, VIII, § 2 (éd. Hænel, col. 155). Nov. 55, cap. 4, § 1; Nov. 69, cap. 3 pr.
Nov. 53, cap. 1; Nov. 69, cap. 3 pr.; Nov. 112, cap. 5.

CHAPITRE IV.

De l'effet obligatoire de la **LITIS CONTESTATIO**.

54. Dans le chapitre II, nous avons considéré la *litis contestatio* dans sa nature intime.

Il importe, avant d'examiner ceux de ses effets, qui se rattachent à cet ordre d'idées, d'étudier en elles-mêmes les obligations auxquelles donne naissance la *litis contestatio*.

Nous laisserons de côté l'obligation qui incombe au demandeur de se soumettre à l'issue éventuelle du *judicium* ; nous nous occuperons seulement de celle qui naît à la charge du défendeur et que Gaius nous révèle par ces quelques mots si expressifs : *Incipit autem teneri reus litis contestatione* (1).

55. Gaius caractérise les diverses transformations du droit porté en justice, en reproduisant cette vieille maxime qu'il emprunte vraisemblablement aux jurisconsultes des derniers temps de la République : *Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (2). Il semble donc admettre l'existence de trois obligations successives à la charge du défendeur. On trouverait ainsi entre l'obligation originaire et celle qui résulte du jugement une obligation intermédiaire créée par la *litis contestatio* et tendant à un *condemnari oportere*.

1. Gaius, III, 180.

Papinien. « Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat.... » *Fr. Vat.*, 352.

2. « Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam.... » Gaius, III, 180. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 47.

56. Keller et après lui plusieurs interprètes modernes, parmi lesquels figure Huschke, prennent les termes de Gaius à la lettre : ils croient que le *condemnari oportere* constituait une véritable obligation (3). Cette manière de voir est en opposition avec un passage de Marcien, qui ne semble pas supposer d'intermédiaire entre l'obligation originaire et celle qui résulte de la condamnation (4). Du reste, s'il y avait là une véritable obligation, ce ne serait pas une obligation civile, puisqu'elle ne serait pas garantie par une action. Or Julien et Ulpien nous attestent formellement que la *litis contestatio* donne naissance à une obligation civile (5). Ce caractère essentiel de l'obligation civile fait défaut au *condemnari oportere* : il ne constitue donc pas une obligation proprement dite.

57. L'absence d'une véritable obligation tendant à un *condemnari oportere* une fois constatée, il convient de rechercher ce que les jurisconsultes dont Gaius emprunte le langage ont pu entendre par ces expressions : *Post litem contestatam condemnari oportere*. Deux explications ont été proposées (6).

D'après Krüger (7), les termes précités de la maxime indiqueraient les changements que fait subir au droit originaire (*dare oportere*) son insertion dans la formule. Non-seulement

3. Keller, *Litis Cont.*, p. 126, note 1; *Civilpr.*, § 71, trad. Capmas, p. 528; Huschke, *Gaius*, p. 167.

4. « Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem legis et auctoritatem sententiæ, non probo; semel enim causa transire videtur ad condemnationem, et inde pecunia deberi. » L. 16 § 6, *De pign. et hyp.*, XX, 1. De même Pomponius emploie pour désigner la *litis contestatio*, l'expression : « Tempus quo lis in condemnationem deducitur. » L. 5 § 5, *De act. empti*, XIX, 1. Cf. Keller, *Civilpr.*, § 60, trad. Capmas, p. 263, note 702.

5. « Et post litem contestatam sivejussor accipi potest, quia et civilis, et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur. » L. 8 § 3, *De fid.*, XLVI, 1.

6. On ne saurait en effet s'arrêter à l'idée que les mots : *Post litem contestatam condemnari oportere*, feraient allusion au caractère pécuniaire de toute condamnation. Les termes mêmes du premier membre de la maxime (*dare oportere*) indiquent qu'elle se rapportait surtout aux *condictiones*; or en matière de *condictiones*, il n'y a presque aucun intérêt à faire remarquer que toute condamnation doit être pécuniaire.

7. *Consumtion*, p. 47.

il est désormais soumis à des conditions, mais encore sa consistance peut être restreinte par l'effet d'une *taxatio* ou de l'exception *ejus quod facere potest*; de plus le bénéfice peut en être attribué ou la charge imposée à d'autres personnes que celles qui figurent dans l'obligation originaire. Cette explication est trop peu précise pour que l'on puisse s'en contenter.

Une autre interprétation a été proposée par Bekker (8), et elle nous paraît bien préférable : l'expression *condemnari oportere* désignerait simplement l'obligation qui incombe au défendeur de comparaître *in judicio* et de ne point priver son adversaire des avantages d'une sentence contradictoire. Il semble en effet que la présence du défendeur ait toujours été indispensable pour qu'il pût être rendu un véritable jugement. Julien (9) et Paul (10) ne reconnaissent pas force de chose jugée à la sentence prononcée en l'absence de l'une des parties. Cette obligation de défendre *in judicio* est mentionnée dans la loi Rubria (11). Ulpien y fait allusion quand il suppose des fidéjusseurs qui ne se sont obligés que pour la *litis exercitatio* et qu'il leur accorde une exception après le jugement (12); l'obligation qu'ils devaient garantir se plaçait donc entre la *litis contestatio* et la sentence, et elle n'était autre vraisemblablement que l'obligation de défendre *in judicio*. Cette obligation sans doute n'était pas créée uniquement par la *litis contestatio*; mais on pouvait très justement l'y rattacher. La *litis contestatio* était le point de départ de la procédure *in judicio*; n'était-il pas naturel d'en faire dériver une obligation destinée

8. *Consumption*, p. 297. Bethmann-Hollweg adopte en partie les idées de Bekker. *Röm. Civilpr.*, II, p. 515.

9. « Quæsitum est, quum alter ex litigatoribus febricitans discessisset, et iudex absente eo pronuntiasset, an jure videretur pronuntiasse. Respondit, morbus soticus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt... igitur si rei iudicande tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. » L. 60, *De re jud.*, XLII, 1.

10. « Ea quæ altera parte absente decernuntur, vim rerum iudicatarum non obtinent. » *Sent.*, V, 5 a, § 6. Cf. L. 47 pr., *De re jud.*, XLII, 1.

11. « Eunve, quei se sponsione iudiciove uti oportebit non defenderit... tantæ pecuniæ, quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos ambigetur, dum taxat [HS] XV sine fraude sua duci iubeto. » Cap. XXI, 17 (Bruns, *Fontes*, p. 95).

12. « Et si quidem iudicati actionis acceptus non est [fidejussor], sed tantum litis exercitationis, rectissime dicetur, uti eum exceptione posse.... » L. 8 § 5, *De fid.*, XLVI, 1.

à assurer au *judicium* sa solution régulière. Telle nous paraît avoir été l'idée des jurisconsultes romains, quand ils écrivaient ces mots : *Post litem contestatam condemnari oportere*.

58. L'obligation de défendre *in judicio* n'est que la conséquence de l'obligation qu'a contractée le défendeur en acceptant la formule de se soumettre à la décision du *judex* et d'exécuter la condamnation, engagement qu'Ulpien résume ainsi : *Judicis sententiæ se subdidit* (15). C'est cette obligation qu'il nous reste à étudier.

Dans la procédure formulaire le *judex* reçoit, au moment de la *litis contestatio*, l'ordre de condamner le défendeur sous certaines conditions. Lorsqu'il en constate l'existence il condamne, et cette condamnation donne naissance à l'action *judicati*. Mais le *judex* ne condamne qu'en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par le préteur dans la formule acceptée par les parties. L'origine de l'action *judicati* remonte donc au *judicium acceptum* et par suite l'obligation qu'elle sanctionne est créée par la *litis contestatio*. C'est la *civilis obligatio* dont parlent Julien et Ulpien (14).

Ce point de vue paraît bien être celui d'Ulpien, ainsi que l'indiquent divers passages de son commentaire sur Sabinus. Dans l'un emprunté au livre XLVI, il approuve une décision de Celsus, qui n'admettait pas que l'action *judicati* fût novée par la stipulation *judicatum solvi* (15). Or il est impossible que cette stipulation ait eu lieu après le jugement : il en résulte donc que l'action ou plutôt, comme l'appelle Ulpien, l'*obligatio judicati* existait déjà auparavant. Dans le livre XLVII, il indique clairement que cette action *judicati* naît avant la sentence ; il suppose en effet des fidéjusseurs qui ont accédé

15. « Si quis apud aliquem judicem iturus stipulatus est judicatum solvi, et agit apud alterum, non committitur stipulatio, quia non hujus judicis sententiæ fidejussores se subdiderunt. » L. 3 pr., *Jud. solvi*, XLVI, 7.

14. « Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis, et naturalis subest obligatio ; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur. » L. 8 § 3, *De fid.*, XLVI, 1.

15. « Idem Celsus ait, judicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari ; merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut fidejussoribus cautum sit, non ut ab obligatione judicati discedatur. » L. 8 § 3, *De nov.*, XLVI, 2.

à l'obligation dont elle est la sanction et il se demande quelles exceptions ils pourront invoquer, lorsque le défendeur aura été condamné (16). Dans le livre XLIX, il oblige le vendeur d'une hérédité, qui a intenté une action héréditaire, à transmettre au cessionnaire l'action qui résulte de la *deductio in iudicium* et qui ne peut être autre que l'action *judicati* (17). Enfin dans un fragment du livre XXIX de son commentaire sur l'Édit, il rattache l'*obligatio judicati* au contrat intervenu entre les parties au moment de la *litis contestatio* (18).

On trouve, il est vrai, des textes (19) qui reportent la naissance de l'*obligatio judicati* au moment de la sentence. Cela n'a rien de surprenant; car c'est à cette époque-là seulement que l'existence de l'obligation devient définitive et que l'action qui la garantit commence à être efficace. On comprend que des jurisconsultes préoccupés du résultat pratique n'aient fait remonter l'*obligatio judicati* qu'à la sentence. Ces textes ne contredisent donc pas l'opinion que nous avons présentée d'après Bekker (20).

59. L'*obligatio judicati* date de la *litis contestatio*. Ce n'est pas encore, il est vrai, une *obligatio judicati* proprement dite, puisqu'il n'y a pas de chose jugée. L'existence de cette obligation ne devient définitive que par le jugement; mais à partir de la *litis contestatio*, il y a le germe d'une obligation qui reçoit sa perfection de la sentence et qui a une certaine

16. « Et si quidem judicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis, rectissime dicetur, uti eum exceptione posse; si vero acceptus fuerit etiam totius causæ, cessabit exceptio. » L. 8 § 5, *De fid.*, XLVI, 1.

17. « Sed et si novaverit, vel in iudicium deduxerit actionem, præstare debet hanc ipsam actionem, quam nactus est. » L. 2 § 8, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4.

18. « Idem [Papinianus] scribit judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod et Marcellus putat etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. » L. 5 § 11, *De peculio*, XV, 1. Cf. L. 10 § 5, *De in rem verso*, XV, 5. — Bekker, *Aktionen*, II, p. 179, note 15.

19. Gaius, III, 180; L. 55, *De nov. act.*, IX, 4; L. 9 § 8, *De pec.*, XV, 1; L. 57 § 6, *De operis lib.*, XXXVIII, 1; L. 4 § 7, *De re jud.*, XLII, 1.

20. *Consumption*, p. 295; *Aktionen*, II, p. 179; Bethmann-Hollweg (*Arm. Civilpr.*, II, p. 512 et 515) expose un système qui se rapproche beaucoup de celui de Bekker.

analogie avec les droits soumis à une condition suspensive : son existence est en effet subordonnée à l'issue du procès, à la condamnation ou à l'absolution du défendeur. Il faudrait toutefois se garder d'assimiler absolument cette obligation imparfaite à une obligation conditionnelle. Dans l'*obligatio judicati*, ce n'est pas seulement l'existence de l'obligation, c'est encore son *quantum* qui dépend de la sentence, tandis qu'en matière d'obligations conditionnelles, le montant est fixé d'avance et c'est l'existence seule qui est en question.

60. Les Romains n'ont pas de dénomination technique pour désigner l'*obligatio judicati* dans cette première phase de son existence : ils donnent à cette obligation imparfaite, qui procède de la *litis contestatio*, le nom de l'obligation parfaite et ils l'appellent tantôt *obligatio judicati* (21), tantôt *actio judicati* (22).

61. L'*obligatio judicati* consistait en une dette d'une somme d'argent, puisque toute condamnation était pécuniaire dans la procédure formulaire. Le montant de cette obligation était déterminé par le chiffre de la condamnation prononcée contre le défendeur. Il en résulte que son contenu pouvait différer de celui de l'obligation originale grâce à l'insertion dans la formule d'une *taxatio* ou de clauses telles que *de peculio*, *in quantum facere potest*. Cette différence entre l'*obligatio judicati* et l'obligation originale est encore plus accentuée dans les actions *in rem* et dans les actions *in personam* qui n'ont pas pour objet une somme d'argent : dans les unes, un droit de créance est substitué à un droit réel ; dans les autres, c'est seulement l'objet du droit qui est transformé.

Une modification plus importante est le changement de cause. Le défendeur cesse d'être tenu en vertu du fait juridique, contrat ou délit, qui a donné naissance à l'action dirigée contre lui ; son obligation nouvelle dérive de la *litis contestatio*, c'est-à-dire du contrat intervenu entre les parties : c'est une obligation *ex contractu*. On en tirait cette conséquence que l'*obligatio judicati* pouvait, comme toute autre obliga-

21. L. 5 § 11, *De peculio*, XV, 1 ; L. 8 § 3, *De nov.*, XLVI, 2.

22. L. 8 § 3, *De fid.*, XLVI, 1 ; L. 8 § 3, *De nov.*, XLVI, 2.

tion *ex contractu*, être poursuivie de *peculio* contre le père, même quand il s'agissait de délits commis par son fils (23).

La condamnation du défendeur au paiement d'une somme d'argent n'est pas la seule issue désavantageuse du procès qui puisse l'atteindre; il est possible que le *judex*, avant de le condamner, lui ordonne de restituer l'objet qu'il détient ou de fournir à son adversaire la satisfaction réclamée ainsi que cela a lieu dans les actions arbitraires. L'engagement qu'a pris le défendeur d'exécuter la sentence emporte l'obligation d'obéir à une semblable *pronuntiatio*. L'*obligatio judicati* peut donc dans les actions arbitraires avoir pour objet non seulement une somme d'argent, mais encore un fait, la restitution ou l'exhibition de l'objet réclamé; elle présente alors une certaine analogie avec une obligation alternative, puisque le défendeur peut toujours échapper à une condamnation en exécutant l'ordre qui lui est donné par le *judex*.

62. En résumé, la *litis contestatio* met à la charge du défendeur une double obligation: l'une munie d'action, mais conditionnelle et qui peut être invoquée à l'aide de l'action *judicati* une fois la sentence prononcée (*obligatio judicati*); l'autre pure et simple, qui impose au défendeur l'obligation d'accomplir certains actes pendant l'instance et qui par suite est efficace dès la *litis contestatio*, mais ne le demeure que jusqu'à la sentence (*obligatio litis exercitationis*). A l'obligation pure et simple correspond la *clausula de re defendenda* dans la stipulation *judicatum solvi*, et à l'obligation conditionnelle la *clausula de re judicata*.

63. Pour qui considérait seulement l'extinction du droit originaire et la naissance de l'action *judicati*, les deux événements les plus importants du procès, le *judicium* pouvait ressembler beaucoup à une novation que l'on devait placer soit au moment du *judicium acceptum* où naît l'*obligatio judicati*, soit lors du jugement, qui décide de l'existence de cette obligation. Si on tenait compte de l'obligation de défendre *in judicio* qui incombait au défendeur, on pouvait dire que l'obliga-

23. L. 3 § 11, *De peculio*, XV, 1.

tion originale, le *dare oportere*, subsiste jusqu'à la *litis contestatio*; à ce moment commence un *condemnari oportere*, le défendeur devant faire tout ce qui lui est possible pour qu'un jugement efficace soit rendu; cette obligation transitoire disparaît avec la sentence et le défendeur n'a plus qu'à exécuter la condamnation (*judicatum facere oportere*) (24). Voilà comment a dû se former la maxime tripartite que Gaius nous rapporte après en avoir donné une paraphrase qui n'est peut-être pas parfaitement exacte (25).

24. D'après Ihering, la maxime : *Ante litem contestatam...* serait l'expression de cette idée que tout procès a trois phases : la phase préparatoire, qui est destinée à fixer le point précis du litige et se termine à la *litis contestatio (in jure)*; l'instance proprement dite, qui se déroule devant le *judex (in judicio)*; la phase de l'exécution. La première phase correspond à la forme primitive et extrajudiciaire de la prétention; la seconde phase à la forme qui lui est donnée par la *litis contestatio* et la troisième phase à celle qu'elle prend après le jugement. *Geist des rom. Rechts*, § 50, III, p. 26.

25. Les termes de la maxime : *Post condemnationem judicatum facere oportere*, indiquent que le défendeur est tenu d'exécuter la condamnation, mais ils ne disent pas que cette obligation ne prend naissance qu'au moment où la condamnation est prononcée.

CHAPITRE V.

Interruption de la prescription opérée par la **LITIS CONTESTATIO.**

64. Le nouveau lien créé par la *litis contestatio* est, en raison même de son caractère contractuel, à l'abri des événements qui pouvaient atteindre le droit primitif dans son existence et le faire disparaître. Ce chapitre et le suivant vont être consacrés à examiner dans quelle mesure la *litis contestatio* fait obstacle à l'extinction du droit (déduit en justice) par l'effet de l'usucapion, de la *præscriptio longi temporis*, de la prescription, ou de la mort de l'une des parties. Ce sont ces effets importants de la *litis contestatio*, que Gaius exprimait par la maxime : *Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent* (1).

SECTION PREMIÈRE.

INFLUENCE DE LA *LITIS CONTESTATIO* SUR L'USUCAPION ET LA *PRÆSCRIPTIO LONGI TEMPORIS*.

65. La *litis contestatio* n'interrompt pas l'usucapion : de nombreux textes supposent en effet qu'une usucapion peut s'accomplir *intra moras litis* (2). L'usucapion est en

1. L. 159, *De reg. jur.*, L, 17.

2. Paul. « Si rem alienam emero, et quum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. » L. 2 § 21, *Pro emptore*, XLI, 4. Cf. L. 2, *Pro donato*, XLI, 6 ; L. 17 § 1 ; L. 18 ; LL. 20 et 21, *De rei vind.*, VI, 1 ; L. 35, *De verb. sign.*, L, 16.

effet un mode d'acquisition de la propriété, qui s'opère dès que les conditions requises se trouvent réunies. Or les poursuites dirigées contre le possesseur en voie d'usucaper ne font pas disparaître ces conditions, c'est-à-dire la *justa causa* et la bonne foi. On considère sans doute à certains égards le possesseur comme étant de mauvaise foi depuis la *litis contestatio*; mais il est de principe que la survenance de la mauvaise foi ne fait point obstacle à l'usucapion (3). Quant à la condition de possession, elle ne reçoit aucune atteinte, puisqu'il est de règle dans la revendication que la chose litigieuse reste entre les mains du défendeur jusqu'à la fin de l'instance (4).

Une semblable usucapion ne pourra sans doute entraver la marche du procès, ni soustraire le défendeur à une condamnation, parce que le *judex*, ainsi qu'on le verra plus loin, doit toujours se reporter pour son appréciation au moment où la *litis contestatio* a eu lieu et qu'alors le défendeur n'avait aucun droit (5). Mais la sentence ne pourra de son côté invalider les actes de disposition que le défendeur aura faits après l'accomplissement de l'usucapion. Aussi était-il d'usage que celui-ci fournit au demandeur des garanties contre les actes de ce genre qu'il aurait pu consentir (6). Cette acquisition de propriété ainsi réalisée après la *litis contestatio* avait encore pour effet d'empêcher une exécution *manu militari* de l'*arbitrium de restituendo* (7).

66. La *litis contestatio* avait une toute autre influence sur la *longi temporis præscriptio* qu'elle interrompait d'une façon absolue (8). La *longi temporis præscriptio* ne constituait pas

3. L. 43, *De usurp.*, XLI, 3

4. Constantin, dans un rescrit de 314, semble considérer le possesseur comme ayant cessé d'avoir une possession utile pour l'usucapion à partir de la *litis contestatio*. L. 10, C. *De acq. vel ret. poss.*, VII, 52.

5. Papinien. « Usucapio frustra complebitur anticipata lite. » *Fr. Vat.*, 12.

6. L. 18, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 196, note 1; Unterholzner, *Verjährung*, § 54, p. 254.

7. Pellat, *op. cit.*, p. 576. — La *litis contestatio* n'empêche pas davantage l'extinction des servitudes par non-usage. L. 10, *De usufr. accresc.*, VII, 2; L. 5 § 5, *Si usufr. pet.*, VII, 6; L. 8 § 4, *Si serv. vind.*, VIII, 5.

8. Dioclétien et Maximien, 294-305. « Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis præscriptio, post moram litis contestatæ completa, proficit quum post motam controversiam in præteritum æstimetur. » L. 10, C. *De*

en effet, comme l'usucapion, un mode d'acquisition de la propriété, mais seulement une fin de non-recevoir contre l'action en revendication, qui était invoquée à l'aide d'une *præscriptio pro reo*. Ces *præscriptiones* devaient, comme toute exception, être insérées dans la formule, et pour cela il fallait que le laps de temps requis pour la *longi temporis præscriptio* se fût accompli au moment de la *litis contestatio*; sinon il n'en était tenu nul compte. C'est ce résultat que Dioclétien indique dans une de ses constitutions, quand il dit en parlant de la *longi temporis præscriptio* : *Post litem contestatam in præteritum æstimatur* (9).

L'interruption produite par la *litis contestatio* a une telle efficacité qu'une nouvelle *præscriptio* ne pourra plus s'accomplir au profit du possesseur, quoique celui-ci reste ensuite en possession un laps de temps assez long pour fonder une nouvelle *longi temporis præscriptio*. Telle est la décision formelle d'un rescrit sans date de Septime Sévère et de Caracalla (10). Ce système est difficile à justifier dans une législation qui n'exige la bonne foi qu'au moment de l'entrée en possession. Aussi Cujas a-t-il cru qu'on faisait exception au principe dans cette hypothèse spéciale et qu'on considérait ici le défendeur comme constitué de mauvaise foi par l'effet de la *litis contestatio* (11). Cette conjecture, qui est due à l'influence du droit canonique, ne paraît pas admissible ; elle n'est pas justifiée par les textes et il est certain que dans une matière analogue, celle des restitutions de fruits, on n'a jamais assimilé le

præscr. longi temp., VII, 55. Cf. L. 2, *cod.*; L. 26, C. *De rei vind.*, III, 52. Ces textes appartiennent tous au règne de Dioclétien; mais ils ne font que reproduire la doctrine de l'époque classique. Cf. L. 1, *De præscr. longi temp.*, VII, 55.

9. *Dioclétien et Maximien. 294-305.* « *Moræ litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longæ possessionis præscriptionem, quæ post litem contestatam in præteritum æstimatur.* » L. 26, C. *De rei vind.*, III, 52. Cf. L. 10, *De præscr. longi temp.*, VII, 55.

10. *Septime Sévère et Antonin.* « *Quod si prior possessor inquietatus est, etsi postea per longum tempus, sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis præscriptione.* » L. 1, C. *De præscr. longi temp.*, VII, 55.

11. *Comm. in tit. XXXIII, De præscr.*, lib. VII, *Cod.* (Cujas, *Opera*, IX, col. 1021).

possesseur de bonne foi à un possesseur de mauvaise foi, à partir de la *litis contestatio* (12).

L'effet interruptif de la *litis contestatio*, en matière de *longi temporis præscriptio*, était une conséquence des règles fondamentales de la procédure formulaire. Il survécut néanmoins à la suppression de ce système et un rescrit de Constantin de l'année 551 atteste que la *litis contestatio continua*, comme par le passé, à interrompre la *longi temporis præscriptio* (13).

67. Justinien a fondu en 529 l'usucapion et la *longi temporis præscriptio* en une seule institution (14); mais dans le texte qui consacre cette réforme il ne s'explique pas sur le point qui nous occupe comme sur tant d'autres. De là des divergences entre les interprètes : les uns veulent qu'on applique les anciennes règles de l'usucapion et refusent par suite de reconnaître à la *litis contestatio* un effet interruptif; les autres pensent que l'usucapion transformée fut dorénavant régie par les principes de la *longi temporis præscriptio* et qu'elle put être interrompue.

La première opinion, qui est la plus répandue aujourd'hui (15), s'appuie d'abord sur l'emploi du terme usucapion, qui continue à désigner l'institution transformée (16). Ce motif n'a pas grande valeur : car il se pourrait que Justinien, en conservant la désignation ancienne, n'eût pas maintenu toutes les règles de l'usucapion primitive. On invoque surtout en faveur de ce système une phrase des Institutes, où l'on suppose qu'une usucapion peut s'accomplir *inter moras litis* (17).

12. Savigny, *System*, § 261, VI, p. 57; Desjardins, *Étude historique sur les causes d'interruption de la prescription* (Nouv. revue historique, 1877, I, p. 295).

13. L. 2, C. *Ubi in rem actio*, III, 19.

14. L. un., C. *De usucap. transf.*, VII, 51.

15. Savigny, *System*, § 261, VI, p. 59; Puchta, *Instit.*, § 240, II, p. 567; Demangeat, *Cours*, I, p. 570; Accarias, *Précis*, I, p. 555; Maynz, *Cours*, I, p. 759.

16. Le titre du Code qui contient la constitution de 529 a pour rubrique: *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi* (VII, 51). Les rédacteurs des Institutes, qui ont analysé la constitution précitée de 529 dans le titre qu'ils consacrent à l'usucapion (II, VI pr.), emploient l'expression *usucapiantur*.

17. Inst. *De off. jud.*, IV, XVII, § 3.

L'argument est décisif et il a d'autant plus de force qu'il s'agit là d'un passage, qui très vraisemblablement n'a pas été emprunté à un jurisconsulte classique, mais est l'œuvre de Tribonien et de Théophile.

Dans une seconde opinion, qui a joui autrefois d'une certaine faveur et qui compte parmi ses partisans Doneau (18) et Voët (19), on croit que l'usucapion transformée a toujours comporté une interruption civile. Cette thèse s'appuie principalement sur une constitution de Justinien de 531. L'empereur prévoit le cas où une personne, contre laquelle court une prescription, ne peut agir en justice parce que son adversaire est un absent, un *infans* dépourvu de tuteur ou un fou sans curateur, et il organise un mode particulier d'interruption qu'il applique à l'usucapion des meubles par trois ans, à la *longi temporis præscriptio* et à la prescription de trente ans (20). On en conclut que, si une simple protestation interrompait l'usucapion, la *litis contestatio* devait à plus forte raison avoir cet effet. Mais cette constitution que l'on invoque est une disposition exceptionnelle, où Justinien, préoccupé du résultat pratique qu'il s'agissait d'atteindre, n'a pu songer à relever les différences caractéristiques qui séparaient l'usucapion de la prescription extinctive en cette matière (21).

A côté de la doctrine de Doneau et de Voët, il faut citer deux systèmes fort accrédités jadis, mais qui sont aujourd'hui universellement repoussés. L'un établissait une distinction entre les meubles, pour lesquels aurait été maintenue avec ses règles propres l'ancienne usucapion, et les immeubles, qui seraient restés soumis à la *longi temporis præscriptio*. L'autre est celui de Bartole, qui classait les prescrip-

18. *Comm.*, lib. V, cap. IV, § 9 et cap. XXI, § 2 (Doneau, *Opera omnia*, I, col. 949 et 1110).

19. *Comm. ad Pand.*, lib. XLI, tit. III, § 19, (II, p. 652). Cette opinion a été reprise par M. Ortolan (*Expl. hist. des Institutes*, II, p. 571) et développée avec beaucoup de force par M. Desjardins dans la dissertation précitée (*Nouv. revue hist.*, 1877, I, p. 505).

20. « Et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit. » L. 2, C. *De ann. exc.*, VII, 40.

21. Savigny, *System.* § 261, VI, p. 60.

tions en trois groupes, selon leur caractère plus ou moins favorable et leur appliquait des modes d'interruption différents.

Quoi qu'il en soit de ces diverses opinions, il est certain que dans le dernier état du droit de Justinien, la *litis contestatio* interrompt la prescription acquisitive. Cela résulte d'un passage d'une Nouvelle de 544 (22) et est attesté de la façon la plus nette par un scholiaste anonyme des Basiliques (23).

SECTION II.

INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION DES ACTIONS.

§ 1. Cas dans lesquels il y a lieu à interruption.

68. La théorie de l'interruption de la prescription n'a eu pendant longtemps à Rome qu'une importance secondaire. Le nombre des actions, qui pouvaient s'éteindre par le seul effet du temps, y était fort limité. L'exercice des actions fondées sur le droit civil n'était soumis à aucune condition de ce genre : elles étaient perpétuelles (24). Il en était de même des actions d'origine prétorienne *rei persecutoriaë*, qui servaient à étendre le droit civil (25) : ainsi l'action publicienne, les

22. « Εἰ τις κακῆ πίστεϊ πράγματα νερόμενος ἢ κατὰ πρᾶσιν... ὁ δὲ νομίζων τὰ αὐτὰ πράγματα προσήκειν ἑαυτῷ... μὴ διαμαρτύρηται κατὰ τοὺς νόμους τὸν ἀγοραστήν... » Nov. 119, cap. 7. La Vulgate porte : *non contestatus fuerit secundum leges*. Cette version nous paraît préférable à celle de Hombergk, qu'a reproduite Osenbrüggen : *secundum leges non interpellat* (Kriegel, *Corpus juris*, III, p. 524).

23. « Κατὰ τοῦτο οὖν ἔοικε το αἰρετὸν δικαστήριον κυρίῳ δικαστηρίῳ· καὶ ὅτι ἡ προκάταρξις καὶ ἐπὶ τῷ αἰρετῷ περικόπτει τὸν χρόνον, ὡς ἐπὶ τοῦ κυρίου. » Sch. Bas., VII, II, 1. La traduction : *litis contestatio... usucapionem interpellat*, qu'on trouve dans la version latine des Basiliques, ne rend pas l'énergie des termes grecs : ἡ προκάταρξις... περικόπτει τὸν χρόνον. »

24. Gaius, IV, 110.

25. Paul pose la règle en ces termes qu'il emprunte à un ouvrage de Cassius : « In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut que rei persecutionem habeant, hæ etiam post annum darentur, ceteræ intra annum. » L. 55, pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7. Cf. Gaius, IV, 111.

actions données au *bonorum possessor* ou au *bonorum emptor* étaient également perpétuelles. Toutefois le préteur, en créant de nouvelles actions, fixait parfois un délai, passé lequel elles ne pourraient plus être exercées : *INTRA ANNUM JUDICIUM DABO*, disait-il dans son Édît. C'est ce qu'il fit pour les actions pénales (26), les actions mixtes dans la mesure où elles étaient pénales (27), et quelques actions *rei persequendæ gratia* (28).

Le délai était habituellement d'une année utile (29); pour les actions édiliciennes, il était de six mois et quelquefois même de deux mois utiles (30). Sous l'Empire, on trouve une prescription de cinq ans appliquée par des constitutions à certaines actions, telles que la *proclamatio manumissi in ingenuitatem* (51), la *retractatio collusionis* (52), l'action en contestation du *status* d'une personne décédée (53), la *querela inofficiosi testamenti* (54).

69. Théodose II. en 424, supprima le principe ancien et décida qu'à l'avenir les actions ne dureraient pas plus de trente ans. Il ne faisait là que compléter une réforme introduite déjà pour les actions *in rem* par un de ses prédécesseurs, peut-être par Constantin (55).

La *litis contestatio* ne possédait plus le privilège exclusif de perpétuer les actions de courte durée : Arcadius et Honorius avaient décidé, en 596, que l'*oblatio precum* suivie de

26. L. 21 § 5, *De rer. amot.*, XXV, 2; L. un. § 5, *Si mul. ventr. nom.*, XXV, 6; L. 22 § 6, *De lib. causa.*, XL, 12; L. 1 § 8, *Ne vis fiat*, XLIII, 4.

27. L. 14 § 1, *Quod metus causa.*, IV, 2.

28. Telles étaient l'action *de peculio* (L. 1 §§ 1 et 2, *Quando de peculio*, XV, 2) et l'action rescisoire de l'usucapion (L. 55, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

29. Gaius, IV, 110. Cf. L. 1 § 2, *Quando de peculio*, XV, 2.

30. L. 28; L. 51 § 22; LL. 58 pr. et 48 § 2, *De ord. ed.*, XXI, 1. — L. 2. C. *De ord. act.*, IV, 58. — Paul. *Sent.*, II, 17, § 5.

51. LL. 4 et 5, *Si ingenuus*, XL, 14.

52. L. 2, *De coll. det.*, XI, 16.

53. L. 1 pr., *Ne de statu def.*, XI, 15.

54. L. 8 § 17, *De inoff. test.*, V, 2. Cf. L. 56 § 2, C. *cod.*, III, 28.

55. C'est ce qu'indiquent les premiers mots du rescrit de Théodose II : « Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. » L. un., C. Th. *De act. certo temp. fin.*, IV, 14. Cette constitution a été insérée en partie au Code. L. 5, C. *De præscr. XXX vel XL. ann.*, VII, 59.

l'obtention d'un rescrit impérial suffisait pour rendre perpétuelles les actions annales (56).

Théodose II refuse, il est vrai, d'attribuer en matière d'actions perpétuelles un effet interruptif à l'*oblatio precum* ou à l'introduction d'une demande; mais il fait résulter l'interruption de la signification du *libellus* à l'adversaire (*conventio*) (57). La *litis contestatio* était dès lors dépouillée d'un de ses effets importants. Toutefois l'idée ancienne que la *litis contestatio* opérât seule une véritable interruption se maintint longtemps. On la retrouve encore exprimée, en 525, dans une constitution de Justin, qui présente la détention d'objets hypothéqués comme conservant bien mieux le droit du créancier hypothécaire, que ne pourrait le faire une interruption par voie de *conventio*, parce que la détention, dit l'empereur, imite la *litis contestatio* (58).

§ 2. Caractère et effets de l'interruption opérée par la *litis contestatio*.

70. A l'époque classique, il n'y avait point d'interruption véritable de prescription. Le mot n'est pas prononcé par les jurisconsultes romains et l'idée leur était inconnue. Paul et Ulpien expriment cet effet de la *litis contestatio*, en disant qu'elle perpétue les actions temporaires (59). Gains avait écrit avant eux : *Omnes actiones, quæ tempore pereunt, semel*

56. L. 1, C. *Quando libell. princ.*, I, 20. Cf. L. 2, *eod.* — Unterholzner, *Verjährung*, p. 522, note c.

57. « Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem, meruisse responsum vel etiam judiciis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio. » L. un., C. Th., *De act. certo temp. fin* IV, 14. Le texte du Code est plus explicite: il porte, *fuerit subsecuta per exsecutorem conventio*. L. 5, C. *De præscr. XXX vel XL ann.*, VII, 59.

58. « Et multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta, quum *litis contestationem* imitatur ea detentio. » L. 7 § 5, C. *De præscr. XXX vel XL ann.*, VII, 59. Cf. L. 5, C. *De ann. exc.*, VII, 40.

59. Paul. « *Litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, temporales perpetuantur.* » L. 8 § 1, *De fid. et nom.*, XXVII, 7. Cf. L. 9 § 5, *De jurej.*, XII, 2 (Ulpian).

inclusæ judicio, salvæ permanent (40). Prises à la lettre, ces formules sembleraient indiquer que l'action devenait imprescriptible à partir de la *litis contestatio* : ce qui ne serait pas exact à toutes les époques.

L'engagement de l'instance fait bien tomber la présomption de renonciation, qui est le fondement de la prescription de l'action (41). Mais l'instance, si elle n'est pas suivie, s'éteint au bout de dix-huit mois ou d'une année, selon qu'il s'agit de *judicia legitima* ou de *judicia quæ imperio continentur* (42), et cette extinction entraîne la perte du droit déduit en justice. Le demandeur ne peut en effet ni reprendre l'instance périmée, ni en recommencer une nouvelle, parce que le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'oppose à ce qu'il obtienne une nouvelle formule (43).

Mais les règles de la péremption de l'instance, ainsi qu'on le verra plus loin, ont été abandonnées de fort bonne heure dans les provinces impériales, dont les gouverneurs n'étaient pas soumis au renouvellement annuel. Les dispositions de la loi Julia sur la péremption des *judicia legitima* tombèrent aussi en désuétude et on peut dire qu'au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne les actions étaient vraiment perpétuelles. Septime Sévère et Antonin Caracalla supposent que des poursuites dirigées contre un possesseur ont été discontinuées pendant dix ou vingt ans et rien n'indique dans le rescrit que le demandeur ait éprouvé la moindre déchéance (44). On voit donc que les expressions de Paul et d'Ulpien, rapportées plus haut, ne sont pas inexactes et que de leur temps, sinon du temps de Gaius, la *litis contestatio* rendait vraiment l'action imprescriptible.

71. Cet état de chose dura jusqu'en 424, où Théodose II,

40. L. 159, *De reg. jur.*, I, 17.

41. L. 17 § 6, *De inj.*, XLVII, 10. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 526.

42. Gaius, IV, 104 et 105.

43. Keller, *Litis Cont.*, p. 152.

44. L. 1, C. *De præscr. longi temp.*, VII, 53. Cf. Paul. *Sent.*, V, 2, § 5. Voyez en ce sens M. Desjardins, *Étude hist. sur les causes d'interruption de la prescription* (*Nouv. rev. hist.*, 1877, I, p. 297).

décida dans la célèbre constitution, qui introduisit la prescription trentenaire, que les actions qui cesseraient d'être suivies après la *litis contestatio* s'éteindraient au bout de trente ans (45). La réforme de Théodose II fut appliquée à l'Occident par deux constitutions de Valentinien III, l'une de 449 (46) et l'autre de 452 (47). Toutefois, dans cette dernière constitution, Valentinien III décide que, si les poursuites n'ont été exercées qu'après vingt-cinq ans à dater de l'ouverture du droit, il n'y aura pas lieu à une nouvelle prorogation de trente ans, mais l'action et l'instance se trouveront éteintes cinq ans après l'expiration de la prescription trentenaire primitive.

72. Justinien, obéissant à une préoccupation toute différente, porta de trente ans à quarante le délai de la prescription, qui recommence à courir après l'interruption. Il voulait venir au secours de ceux que la puissance, la disparition de leurs adversaires ou leurs propres infirmités arrêtaient dans leurs poursuites (48).

On trouve dès lors une véritable interruption de la prescription et l'expression se rencontre dans les textes (49). Sans doute la *litis contestatio* est maintenant dépouillée de son effet interruptif transporté à la *conventio*; mais elle a servi jusqu'à Justinien de point de départ à la prescription nouvelle qui recommence à courir (50). Ce prince décida

45. « In eandem rationem illis procul dubio recasuris, que post litem contestatam, in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur. » L. un., C. Th. *De act. certo temp. fin.*, IV, 14.

46. Nov. Valentin. III, tit. XXVI, § 5 (éd. Hænel, col. 214).

47. Nov. Valentin. III, tit. XXXIV, § 12 et 15 (éd. Hænel, col. 250). Cf. Unterholzner, *Verjährung*, p. 364.

48. L. 9, C. *De præscr. XXX vel XL ann.*, VII, 59; L. 1, § 1 C. *De ann. exc.*, VII, 40.

49. *Justin.* 525. « Si non interruptum erit silentium... Per hanc detentionem interruptio sit præteriti temporis, si minus effluxit triginta vel quadraginta annis. et multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta... » L. 7 pr. et § 5, C. *De præscr. XXX vel XL ann.*, VII, 59.

Justinien. 531. « Interruptionem temporis facere... » L. 2, C. *De ann. exc.*, VII, 40. « Esse interrupta temporum curricula... » L. 5, *eod.*

50. *Théodose II.* 424. « Post litem contestatam... triginta denuo annorum curriculo... » L. un., C. Th. *De act. certo temp. fin.*, IV, 14.

Valentinien III. 452. « Sane sicut non coeptam intra tricennium quamlibet

d'une façon générale que cette prescription courrait du dernier acte de procédure fait par l'une ou l'autre des parties (51).

causam vetuimus inchoari, ita quæ contestatæ litis sumpsit exordium... intra eadem tempora terminetur... » Nov. Valentin. III, tit. XXXIV, § 13 (éd. Hænel, col. 251).

51. « Quod tempus, id est, quadraginta annorum spatium, ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit. » L. 9, C. *De præscr. XXX vel XL ann.*, VII, 59. Cf. L. 1 § 1, C. *De ann. exc.*, VII, 40.

CHAPITRE VI.

Influence de la *LITIS CONTESTATIO* sur la transmission des actions.

73. La *litis contestatio* ne prolonge pas seulement la durée des actions : elle a aussi le privilège de les rendre transmissibles aux héritiers. Tel est le sens de cette maxime tant de fois citée de Gaius : *Omnes actiones, quæ morte... pereunt, semel inclusæ iudicio salvæ permanent*. Les restrictions apportées à la transmission de l'action, comme le fait remarquer Keller (1), ne s'appliquent pas au *iudicium*, c'est-à-dire à l'action, qui est arrivée à la fin de la procédure *in jure* et s'est convertie en une instance régulière. La *litis contestatio* assure en effet d'une manière définitive et irrévocable la condamnation ; l'obligation qu'elle crée n'a rien de commun avec le droit originaire, qu'elle vient sinon éteindre, du moins reléguer au second plan, et qui était exclusivement attaché à la personne de l'une des parties : elle constitue une valeur, un élément du patrimoine, et à ce titre elle est essentiellement transmissible.

SECTION PREMIÈRE.

TRANSMISSIBILITÉ ACTIVE.

74. Les actions, comme les droits qu'elles sanctionnent, font partie du patrimoine, et elles passent par suite aux héri-

1. *Litis Cont.*, p 166.

tiers sans que l'on s'inquiète si l'action dérive d'un contrat ou d'un délit, si une instance a été ou non engagée et poursuivie jusqu'à la *litis contestatio* (2). Il y a toutefois des actions qui ne sont pas transmissibles aux héritiers et ne le deviennent qu'après la *litis contestatio* : ce sont les actions *in rem* et, parmi les actions *in personam*, certaines actions pénales.

75. Les actions *in rem* n'étaient données à l'héritier qu'en tant que titulaire lui-même du droit réel et non en sa seule qualité d'héritier. C'est ce qui ressort d'un texte d'Ulpien, où il donne pour motif de la transmission d'une action qu'elle est *in personam* (3). Paul exprime la même idée à propos de l'action *ad exhibendum*, qui est régie par des principes semblables : *heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest* (4). Après la *litis contestatio*, les actions *in rem* passent aux héritiers parce que le *judicium acceptum* a substitué au droit réel une créance contre une personne déterminée.

76. Les actions pénales intransmissibles rentrent soit dans la classe des *actiones populares* (5), soit dans celle des *actiones vindictam spirantes* (6).

Les Romains entendaient par *actiones populares* certaines actions relatives à des questions d'intérêt général que tout citoyen pouvait intenter, bien qu'il n'y eût aucun intérêt personnel. Les principales *actiones populares* étaient les actions prétoriennes *de albo corrupto* (7), *de termino moto* (8), *sepulcri*

2. L. 57, *De acq. her.*, XXIX, 2.

3. L. 1 § 21, *De coll.*, XXXVII, 6. Cf. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 286 et 316.

4. L. 12 § 6, *Ad exhib.*, X, 4.

5. Ulpien. « Quæ autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, intra annum duntaxat competit; neque (in heredem, sed nec heredi similibusque) personis, nam est pœnalis et popularis.... » L. 5 § 5, *De his qui effud.*, IX, 5.

Paul. « Populares actiones non transeunt ad eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto. » L. 7, *De pop. act.*, XLVII, 25. Cf. L. 52 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2.

6. Ulpien. « Heredem autem furti agere posse æque constat; exsecutio enim quorundam delictorum heredibus data est. Ita et legis Aquiliæ actionem heres habet. Sed injuriarum actio heredi non competit. » L. 1 § 1, *De priv. del.*, XLVII, 4. Cf. Gaius, IV, 112; L. 55, *De obl. et act.*, XLIV, 7; Inst. *De perp. et temp. act.*, IV, 12, § 1 — Keller, *Civilpr.*, § 91, trad. Capmas, p. 445; Maynz, *Cours*, I, p. 559; Bekker, *Aktionen*, I, p. 174.

7. L. 7 pr., *De jurisd.*, II, 1.

8. L. 3, *De termino moto*, XLVII, 21.

violati (9), *de effusis et dejectis* (*si homo liber periisse dicetur*) (10), *de positis et suspensis* (11), l'action donnée contre celui qui a ouvert un testament dont l'auteur a été assassiné (12) et l'action édilicienne *de feris bestiis* (13). Il faut joindre à cette énumération les interdits, destinés à protéger les *res divini juris* et les *res publicæ* (14), et, dans le domaine de la *cognitio extraordinaria*, l'action *de collusione detegenda* (15) et l'*accusatio suspecti* dirigée contre un tuteur (16).

Les *actiones populares* ne passaient pas aux héritiers, parce que jusqu'à la *litis contestatio* la faculté d'intenter une action de ce genre ne faisait point partie du patrimoine. Cela est si vrai qu'on ne les faisait pas entrer en ligne de compte pour le calcul de la Falcidie (17) et qu'on ne les comprenait point dans la restitution de l'hérédité *ex Senatusconsulto Trebelliano* (18). Ce caractère des *actiones populares* est la conséquence de la faculté accordée à tout citoyen de les intenter et de l'incertitude qui plane sur le titulaire de l'action. Après la *litis contestatio*, la situation change et l'action entre irrévocablement dans le patrimoine de celui qui l'a intentée (19) et qui doit en retirer un avantage pécuniaire (20) ; il est *creditoris loco*, comme le dit Ulpien (21) ; rien ne s'oppose plus à ce que cette valeur qu'il a acquise se transmette aux héritiers.

9. L. 5 §§ 6 et 12 ; L. 6, *De sep. viol.*, XLVII, 12.

10. L. 1 pr. ; L. 5 § 5, *De his qui effud.*, IX, 5.

11. Toutefois Ulpien fait passer l'action *de positis et suspensis* aux héritiers, sans distinguer si elle a été ou non intentée. L. 5 § 13, *De his qui effud.*, IX, 5.

12. L. 25 § 2, *De Scto Silan.*, XXIX, 5.

13. L. 42, *De æd. ed.*, XXI, 1.

14. L. 1, *De loc. et itin.*, XLIII, 7 ; L. 2 § 34, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8 ; L. 1 § 5, *De via publ.*, XLIII, 11 ; L. 1 § 9, *Ne quid in flum. publ.*, XLIII, 15.

15. L. 1 ; L. 2 § 4 ; L. 5 § 1, *De coll. det.*, XL, 16.

16. L. 1 § 6, *De susp. tut.*, XXVI, 10.

17. *Mæcianus*. « Pœnales actiones, sive legitimæ, sive honorariæ, exceptis popularibus in bonis actoris non ideo minus computandæ sunt, quia morte reorum intercidere possunt. » L. 32 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2.

18. L. 7 pr., *De pop. act.*, XLVII, 23.

19. L. 3 § 10, *De sep. viol.*, XLVII, 12.

20. L. 25 § 2, *De Scto Silan.*, XXIX, 5 ; L. 2 §§ 34 et 44, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8.

21. « Quod si ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse. » L. 12 pr., *De verb. sign.*, L, 16.

77. On comprend sous la dénomination d'*actiones vindictam spirantes* certaines actions destinées à obtenir moins une indemnité pécuniaire qu'une réparation due à l'honneur de la personne (22). Telles sont l'action d'injures (25), l'action *sepulcri violati* (24), l'action *de calumniatoribus* (25), l'action *de effusis et dejectis (si libero nocitum sit)* (26), l'action qu'intente le patron contre l'affranchi qui l'a appelé en justice sans l'autorisation du préteur (27). A côté de ces actions pénales, il faut placer deux actions d'un autre genre, qui ont une certaine ressemblance avec l'action d'injures, la *querela inofficiosi testamenti* (28) et l'action en révocation des donations pour ingratitude (29).

Les *actiones vindictam spirantes* ne passent pas aux héritiers pour le même motif que les *actiones populares* : elles ne font pas partie du patrimoine jusqu'à la *litis contestatio* (30). Aussi le fils émancipé n'est-il point tenu de rapporter une action d'injures, comme il serait obligé de le faire, s'il s'agissait de l'action *furti* (31). Les Romains regardaient comme contraire à la dignité d'un homme libre de recevoir une indemnité pécuniaire pour des coups et blessures ; cette appréciation du préjudice éprouvé par la personne du citoyen l'eût ravalé et mis au rang des esclaves (32). Gaius dit,

22. Julien. « Quum hæc actio [sepulcri violati] non ad rem familiarem ejusdem, magis ad ultionem pertineat. » L. 6, *De sep. viol.*, XLVII, 12.

25. Gaius, IV, 112; L. 10 § 2, *Si quis caut.*, II, 11; L. 2 § 4, *De coll.*, XXXVII, 6; L. 1 § 1, *De priv. del.*, XLVII, 1; L. 13 pr., *De inj.*, XLVII, 10. — Inst. *De perp. et temp. act.*, IV, 12, § 1.

24. LL. 6 et 10, *De sep. viol.*, XLVII, 12.

25. L. 4, *De calumn.*, III, 6.

26. L. 5 § 5, *De his qui effud.*, IX, 3.

27. L. 24, *De in jus voc.*, II, 4.

28. L. 6 § 2; L. 7 et L. 15 § 1, *De inoff. test.*, V, 2; L. 1 § 8, *Si quid infra patr.*, XXXVIII, 5. Toutefois le caractère d'*actio vindictam spirans* est refusé par quelques auteurs à la *querela inofficiosi testamenti*. Cf. Maynz, *Cours*, I, p. 539, note 5; II, p. 96, note 10; III, p. 589, note 7.

29. Fr. Vat., 272. — L. 10, C. *De revoc. don.*, VIII, 56. Cf. Maynz, *Cours*, II, p. 405; Accarias, *Précis*, I, p. 717.

30. Ulpien. « Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. » L. 28, *De inj.*, XLVII, 10.

31. L. 2 § 4, *De coll.*, XXXVII, 6.

32. Ulpien. « Quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire

en effet, à propos de l'action *de effusis et dejectis*, que le *judex* ne doit pas faire entrer en ligne de compte les blessures et les difformités, mais seulement les honoraires du médecin, le prix des médicaments et ce que le blessé a manqué à gagner (53).

On considérait l'exercice de ces actions comme exclusivement personnel à l'offensé : à lui seul il appartenait de demander réparation de l'affront qu'il avait reçu ou d'en tirer vengeance. S'il gardait le silence jusqu'à sa mort, il était réputé avoir pardonné (54) et l'action s'éteignait comme aurait pu le faire un droit d'usufruit (55). Une fois que l'offensé avait manifesté sa volonté d'exiger une satisfaction en intentant l'action et en la poursuivant jusqu'à la *litis contestatio*, son droit se trouvait transformé en la créance d'une somme d'argent. La réalisation de cette créance ne supposait aucune appréciation personnelle : elle pouvait donc passer aux héritiers (56).

78. Il y a toutefois deux actions *ex contractu* qui ne passent jamais aux héritiers.

L'une est l'action qui appartient à l'*adstipulator* (57). L'intransmissibilité de cette action ne s'explique pas suffisamment par l'idée d'un mandat ; le mandat en effet s'éteint aussi bien par la mort du mandant que par celle du mandataire (58) : or la mort du créancier ne fait point disparaître l'*adstipulatio*.

ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium. » L. 5 § 5, *De his qui effud.*, IX, 5.

Gaius. « Liberum corpus nullam recipit æstimationem. » L. 7, *eod.* Cf. L. 3, *Si quadr. paup.*, IX, 1.

53. L. 7, *De his qui effud.*, IX, 5.

54. Ulpien. « Injuriarum actio ex bono et æquo est, et dissimulatione aboletur... » L. 11 § 1, *De injur.*, XLVII, 10.

55. Mæcianus. « Sed ne in actoris quidem bonis, defuncto eo, injuriarum actio poterit computari, quia et ipsa simul cum eo intercidit, ut usufructus, et id, quod in dies, menses annosve singulos alicui, quoad vivat, debeatur. » L. 32 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2.

56. Paul. « Litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte. » L. 8 § 1, *De fid. et nom.*, XXVII, 7.

Ulpien. « Omnes pœnales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt. » L. 26, *De obl. et act.*, XLIV, 7. Cf. LL. 159 et 164, *De reg. jur.*, L, 17, et spécialement pour l'action d'injures L. 15 pr., *De injur.*, XLVII, 10.

57. « Adstipulatoris heres non habet actionem. » Gaius, III, 114 ; IV, 115.

58. Gaius, III, 160.

La raison, selon nous, est que l'*adstipulatio* ne donne pas naissance à une véritable créance au profit du stipulant, et dont par conséquent il puisse faire passer le bénéfice à ses héritiers (59).

De même l'action par laquelle le patron réclamait de ses affranchis les *operæ* promises ne passait pas aux héritiers externes, même après la *litis contestatio* : elle était réservée au fils du patron, bien qu'il ne fût pas héritier (40).

79. La *litis contestatio* perdit peu à peu le privilège exclusif d'opérer la transmission des actions intransmissibles. Une constitution des empereurs Arcadius et Honorius de l'année 596 attribua cet effet à l'*oblatio precum* suivie de l'obtention d'un rescrit impérial (41). Du temps de Théodose II, c'est la signification du *libellus* qui, en règle générale, rend transmissibles les actions attachées à la personne (42).

Enfin Justinien, en 528, fit disparaître les derniers vestiges de l'influence qu'avait exercée la *litis contestatio* en cette matière (45).

SECTION II.

TRANSMISSIBILITÉ PASSIVE.

80. La transmission des actions contre les héritiers est régie par des principes différents suivant qu'il s'agit des actions *in rem* ou des actions *in personam*.

59. Bekker, *Consumption*, p. 187.

40. Ulpien. « Si operarum iudicio actum fuerit cum liberto et patronus decesserit, convenit translationem heredi extraneo non esse dandam : filio autem, etsi heres non extat, etsi lis contestata non fuerat, tamen omnimodo competit, nisi exheredatus sit. » L. 29, *De op. lib.*, XXXVIII, 1.

41. « Dubium non est contestationem intelligi etiam, si nostræ fuerint tranquillitati preces oblatae, easque adversus heredem quoque ejus, in quem porrectæ sunt, vel ab herede ejus, qui meruerit, exerceri. » L. 10, C. Th. *De div. rescr.*, I, 2. Cette constitution se retrouve au Code. L. 1, C. *Quando lib. princ.*, I, 20.

42. L. 1, C. Th. *De act. certo temp.*, IV, 14. Cf. L. 3, C. *De præscr. XXX vel XL ann.*, VII, 59. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, III, p. 262 : Accarias, *Précis*, II, p. 909.

43. L. 53, C. *De don.*, VIII, 54.

Les actions *in rem* n'existant pas à la charge d'une personne déterminée, il ne saurait être question d'une transmission contre les héritiers avant la *litis contestatio* (44). Si le possesseur est décédé avant cette époque, l'action *in rem* ne sera donnée contre son héritier qu'autant qu'il possèdera lui-même ; il sera alors actionné non à titre d'héritier, mais en qualité de possesseur, parce qu'il lèse personnellement le droit auquel son auteur avait aussi porté atteinte. Julien fait l'application de cette idée au cas où le possesseur meurt avant la *litis contestatio*, laissant deux héritiers dont un seul possède (45) ; celui-ci devra être condamné pour le tout, et, si le défunt avait fourni la caution *judicatum solvi*, l'héritier n'en serait pas tenu parce qu'il s'agit d'un autre *judicium* que celui qu'elle était destinée à garantir (46).

Si au contraire le possesseur est mort après la *litis contestatio*, l'instance continue contre les héritiers qui succèdent aux obligations que le *judicium acceptum* a imposées à leur auteur, parce que ces obligations sont considérées comme des obligations contractuelles. La preuve en est que celui d'entre eux qui possède seul l'objet réclamé ne peut néanmoins être condamné que pour sa part héréditaire (47). Du reste les conditions de fait, et notamment la possession, qui sont exigées en général pour qu'une condamnation soit prononcée, ne sont pas moins nécessaires ici : les héritiers seront donc absous, s'ils ont cessé de posséder à l'époque du jugement, à moins

44. Julien. « Quum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes ejus in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factum actio adversus eos reddi debet, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt. » L. 52, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. L. 12 § 6, *Ad exhib.*, X, 4. — Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 286 et 318.

45. Julien. « Si possessor fundi ante judicium acceptum duobus heredibus relictis decesserit, et ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet. » L. 55, *De rei vind.*, VI, 1. Ce texte de Julien est rappelé par Paul. L. 2 § 2, *De stip. præt.*, XLVI, 5.

46. L. 2 § 2, *De stip. præt.*, XLVI, 5. — Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 323.

47. Paul. « Sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est. » L. 2 § 2, *De stip. præt.*, XLVI, 5. Cf. Pellat, *op. cit.*, p. 318 et 325.

que leur auteur n'ait commis quelque faute ou quelque dol dont ils aient tiré profit (48).

Il faut rapprocher des actions *in rem* les actions *in rem scriptæ* dont la transmission s'opère dans les mêmes conditions (49).

81. L'influence de la *litis contestatio* sur la transmission des actions *in personam* est bien moins importante, vu le petit nombre d'actions de cette espèce qui soient intransmissibles.

Les actions nées *ex contractu* ou *quasi ex contractu* sont données contre les héritiers, sans qu'il soit besoin qu'une instance ait été engagée contre le défunt et quand même celui-ci aurait commis un dol (50). Les héritiers étant tenus des dettes de leur auteur, il n'est pas nécessaire que la *litis contestatio* ait mis à leur charge une nouvelle obligation, comme dans les actions *in rem*.

Aux actions dérivant de contrats il faut ajouter deux actions, la *condictio furtiva* (51) et l'action *rerum amotarum* (52), qui ont leur source dans un délit et sont cependant données pour le tout contre les héritiers.

Enfin les actions pénales, quand elles sont *rei persecuendæ causa* (53) ou mixtes (54), passent contre les héritiers dans

48. L. 42, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. L. 52, *eod.*

49. *Ulpian.* « Item adversus heredes ceterosque non jure successionis, sed eo jure quo domini sint, competit. » L. 1 § 17, *Si quadr. paup.* IX, 1. Cf. L. 42 § 2, *De uox. act.*, IX, 4. Pour la transmission passive de l'action *ad exhibendum*. Cf. L. 12 § 6, *Ad exhib.*, X, 4; L. 1 pr., *De priv. del.*, XLVII, 1.

50. *Paul.* « Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti quum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est. » L. 49, *De obl. et act.*, XLIV, 7. Cf. *Gaius*, IV, 115; L. 7 § 1, *Depositum*, XVI, 5; L. 8 § 1, *De fid. et nom.*, XXVII, 7; L. 157 § 2, *De reg. jur.* L, 17. — *Maynz, Cours*, I, p. 559.

51. LL. 5, 7 § 2, et L. 9, *De cond. furt.*, XIII, 1. — *Inst. De obl. ex del.*, IV, 1, § 19. Cf. *Maynz, Cours*, I, p. 457, note 25.

52. L. 6 § 4, *De act. rer. amot.*, XXV, 2. — L. 5, *C. Rer. amot.*, V, 21.

53. *Paul.* « In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quæ rei persecutionem habeant, hæc etiam post annum darentur, ceteræ intra annum. Honorariæ autem, quæ post annum non dantur, nec in heredem dandæ sunt. » L. 55 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7. Cf. L. 5 pr., *De calumn.*, III, 6; L. 10, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5; L. 1 § 8, *Ne vis fiat*, XLIII, 4.

54. L. 16 § 2; L. 19, *Quod metus causa*, IV, 2; L. 17 § 1; L. 26, *De dolo malo*, IV, 5; L. 2 § 8, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2; L. 4 § 2, *De inc.*, XLVII, 9. — *Inst. De lege Aq.*, IV, 5, § 9.

la mesure du profit qu'ils ont retiré du délit, *in id quod ad eos pervenit*. Si en effet les Romains attribuaient un certain caractère pénal à la *rei persecutio* (55), elle était surtout destinée à faire rentrer dans le patrimoine une valeur qui en était sortie. D'ailleurs l'équité ne permettait pas que les héritiers pussent conserver le profit que leur auteur avait pu retirer d'un acte coupable ; on les obligeait d'autant plus facilement à restituer ce bénéfice qu'on ne regardait pas cette restitution comme une peine, mais comme la simple privation d'un gain (56).

82. L'influence de la *litis contestatio* se réduit donc à assurer la transmission des actions pénales proprement dites, qui ne passent contre les héritiers qu'à la condition d'avoir été intentées contre leur auteur (57). Cette règle s'explique par le caractère personnel des peines qui ne doivent frapper que le coupable et ne sauraient atteindre ses héritiers (58). Après la *litis contestatio*, les actions pénales passent contre les héritiers dans la mesure où elles étaient données contre le défunt (59). Dioclétien reproduit ce principe dans une de ses constitutions et il en allègue pour motif qu'il ne faut pas que les héritiers s'enrichissent par les méfaits d'autrui (60). La véritable raison est que les obligations qui sont créées par la

55. L. 4 § 6 ; LL. 6 et 7, *De al. jud. mut.*, IV, 7. Cf. Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, II, p. 297.

56. L. 58, *De reg. jur.*, L, 17. Cf. Bekker, *Aktionen*, I, p. 175.

57. « Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem nec competere, nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. » Gaius, IV, 112. Cf. L. 1 pr., *De priv. del.*, XLVII, 1 ; L. 111 § 1, *De reg. jur.*, L, 17. Il est fait application de cette idée : — aux actions populaires : L. 8, *De pop. act.*, XLVII, 25 ; — à l'action *de effusis et dejectis* : L. 5 § 5, *De his qui effud.*, IX, 2 ; — à l'action *de positis et suspensis* : L. 5 § 15, *eod.* ; — à l'action *injuriarum* : L. 10, § 2, *Si quis caut.*, II, 11 ; L. 52 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2 ; L. 15 pr., *De inj.*, XLVII, 10.

58. *Marcellus*. « In restituendo hujusmodi opere ejus, qui contra Edictum fecit, pœnam versatur ; porro autem in pœnam heres non succedit. » L. 22, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1.

59. *Paul*. « Pœnalia judicia semel accepta in heredes transmitti possunt. » L. 164, *De reg. jur.*, L, 17. Cf. L. 8 § 1, *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7 ; L. 58, *De obl. et act.*, XLIV, 7.

60. *Dioclétien et Maximien*. « Post litis contestationem eo, qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto, successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri, juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur. » L. un., C. *Ex del. def.*, IV, 17.

litis contestatio sont considérées comme contractuelles : or les héritiers succèdent aux obligations de leur auteur nées *ex contractu*.

La question de savoir s'il y avait eu ou non *litis contestatio* avec le défunt avait encore une certaine importance dans l'action *tutelæ directa*. Les héritiers du tuteur ne devaient, aux termes d'une constitution de Septime Sévère et de Caracalla de 197, être condamnés pour une négligence assimilable à une *culpa lata*, que s'il y avait eu *litis contestatio* avec le défunt (61).

83. La *litis contestatio* restait vraisemblablement sans effet à l'égard des actions nées de la *sponsio* ou de la *fidepromissio*, qui n'étaient pas plus transmissibles avant qu'après (62). L'obligation née de la *sponsio* ou de la *fidepromissio* ne constituait pas en effet une véritable dette qui pût être comprise dans les charges grevant le patrimoine du *sponsor* ou du *fidepromissor*. Ceux-ci avaient à leur disposition des moyens si énergiques d'obtenir le remboursement de leurs avances qu'on doit considérer la dette contractée par eux comme ne pesant que sur les biens du débiteur principal.

84. Il s'est produit au Bas-Empire pour la transmissibilité passive la même évolution qui a été signalée plus haut : la *litis contestatio* a peu à peu perdu toute influence et ses effets ont été transportés à la *conventio*.

61. L. 1, C. *De hered. tut.*, V, 54. Cf. L. 8 § 1, *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7.

62. Gaius, III, 120; IV, 115. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 186.

CHAPITRE VII.

Influence de la *LITIS CONTESTATIO* sur la cession des objets et des droits litigieux.

85. La *litis contestatio* apporte de notables restrictions à la faculté de céder le droit porté en justice. Une fois la formule délivrée, il devient incessible en ce sens que la seule volonté des parties ne suffit plus à en opérer le transport. La cession sans doute est valable *inter partes*, mais, pour que le cessionnaire soit substitué au demandeur en qualité de *procurator in rem suam* et obtienne à la place de ce dernier une condamnation contre le cédé, il faut que le magistrat intervienne et accorde une *translatio iudicii*. Le droit romain, à l'époque classique, ne permet d'accorder cette *translatio* ni dans les actions en partage, ni dans la revendication. Dans celle-ci, l'aliénation de l'objet litigieux est même réputée non avenue.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PROHIBITION D'ALIÉNER LA CHOSE LITIGIEUSE A L'ÉPOQUE FORMULAIRE.

86. Il était défendu à tout communiste de céder son droit indivis, si ce n'est du consentement de tous les autres (1). L'aliénation d'une part quelconque, comme le remarque Neratius, aurait eu pour résultat de soustraire la chose entière au

1. L. 15 ; L. 25 § 6, *Fam. etc.*, X, 2. — L. 1, *C. Comm. div.*, III, 57.

partage (2). Cette interdiction concerne aussi bien le possesseur que le non-possesseur et elle s'étend aux meubles comme aux immeubles. On a voulu rattacher cette prohibition à une loi Licinia mentionnée par Marcien (5); mais c'est là une conjecture qui ne nous paraît pas suffisamment justifiée par les textes. On a aussi prétendu que l'interdiction d'aliéner s'appliquait aussi bien avant qu'après la *litis contestatio* (4). Mais cette opinion ne s'appuie que sur le passage précité de Marcien et elle est contredite par les termes très formels de Papien (5) ainsi que par deux rescrits, l'un d'Antonin Caracalla (6) et l'autre de Dioclétien et de Maximien (7), qui ne font commencer la prohibition qu'avec la *litis contestatio*.

87. La loi des Douze Tables défendait de consacrer aux dieux une chose litigieuse, sous peine d'une amende égale au double de la valeur (8). Cette ancienne prohibition, qui était toujours restée en vigueur, fut étendue par un édit d'Auguste, qui frappa de nullité l'aliénation de la *res litigiosa* et punit l'acheteur d'une amende de cinquante sesterces (9).

2. « Ex hereditate Lucii Titii, quæ mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi, deinde familie eriscundæ judicium inter nos acceptum est: neque ea pars, quæ mea fuit, in judicio veniet, quum alienata de hereditate exierit, neque tua, quia, etiamsi remanet in pristino jure hereditariaque est, tamen alienatione meæ partis exit de communione. » L. 54. *Fam. etc.*, X, 2.

5. L. 12, *De alien. jud. mut.*, IV, 7. Cf. en ce sens, Zimmermann. *Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen* (*Archiv für civil. Praxis*, XXXV, p. 457).

Bachofen. *Ausgewählte Lehren*, p. 82, hésite entre une loi ou l'Édit.

4. Zimmermann. *loc. cit.*

5. « Alienationes enim post judicium acceptum interdictæ sunt, duntaxat voluntariæ, non quæ vetustiorum causam et originem juris habent necessariam. » L. 15, *Fam. etc.*, X, 2. Cf. L. 25 § 6, *cod.*

6. *Antonin.* 215. « Hoc videlicet custodiendo, ut post litis contestationem nemo nec partem suam, ceteris ejusdem rei dominis non consentientibus, alienare possit. » L. 1, *C. Comm. div.*, III, 57.

7. *Dioclétien et Maximien.* 295-505. « Falso tibi persuasum est, communis prædii portionem pro indiviso, antequam communi dividendo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi. » L. 5. *C. De comm. rer. al.*, IV, 52.

8. *Gaius, Libro VI ad legem XII Tabularum.* « Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare, alioquin dupli pœnam patimur. » L. 5, *De litigiosis*, XLIV, 6. Cf. Maynz, *Cours*, I, p. 557, note 26.

9. « Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, præterquam quod emptio nullius momenti est, pœnam quinquaginta sesterteriorum fisco repræsentare compellitur. » *Fr. de jure fisci.*, 8. La nullité de

Le but de cette disposition était de mettre le possesseur pendant toute la durée de l'instance à l'abri de nouvelles aliénations et par suite de nouvelles revendications. Le nombre des revendications aurait pu en effet se multiplier à l'infini par des mancipations répétées de la chose litigieuse, et il eût été possible que le défendeur se vit engagé en même temps dans plusieurs procès relativement à un seul et même objet.

88. Le but même de la prohibition indique quelles sont les conditions exigées pour que l'Édit d'Auguste soit applicable. Il faut qu'il s'agisse : 1° du demandeur ; 2° d'un procès sur la propriété ; 3° d'un fonds italique ; 4° de l'intervalle entre la *litis contestatio* et le jugement. Nous allons examiner successivement chacune de ces quatre conditions, en tenant compte des modifications apportées aux règles primitives par les constitutions impériales et la jurisprudence de la période formulaire.

1° La prohibition n'atteint que le demandeur, ainsi que nous l'atteste Gaius (10). Il n'y avait du reste aucun intérêt à l'étendre au défendeur. S'il eût en effet transféré la propriété de la chose revendiquée, une fois devenu propriétaire grâce à une usucapion accomplie *post litem contestatam*, cette translation eût impliqué de sa part un dol ou une faute à l'égard du demandeur. Or il est de principe qu'à partir de la *litis contestatio* le défendeur à la *rei vindicatio*, qui perd la possession de la chose revendiquée par son dol ou par sa faute, demeure néanmoins tenu de l'action et peut être condamné (11). Le défendeur devait en outre fournir caution pour la restitution de la chose.

2° Pour que la chose soit réputée litigieuse, il faut qu'il y ait procès sur la propriété. Justinien, dans une Nouvelle de

l'aliénation était invoquée à l'aide d'une exception appelée par les interprètes *exceptio litigiosi*. Cf. Gaius, IV, 117; L. 1 § 2, *Quæ res pign.*, XX, 5; L. 1 § 1, *De litigiosis*, XLIV, 6.

10. « Item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris eumque a possidente petas. » Gaius, IV, 117. Le *Fr. de jure fisci*, 8, présente une lacune en cet endroit. Cf. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 58; Zimmermann, *op. cit.* (*Archiv für civil. Praxis*, XXXV, p. 431).

11. LL. 63 et 69, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Gaius, IV, 89 et 90.

541, mentionne formellement cette condition (12) et il est à croire qu'il ne fait que reproduire la tradition ancienne.

3° L'Édit d'Auguste ne s'appliquait qu'aux fonds italiques; l'auteur du fragment *De jure fisci* dit en effet que c'est par interprétation qu'il a été étendu aux fonds provinciaux (13). Gaius ne parle que de fonds litigieux, et un texte de Papinien semble indiquer que ce jurisconsulte limitait encore la prohibition aux seuls immeubles (14). Mais Scævola s'était déjà prononcé pour l'extension des dispositions de l'Édit aux choses mobilières, et du temps d'Ulpien et de Marcien l'aliénation des meubles était aussi bien interdite que celle des immeubles (15).

4° La prohibition commence avec la *litis contestatio* et finit avec le jugement.

89. On reconnaît généralement que c'est la *litis contestatio* qui donne à la chose réclamée le caractère litigieux (16). Cela résulte de ces mots du fragment *De jure fisci* (§ 8) : *Res autem litigiosa videtur, de qua apud suum judicem lis delata est*. Cette définition un peu trop vague de la *res litigiosa* est précisée par un texte d'Ulpien : il y déclare d'abord qu'une simple *denuntiatio* ne suffit pas à rendre la chose litigieuse; puis, dans les exemples qu'il prend, il suppose toujours que la *litis contestatio* est intervenue (17). A l'appui du témoignage

12. « Θεσπίζομεν litigiosον λέγεσθαι τε και νοεῖσθαι πρᾶγμα κινητὸν ἢ ἀκίνητον ἢ αὐτοκίνητον, οὗτινος περὶ τῆς δεσποτείας ζήτησις μεταξὺ τοῦ ἐνάγοντος και ἐναγομένου κινεῖται... » Nov. 112, cap. 1. La Vulgate porte : « de cujus dominio causa inter petitem et possidentem movetur... » Cf. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 58.

13. « Sed hoc in provincialibus fundis prava usurpatione obtinuit... » *Fr. de jure fisci*, 8. Cf. Huschke, *Iurispr. anteiust.*, p. 541, note 5.

14. L. 27 § 1, *Ad Scf. Vell.*, XVI, 1.

15. *Marcien.* « Si prædium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat. etiam in pignoribus locum habere exceptionem. Quod, ait Scævola libro tertio variarum Quæstionum, procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat. » L. 1 § 2, *Quæ res pignori*, XX, 5. Ulpien emploie l'expression très générale de *res litigiosa* (LL. 1 et 2, *De litigiosis*, XLIV, 6). Cf. Desjardins, *Du retrait de droits litigieux*, p. 14.

16. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 62; Zimmermann, *op. cit.* (*Archiv für civil. Praxis*, XXXV, p. 446); Maynz, *Cours*, I, p. 557; Accarias, *Précis*, II, p. 863.

17. « Litigiosam rem non facit denuntiatio, quæ impediendæ venditionis causa fit. § 1. Si inter Primum et Secundum sit lis contestata, et ego a Tertio

d'Ulpien, on peut invoquer par analogie ce qui a lieu dans les actions divisoires où l'inaliénabilité des objets compris dans le partage ne date que de la *litis contestatio* (18). Enfin l'expression *res in controversia* dont se servent Marcien et Gaius (19) et qui est souvent employée comme synonyme de *lis* semble bien indiquer que la chose ne devenait litigieuse qu'après la *litis contestatio* : c'est en effet à partir de ce moment que l'objet du litige recevait la dénomination de *lis* comme le procès lui-même (20).

90. A côté de cette première doctrine, il s'est produit une autre opinion, d'après laquelle la chose devenait litigieuse dès que le procès commençait devant le magistrat ; l'*in jus vocatio* ou la *denuntiatio* aurait pleinement suffi à amener ce résultat (21).

Cette thèse, à défaut de textes positifs en sa faveur, s'appuie sur les considérations suivantes : si la *litis contestatio* eût été indispensable pour donner à l'objet le caractère litigieux, Ulpien n'aurait pas eu à refuser cet effet à la *denuntiatio* ; Septime Sévère et Antonin en 207 (22), Alexandre Sévère en 225 (25), n'auraient pas eu besoin d'écrire qu'un objet hypothéqué n'est pas une *res litigiosa* et que par suite la vente n'en est pas interdite. Les questions résolues dans ces textes ne se seraient pas même posées, si le principe que la *litis contestatio* donnait seule à la chose le caractère litigieux eût été incontestable.

Ce raisonnement ne nous paraît pas décisif : d'une part

emero, qui nullam controversiam patiebatur, videamus an exceptioni locus sit... Si tamen cum procuratore, tutore curatoreve alicujus iudicium acceptum sit, consequens erit dicere, quasi cum ipso litigetur, ita eum ad exceptionem pertinere. » L. 1, *De litigiosis*, XLIV, 6.

18. L. 13, *Fam. erc.*, X, 2. — L. 1, *C. Comm. divid.*, III, 37.

19. Marcien emploie la même expression : « Res, quæ in controversia sunt, non debent a procuratore Cæsaris distrahi... ut divus quoque Severus et Antoninus rescripserunt. » L. 22, *De jure fisci*, XLIX, 14. — L. 5, *De litigiosis*, XLIV, 6.

20. « Quibus res erat in controversia, ea vocabatur *lis* ; ideo in actionibus videmus dici : *Quam rem sive mi litem dicere oportet.* » Varro, *De ling. lat.*, VII, 95. Cf. Gaius, IV, 94. — Karlowa, *Legisaktionen*, p. 67 et 540.

21. Desjardins, *Du retrait de droits litigieux*, p. 14-20.

22. L. 1, *C. De litigiosis*, VIII, 37.

25. L. 2, *C. De distr. pign.*, VIII, 27.

Ulpien a pu vouloir réagir contre la tendance que l'on avait à faire remonter l'interdiction d'aliéner au début même de l'instance; d'autre part les rescrits impériaux ne touchent pas à la question de savoir à quel moment commence l'inaliénabilité de la *res litigiosa*: ils se bornent à repousser une assimilation que l'on avait sans doute tenté d'établir entre la revendication et l'action hypothécaire et à déclarer que l'exercice de cette dernière action ne rend pas l'objet hypothéqué litigieux.

Cette seconde opinion écarte ensuite l'argument que nous avons tiré du texte précité d'Ulpien, sous prétexte que le jurisconsulte ne dit pas qu'il soit absolument nécessaire d'attendre la *litis contestatio* pour déclarer la chose litigieuse. Mais, si Ulpien ne s'exprime pas en termes explicites sur ce point, il accuse nettement sa pensée en exigeant dans la fin du texte que la *litis contestatio* ait eu lieu pour que l'*exceptio litigiosi* soit opposable.

Ces considérations et quelques autres encore, qui ont été présentées à l'appui de la seconde opinion, ne nous semblent pas assez décisives pour que l'on doive abandonner la doctrine traditionnelle, qui fait remonter à la *litis contestatio* seulement la prohibition d'aliéner la *res litigiosa*.

94. L'Édit d'Auguste n'avait trait qu'à la vente (24). L'interprétation l'étendit à d'autres modes d'aliénation et notamment à la constitution de gage ou d'hypothèque (25); le danger était encore plus grand dans ce dernier cas, puisque l'hypothèque naît d'un simple pacte. L'extension de l'Édit d'Auguste à la constitution d'hypothèque ne semble guère dater que du commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne.

24. « Si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris... » Gaius, IV, 117. « Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit... » Fr. *De jure fisci*, 8.

25. *Marcien*. « Si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat etiam in pignoribus locum habere exceptionem. » L. 1 § 2. *Qua res pign.*, XX, 5. Cf. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 75.

SECTION II.

DE LA CESSION DE DROITS LITIGIEUX AU BAS-EMPIRE.

92. La prohibition d'Auguste, qui avait été bien étendue par la jurisprudence, fut singulièrement élargie par les constitutions des empereurs chrétiens, de Constantin à Justinien.

L'interdiction fut d'abord généralisée : Constantin, en 551, l'étendit aux donations sans excepter celles qui seraient faites à des *conjunctæ personæ* (26); Gratien, Valentinien et Théodose, en 580, à toute disposition de dernière volonté (27). Cette dernière constitution renferme une innovation plus considérable : elle défend de céder non-seulement les objets corporels litigieux, meubles ou immeubles, mais encore les créances douteuses. L'assimilation du *chirographum ambiguum* et de la *res litigiosa* et l'emploi des expressions *actiones vel res litigiosæ* indiquent que la prohibition d'aliéner s'applique désormais à toutes les actions tant réelles que personnelles. Ce qui préoccupait maintenant le législateur, ce n'était plus le désir d'empêcher l'exercice simultané de plusieurs actions contre un même défendeur, mais la crainte qu'on ne substituât à l'une des parties en cause un adversaire puissant (28).

95. Les dispositions des constitutions de Constantin d'une

26. « Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur in conjunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri oportet, tanquam nihil factum sit lite nihilominus peragenda. » L. 1, C. Th. *De litigiosis*, IV, 5. Justinien a inséré cette constitution au Code, mais en la modifiant. L. 2, C. *De litigiosis*, VIII, 57.

27. « Quicumque rem litigiosam, vel ambiguum chirographum, quodlibet denique mobile vel immobile fisco nostro vel potentiori seu aliis personis in testamento sive codicillo legaverit fidei commiserit aut per hereditatem reliquerit, nullam fiscus noster vel alia persona licentiam habeat jurgiorum, nec judicium subeat... » L. 5, C. *De litigiosis*, VIII, 57.

28. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 68; Zimmermann, *op. cit.* (*Archiv für civil. Praxis*, XXXV, p. 440).

part, de Gratien, de Valentinien et de Théodose d'autre part, furent en partie abrogées par Justinien. Il leva, en 552, la prohibition pour certains modes d'aliénation, tels que la constitution de dot, la *donatio propter nuptias*, le legs ou le fidéicommiss, le partage (29). Dans une Nouvelle de 541 (Nov. 112), il décida qu'il n'y aurait de *res litigiosa* que dans la revendication et que la prohibition ne s'appliquerait pas à l'action hypothécaire (30).

Si Justinien à certains égards est revenu en arrière, il a introduit aussi des réformes importantes dans la théorie de la cession des droits litigieux. En 552, il étendit au défendeur l'interdiction d'aliéner qui ne s'était adressée jusque-là qu'au demandeur (31); en 541, il décida que la signification du *libellus conventionis* ou l'insinuation du rescrit impérial suffiraient à rendre la chose litigieuse (32). La Nouvelle 112, à s'en tenir à ses termes exprès, ne concerne que la revendication; mais il nous paraît probable qu'elle a été appliquée aux actions *in personam* (33).

La *litis contestatio* a ainsi perdu sous Justinien le privilège qu'elle avait de donner le caractère litigieux au droit porté en justice.

29. L. 4, C. De litigiosis, VIII, 57.

30. « ... Περὶ τῆς δεσποτείας ζήτησις... κινεῖται... Ἐκ τούτης δὲ τῆς τοῦ litigiosου προσηγορίας τὰς ὑποθήκας κεχωρίσθαι θεσπιζομεν ... » Nov. 112, cap. 1. Cf. Zimmermann, *op. cit.* (*Archiv für civil. Praxis*, XXXV, p. 446).

31. « Censemus, si quis lite pendente vel actiones vel res, quas possidet, ad alium quemdam transtulerit... vitio litigiosi contractus subjacere. » L. 4, C. De litigiosis, VIII, 57. Cf. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 86; Zimmermann, *op. cit.* (*Archiv für civil. Praxis*, XXXV, p. 446).

32. « Θεσπιζομεν litigiosον λέγεσθαι τε καὶ νοεῖσθαι πρᾶγμα κινητὸν ἢ ἀκίνητον ἢ αὐτοκίνητον, ὅστινος περὶ τῆς δεσποτείας ζήτησις... κινεῖται ἢ δι' ἀρχικῆς ὑπομνήσεως, ἢ διὰ δεήσεων βασιλεῖ προσενεχθεισῶν καὶ τῷ δικαστῇ ἐμφανισθεισῶν, καὶ δι' αὐτοῦ τῷ ἀντιδίκῳ τοῦ προσελθόντος γνωσθεισῶν. » Nov. 112, cap. 1. La Vulgate rend ainsi ce passage. « Sancimus litigiosam dici et intelligi rem mobilem vel immobilem seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitem et possidentem movetur aut per judiciariam conventionem aut per preces principi oblatas et insinuatatas judici, ac per eum adversario interpellatoris cognitatas. »

33. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, III, p. 562; Desjardins, *De la cession de droits litigieux*, p. 20. Toutefois beaucoup d'anciens commentateurs pensaient que les actions *in personam* étaient restées soumises à l'ancienne règle et qu'elles ne devenaient litigieuses qu'après la *litis contestatio*. Cf. A. Faber, *Codex*, p. 1057, col. 1.

CHAPITRE VIII.

Influence de la **LITIS CONTESTATIO** sur la décision du **JUDEX**.

94. La *litis contestatio* a une influence considérable sur l'appréciation du *judex* : celui-ci doit en principe se reporter à l'époque de la *litis contestatio* pour examiner s'il y a lieu d'absoudre ou de condamner le défendeur et pour fixer le montant de la condamnation. La formule est en effet rédigée au présent (*SI PARET*) ; elle enjoint au *judex* de se décider selon l'état des faits au moment de sa délivrance.

Il y a une certaine analogie entre la *litis contestatio* et une condition : de même que la condition une fois réalisée rétroagit au jour de la formation du contrat, de même la *sententia* rétroagit à l'époque de la *litis contestatio*. Ainsi la durée inévitable du litige avec toutes les conséquences imprévues qu'elle peut amener ne nuit jamais au demandeur. C'est là un des principes les plus importants de notre matière, principe tout de justice : il ne faut pas que le demandeur soit victime des lenteurs de la justice, ni surtout que le défendeur puisse profiter de la résistance injuste qu'il a opposée aux prétentions légitimes de son adversaire.

95. Il faudrait toutefois se garder de rattacher, avec Savigny (1), tous les effets de la *litis contestatio* à cette considération d'équité. Ce serait-là un point de vue un peu incomplet. L'équité exigerait en effet que le *judex* se reportât pour son appréciation non pas au moment de la *litis contes-*

1. *System*, § 269, VI, p. 49 et 51.

latio, c'est-à-dire au milieu de l'instance, mais au jour de la première comparution des parties devant le magistrat ou même au jour de la citation en justice. Cette application rigoureuse du principe de rétroactivité que l'on trouve dans les législations modernes n'avait pas été admise à Rome. On comprend bien que les Romains n'aient pas attaché d'effets à la citation en justice, acte purement privé et qui ne faisait point connaître à la partie citée les prétentions de l'adversaire (2) ; mais il est plus difficile de s'expliquer qu'ils n'aient pas tenu compte de la première comparution des parties devant le magistrat. La procédure *in jure* pouvait, à l'époque classique, se prolonger plusieurs jours et même plusieurs mois ; il était possible dès lors que ces délais causassent un grave préjudice au demandeur : il eût donc été équitable d'appliquer ici le principe de rétroactivité dans toute son étendue et d'astreindre le *judex* à se placer au jour de la première comparution des parties et non à l'époque souvent fort éloignée où se terminait la procédure *in jure*. Mais telle n'est pas la doctrine romaine (3) ; elle s'explique par des raisons historiques.

96. A l'origine, la *litis contestatio*, ainsi que les solennités de la *legis actio* qui la précédaient, s'accomplissait le jour même de la comparution des parties devant le préteur. Il était alors tout naturel de se reporter à ce jour où commençait et se terminait à la fois la procédure *in jure*. Plus tard, la multiplicité des affaires soumises au préteur ne permit pas une marche aussi rapide et il s'écoula souvent un intervalle assez considérable entre le début de la procédure *in jure* et la *litis contestatio* qui en marquait la clôture. Néanmoins la

2. Keller, *Civilpr.*, § 46, trad. Capmas, p. 206, note 555 ; Bekker, *Consumption*, p. 99. — La *litis denuntiatio*, à la différence de l'*in jus vocatio* et du *radimonium*, devait sans doute contenir une désignation précise de l'objet de la demande, mais elle n'en constituait pas moins un acte privé. D'ailleurs l'introduction de ce mode de citation date d'une époque trop récente pour qu'il ait pu avoir quelque influence en cette matière. Cf. Keller, *op. cit.*, § 48, trad. Capmas, p. 218.

3. L. 20, *De rei vind.*, VI, 1 ; L. 51 pr., *De reb. cred.*, XII, 1 ; L. 19 § 1, *De usuris*, XXII, 1 ; L. 97 § 7, *De leg. I.*, XXX ; L. 35, *De verb. sign.*, L, 16.

règle ancienne se maintint toujours (4) ; elle était d'ailleurs conforme à l'esprit de la procédure romaine, où l'action ne prend son caractère propre qu'au moment de la *litis contestatio* : l'objet du litige est alors fixé d'une manière précise, les personnes qui doivent y figurer et le *judex*, à qui est remise la décision, sont déterminés. C'est ce qui explique comment le principe qui reporte l'appréciation du *judex* au moment de la *litis contestatio* a pu rester en vigueur jusque dans les derniers siècles de l'Empire romain (5).

On examinera successivement dans deux sections distinctes l'application de ce principe, d'une part, aux conditions requises pour qu'il y ait condamnation, et d'autre part à la fixation du *quantum* de la condamnation.

SECTION PREMIÈRE.

APPRÉCIATION DES CONDITIONS EXIGÉES POUR LA CONDAMNATION

§ 1. Conditions requises dans la personne du demandeur.

97. La principale et quelquefois la seule condition exigée du côté du demandeur est l'existence à son profit d'un droit réel ou d'un droit de créance. L'efficacité de ce droit s'apprécie au temps de la *litis contestatio*. De là cette double règle :

1° Pour qu'une condamnation soit possible, il faut que le droit qui sert de fondement à l'action existe à l'époque de la *litis contestatio*.

2° Il suffit de l'existence du droit à ce moment ; il n'est pas nécessaire qu'il subsiste encore lors de la sentence.

98. La première règle est une conséquence des principes généraux de la procédure formulaire : pour que l'action soit accordée, il faut qu'au moment où est rédigée la formule le demandeur puisse affirmer que la chose revendiquée est

4. Accarias, *Précis*, II, p. 872, note 2.

5. Accarias, *Précis*, II, p. 909.

sienne, c'est-à-dire qu'il en est propriétaire. Cette règle est appliquée par les jurisconsultes romains dans toute sa rigueur. Ils ne tiennent aucun compte des changements qui ont pu survenir après la *litis contestatio*; l'acquisition même du droit réalisée avant la sentence ne saurait empêcher l'absolution du défendeur. C'est ce qui résulte non seulement des décisions de Javolenus (6) et de Paul (7), mais encore d'un texte d'Ulpien (8), où il décide que le demandeur ne saurait être repoussé par l'exception *rei judicatae*, quand il fait valoir un droit acquis après la *litis contestatio*. Si l'exception *rei judicatae* est exclue, c'est que la *deductio in iudicium* n'a pas porté sur cette nouvelle cause et que celle-ci par suite n'a pas été prise en considération par le *judex* (9).

Javolenus et Paul s'expriment en des termes très généraux qui repoussent toute distinction tant entre les actions *in rem* et les actions *in personam* qu'entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict. On a cru toutefois trouver dans un fragment du commentaire de Paul sur Sabinus (10) une différence entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict : dans les premières, le droit du demandeur s'apprécierait au jour de la *litis contestatio*; dans les secondes, à l'époque du jugement (11). Mais cette distinction n'est nullement justifiée par le texte invoqué, qui est relatif au montant de la condamnation et non aux conditions d'admissibilité de la demande (12). D'ailleurs la règle, quelque absolue qu'elle fût, ne laissait pas que d'être fort équitable. Si on eût voulu

6. *Javolenus*. « Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendentem potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendentem potest esse vel de his rebus, quæ postea in obligationem adventuræ sunt. » L. 55, *De jud.*, V, 1.

7. *Paul*. « Non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus est. » L. 25, *De iudiciis*, V, 1.

8. L. 11 § 4, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

9. Savigny, *System*, § 262, VI, p. 67.

10. *Paul*. « Si mandavero tibi ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem iudicatam exegeris, condemnandum te esse constat. » L. 17, *Mandati*, XVII, 1.

11. Keller (*Litis Cont.*, p. 180 et 185) confond les deux questions de la naissance et de l'extinction du droit du demandeur *post litem contestatam*.

12. Savigny, *System*, § 262, VI, p. 68; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 516, note 129.

fonder la condamnation sur le droit nouvellement acquis, on ne se serait pas borné à éviter au demandeur une perte résultant de la durée du procès, mais encore on eût fait tourner cette durée même à son profit, puisqu'il eût infailliblement succombé, si le *judex* avait statué le jour même de la *litis contestatio*.

99. La seconde règle exige que le droit existe seulement à l'époque de la *litis contestatio* et ne tient aucun compte des événements qui peuvent le faire disparaître ultérieurement. Elle subit des dérogations importantes, qui ont été admises de bonne heure par les jurisconsultes romains. C'était là en effet une règle de droit positif qui ne pouvait guère se justifier au point de vue de l'équité et ne s'appuyait que sur l'autorité de la tradition. Elle remontait aux premiers siècles de Rome. Dans la *legis actio sacramento* la décision du *judex* ne se rapportait pas directement au droit en litige : elle se bornait à déclarer *justum* le *sacramentum* de l'une des parties (13). Il était tout naturel que le *judex* se reportât alors au moment où s'étaient accomplies les solennités de la *legis actio*, c'est-à-dire au moment de la *litis contestatio*, et ne tint aucun compte des circonstances qui avaient pu se produire ultérieurement ; car ces circonstances ne sauraient empêcher que le *sacramentum* ne fût *justum* au moment où il avait eu lieu. La procédure des *legis actiones* ne disparut pas tout entière et son influence se fit sentir sur le système formulaire qui s'y rattache si étroitement.

100. Dans les actions *in rem*, la règle se maintint avec toute sa rigueur. Ces actions en effet pouvaient encore, du temps de Gaius, s'introduire par une *sponsio* (14). Le demandeur se trouvait ainsi garanti contre la perte de son droit survenue durant l'instance. Les applications les plus importantes de cette idée se rencontrent en matière d'usucapion

13. « Quum Arretinæ mulieris libertatem defenderem, et Cotta decemviris religionem injecisset, non posse sacramentum nostrum justum judicari, quod Arretinis adempta civitas esset, et ego vehementius contendissem, civitatem adimi non potuisse ; decemviri prima actione non judicaverunt ; postea, re quæsitâ et deliberata, sacramentum nostrum justum judicaverunt. » Cic. *Pro Cæcina*, 33.

14. Gaius, IV, 91.

et d'extinction des servitudes par non-usage. — Le défendeur a-t-il usucapé *intra moras litis* l'objet revendiqué, il reçoit l'ordre de retransférer la propriété au demandeur et il n'est absous qu'à cette condition (15). — De même, si la servitude réclamée vient à s'éteindre par non-usage durant l'instance, cet événement n'empêche pas le succès de l'action confessoire et le défendeur n'échappe à la condamnation qu'en constituant à nouveau la servitude (16). — La perte de l'objet litigieux, après la *litis contestatio*, n'entraîne pas davantage l'extinction du droit du demandeur, qui peut toujours obtenir une condamnation pour les fruits et accessoires (17).

Toutefois, si le demandeur recevait du défendeur, après la *litis contestatio*, la satisfaction qu'il réclame, le droit serait éteint et la condamnation devrait faire place à l'absolution. Cette dérogation aux principes résultait des termes mêmes de la formule : la clause *NISI RESTITUAT* enjoignait au *judex* de tenir compte aussi bien d'une restitution volontaire que de la restitution qu'il ordonnerait. Le résultat d'ailleurs était pleinement conforme au but des actions arbitraires, qui était de faire obtenir au demandeur, au lieu d'une condamnation pécuniaire, l'objet même qu'il demandait (18).

101. Dans les actions *in personam*, l'application de la

15. *Gaius*. « Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere. » L. 18, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. L. 20, *cod.* *Gaius*, dans ces deux passages du livre VII de son commentaire sur l'Édit provincial, semble supposer que le transfert s'opère par tradition. Keller (*Litis Cont.*, p. 77) et Savigny (*System*, § 261, VI, p. 56, note c) pensent que l'expression *traditio* a été substituée par Tribonien aux mots *mancipatio* ou *in jure cessio*. Peut-être figurait-elle déjà dans le texte primitif de *Gaius* et les commissaires de Justinien se sont-ils bornés à effacer toute trace de la mancipation ou de l'*in jure cessio*. Cf. Pellat, *Exposé des principes généraux de la propriété*, p. 195, note 2.

16. *Ulpien*. « Plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino aedium. » L. 8, § 4, *Si serv. vind.*, VIII, 5. Cf. L. 5 § 5, *Si ususfr. pet.*, VII, 6; L. 10, *De usufr. accr.*, VII, 2. — Keller, *Litis Cont.*, p. 176 et 178.

17. L. 17 § 1, *De rei vind.*, VI, 1; L. 11, *Jud. solvi*, XLVI, 7.

18. « Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulæ verbis id ipsum exprimitur... » *Gaius*, IV, 114. — Keller, *Litis Cont.*, p. 184; *Civilpr.*, § 67, trad. Capmas, p. 507; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 518; Accarias, *Précis*, II, p. 875.

maxime *Omnia judicia sunt absolutoria* (19) finit par faire abandonner la règle d'après laquelle le *judex* ne devait tenir aucun compte des événements postérieurs à la *litis contestatio*.

Cette règle n'avait jamais été applicable aux actions de bonne foi et aux actions arbitraires. Dans les unes, en effet, le contenu de l'*intentio* ne s'appréciait point uniquement au jour de la *litis contestatio* et le *judex* en vertu de son *officium* avait le droit et le devoir de tenir compte de toutes les circonstances qui pouvaient se produire ultérieurement (20). Dans les actions *in personam* arbitraires, il était naturel que la satisfaction fournie par le défendeur amenât son absolution, puisqu'en vertu des termes mêmes de la formule il ne devait être condamné qu'au cas où il n'exécuterait pas son obligation en nature (21). Aussi, sur ces deux points, l'accord régnait entre les jurisconsultes, à quelque école qu'ils appartenissent.

Pour les actions de droit strict, il y avait dissentiment complet entre les Sabinien et les Proculien. Les Sabinien déclaraient qu'une absolution y était toujours possible : *Omnia judicia absolutoria esse*. Les Proculien, au contraire, prétendaient que l'exécution volontaire ne faisait pas obstacle à la condamnation. Les premiers invoquaient l'équité, les seconds la tradition, dont la persistance s'accuse dans les termes de la formule rédigée au présent : *SI PARET... CONDEMNA*.

19. « Superest ut dispiciamus, si ante rem judicatam is cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit ut damnari debeat : nostri præceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse cuius generis sit iudicium : et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse... de bonæ fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in ejusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. » Gaius, IV, 114.

20. Gaius, IV, 114. — Keller, *Litis Cont.*, p. 185; *Civilpr.*, § 67, trad. Capmas, p. 305.

21. « Sunt etiam in personam tales actiones, in quibus exprimitur... » Gaius, IV, 114. Le reste de la phrase est illisible dans le manuscrit de Vérone.

Venuleius. « Ideoque absolvi solet reus, si restituerit. » L. 25 § 1, *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8.

On étendit même cette décision au cas où le défaut de restitution était la condition de l'action elle-même et non simplement de la condamnation. L. 5 pr., *De public.*, XXXIX, 4.

La règle ancienne était d'ailleurs toujours vivante : elle s'appliquait non-seulement dans le petit nombre de cas où la *legis actio sacramento* et la *sponsio* étaient encore restées en usage comme moyens d'introduire l'instance, mais encore dans les actions qui étaient accompagnées d'une *sponsio pœnalis* (22). On peut même dire qu'à l'époque classique la règle ne faisait encore aucune difficulté, et que le débat entre les deux écoles portait bien moins sur le principe que sur le plus ou moins grand nombre d'exceptions que l'on devait y apporter (23). C'est ce qui résulte d'abord de l'exposé de Gaius, qui suppose uniquement que le demandeur a reçu la satisfaction qu'il réclamait. La circonstance que le débat portait sur un fait tel que le paiement, qui devait avoir entre tous l'efficacité de substituer une sentence d'absolution à un jugement de condamnation, montre que la règle était encore considérée comme générale. Gaius lui-même, dans son commentaire sur l'Édit du préteur urbain, commence par reproduire le principe traditionnel, et ce n'est qu'ensuite qu'il le tempère, en admettant, avec l'école sabinienne, la possibilité d'une absolution au cas où le défendeur s'exécute volontairement (24). Enfin Paul décide qu'une personne qui a promis de construire une *insula* ne saurait échapper à une condamnation en la construisant après la *litis contestatio* (25).

102. Toutefois les Proculiens, en maintenant la règle ancienne, n'allaient pas jusqu'à imposer au défendeur l'obligation de payer deux fois. Ils l'autorisaient donc, soit à répéter par une *condictio sine causa* ce qu'il avait fourni, soit à repousser l'action *judicati* par une exception de dol (26). On

22. Gaius, IV, 171.

23. Keller, *Litis Cont.*, p. 186.

24. « Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nihilominus pœna duret; sed tamen absolvendus est etiam, qui post acceptum iudicium restituere paratus est. » L. 5, *De public.*, XXXIX, 4.

25. « Si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet; quodsi jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si ædifices. » L. 84, *De verb. obl.*, XLV, 1.

26. Keller, *Litis Cont.*, p. 184; Savigny, *System*, § 262, VI, p. 62, note 1.

aboutissait ainsi au même résultat dans les deux opinions. L'intérêt pratique de la controverse entre les deux écoles était donc assez restreint : il se réduisait aux trois points suivants :

1° Il s'agissait d'abord de savoir si le défendeur qui s'était acquitté pendant l'instance pourrait, après le jugement, revenir sur ce qu'il avait fait et réclamer l'objet qu'il avait fourni en payant le montant de la condamnation. Les Proculiens lui en donnaient le droit, tandis que les Sabinien le lui refusaient, si bien que cette dernière opinion, plus douce en apparence, aboutissait parfois à des conséquences plus rigoureuses (27) ;

2° Il fallait aussi déterminer celle des parties qui supporterait les frais de l'instance. Les Proculiens les mettaient à la charge du défendeur, puisque c'était lui qui était condamné ;

3° La controverse pouvait encore présenter un certain intérêt dans les actions qui étaient accompagnées d'une *sponsio pœnalis* (*condictio certæ pecuniæ*, action de *constituta pecunia*) (28). Il y avait lieu de se demander si le défendeur, qui s'acquittait après la *litis contestatio*, devrait payer le montant de la *sponsio*. Pour les Proculiens, l'affirmative n'était pas douteuse.

En punissant ainsi les débiteurs qui ne s'acquittaient pas spontanément et laissaient s'engager une instance, les Proculiens arrivaient à réprimer d'une manière plus efficace l'esprit de chicane.

L'opinion proculienne présentait des avantages incontestables : il n'est donc pas surprenant qu'elle comptât encore des adhérents à la fin de la période classique (29). Il semble toutefois qu'à cette époque l'accord s'était établi pour le cas où la satisfaction avait été acceptée par le demandeur, et que la doctrine sabinienne avait fini par être admise dans cette hypothèse (30). La controverse paraît alors s'être restreinte à

27. L. 23 § 5, *De cond. ind.*, XII, 6. Cf. Accarias, *Précis*, II, p. 875.

28. Gaius, IV, 171.

29. Bekker, *Consumption*, p. 350.

30. Ulpien. « Si forte lis finita fuerit, ad quam defensio erat necessaria, vel

la question de savoir si des offres de paiement ou une consignation de l'objet dû suffisaient pour entraîner l'absolution du défendeur (31).

Justinien consacra définitivement l'opinion des Sabiniens (32).

§ 2. Conditions requises dans la personne du défendeur.

103. Il arrive quelquefois que la condamnation n'est pas subordonnée uniquement à l'existence d'un droit réel ou d'un droit de créance au profit du demandeur, et qu'elle dépend en outre de conditions qui doivent se rencontrer dans la personne du défendeur. Ces conditions sont de deux espèces : les unes ont un caractère juridique, les autres sont de simples conditions de fait.

104. Celles de ces conditions qui ont un caractère juridique doivent exister au jour de la *litis contestatio*. L'action *aquæ pluvix arcendæ*, par exemple, ne peut être intentée que contre celui qui est à cette époque propriétaire du fonds où se trouvent les constructions destinées à faciliter la chute de l'eau (33). De même, quand l'action est fondée sur l'enrichissement du défendeur, cet enrichissement doit exister au moment de la *litis contestatio* : tel est le cas de la *condictio indebiti* et de la *condictio sine causa* (34). C'est ainsi encore que l'enrichissement du pupille ou du mineur s'apprécie au

solutione, vel transactione, vel acceptilatione, vel quo alio modo, consequenter placuit, evanescere ob rem non defensam clausulam. » L. 13 pr., *Jud. solvi*, XLVI, 7. Cf. L. 25 § 5, *De cond. ind.*, XII, 6. — Keller (*Litis Cont.*, p. 186, note 16) pense que l'opinion sabinienne était admise dans tous les cas du temps de Paul et d'Ulpien.

31. L. 75, *De procur.*, III, 5 ; L. 84, *De verb. obl.*, XLV, 1. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 517.

32. *Inst. De perp. et temp. act.*, IV, 12, § 2.

33. L. 4, § 2, *De aq. et aq. pluv. arc.*, XXXIX, 5.

34. *Gaius*. « ... Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur ; ex quibus causis condictio nasci solet. » L. 6, *De don. int. vir. et ux.*, XXIV, 1.

Ulpien. « Quod autem spectetur tempus, an locupletiores sint facti, utrum tempus litis contestatæ, an rei judicatæ ? Et verum est, litis contestatæ tempus spectari oportere, idque Imperator noster cum patre rescripsit. » L. 7 pr., *cod.*

temps de la *litis contestatio* (35). On considère aussi l'enrichissement à la même époque dans l'action paulienne, l'action *quod metus causa* et l'action *de dolo malo*, lorsqu'elles sont données contre un tiers *non particeps fraudis* (36).

105. A côté de ces conditions indispensables pour la naissance même de l'action, on en trouve d'autres qui sont exigées pour que le procès ait une issue favorable au demandeur. Ainsi la revendication (37), la *petitio hereditatis* (38) et l'action *ad exhibendum* (39) supposent que le défendeur a la possession de la chose réclamée. L'action *depositi directa* ne peut réussir quand le dépositaire n'a plus entre ses mains l'objet déposé et qu'on n'a à lui reprocher aucun dol (40). Le succès de l'action *pignoratitia directa* est subordonné au paiement de la dette garantie par le gage (41). Enfin l'action *de peculio* n'est efficace qu'autant qu'il y a quelque chose dans le pécule (42).

La *litis contestatio* n'a ici aucune influence sur l'appréciation du *judex*, qui se place au jour du jugement pour examiner si le défendeur possède, si le créancier gagiste a été désintéressé, ou pour déterminer la consistance du pécule. Cette décision, qui était universellement admise du temps de Paul (43) et d'Ulpien (44), avait fait autrefois l'objet d'une

35. L. 57 pr., *De neg. gestis*, III, 5; L. 54 pr., *De min.*, IV, 4.

36. L. 6 § 11, *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8; L. 14 § 5; L. 18, *Quod met. causa*, IV, 2; L. 15 §§ 1 et 2, *De dolo malo*, IV, 3. Cf. Ubbelohde, *Untheilbare Obligationen*, p. 208; Witte, *Die Bereicherungsklagen*, p. 333.

Quant à l'obligation des héritiers, elle ne s'apprécie pas en général au moment de la *litis contestatio*; il suffit que le profit retiré du délit par leur auteur leur soit parvenu avec son hérité, sans qu'il soit nécessaire qu'il subsiste encore. L. 16 § 2; L. 17, *Quod met. causa*, IV, 2; L. 127, *De reg. jur.*, L, 17.

37. L. 42, *De rei vind.*, VI, 1.

38. L. 18 § 1; L. 41 pr., *De her. pet.*, V, 5.

39. L. 7 §§ 4 et 6; L. 8; L. 11, § 2, *Ad exhib.*, X, 4.

40. L. 1 § 21, *Depositum*, XVI, 5.

41. L. 9 §§ 4 et 5, *De pign. act.*, XIII, 7.

42. L. 5 § 2, *De liber. leg.*, XXXIV, 5; L. 7 § 15, *Quib. ex causis*, XLII, 4; L. 35, *De fid.*, XLVI, 1.

43. L. 27 § 1, *De rei vind.*, VI, 1.

44. « Quæsitum est an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in [peculio] quum ageretur, si modo sit rei judicate tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri aiunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit; quæ sententia et a nobis probanda est. » L. 30 pr., *De peculio*, XV, 1.

controverse entre les jurisconsultes, controverse qui était sans doute indiquée par Paul, mais dont l'exposé aura été retranché par les commissaires de Justinien (45). On sait seulement que Proculus et Pegasus soutenaient que l'on devait, pour l'examen de ces questions, se placer au jour du jugement. Cette opinion qui a prévalu ne contredit en rien la règle qui reporte l'appréciation du *judex* au temps de la *litis contestatio*. Il ne s'agit pas là, en effet, de conditions essentielles à l'existence même de l'action, puisque l'*intentio* du demandeur n'en est pas moins *recta*, quoique le défendeur ne possède pas, ou qu'il n'y ait rien dans le pécule : ce sont de simples conditions de fait de la condamnation qui ne sont pas exprimées dans la formule. Le *judex* n'étant point invité par les termes mêmes de cette formule à se placer au moment du *judicium acceptum*, l'examen de ces conditions rentrait dans les questions qui faisaient partie de l'*officium judicis* (46).

106. Il faut toutefois signaler une exception à la règle que les conditions de fait s'apprécient au moment de la sentence. La possession de l'esclave coupable est la condition du succès des actions noxales ; or, il suffit que cette possession existe à l'époque de la *litis contestatio*, quand même l'esclave aurait été aliéné dans la suite. La *litis contestatio* apporte ainsi une importante restriction au principe *Noxa caput sequitur* (47).

SECTION II.

INFLUENCE DE LA *LITIS CONTESTATIO* SUR LA CONDAMNATION.

107. L'époque de la *litis contestatio* a une grande importance pour la fixation du *quantum* de la condamnation.

45. Il y a en effet dans le passage de Paul (L. 27 § 1, *De rei vind.*, VI, 1) une contradiction entre le commencement et la fin, qui ne peut s'expliquer autrement. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 191, note 24 ; Savigny, *System*, § 265, VI, p. 75, note b.

46. Keller, *Litis Cont.*, p. 194 ; Savigny, *System*, § 265, VI, 78 ; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civil pr.*, II, p. 516.

47. L. 57 et 38 pr., *De nox. act.*, IX, 4.

Lorsque les prétentions du demandeur sont trouvées bien fondées, la sentence du *judex* doit, en vertu d'un principe bien connu, lui procurer tout ce qu'il aurait obtenu s'il eût reçu satisfaction le jour de la *litis contestatio*. La condamnation porte d'une part sur la chose principale et d'autre part sur les accessoires. A ces deux éléments s'en ajoute un troisième, des dommages et intérêts. Quand l'objet du litige vient à périr ou à se détériorer durant l'instance, le demandeur a droit à une indemnité, pour l'évaluation de laquelle le *judex* se place encore au moment de la *litis contestatio*. Si le demandeur ne recevait que la chose principale et une indemnité représentant la diminution de valeur qu'elle a subie, il n'obtiendrait pas pleine satisfaction, puisqu'il a été privé pendant le procès de la jouissance de sa chose et des avantages qu'il eût pu en retirer (1). Il faudra donc en outre lui tenir compte du gain dont il a été privé.

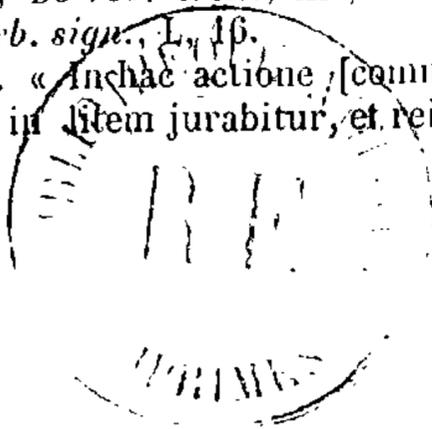
Nous examinerons successivement dans trois paragraphes distincts les points suivants : 1° l'évaluation de la chose principale (*rei æstimatio*) ; 2° les dommages et intérêts dus à raison de la perte totale ou partielle ; 3° les augmentations et accroissements survenus à l'objet du litige (*causa rei*).

§ 1. Évaluation de la chose principale.

108. Dans la procédure formulaire où toutes les condamnations étaient pécuniaires, cette estimation de l'objet du litige était nécessaire toutes les fois que le défendeur ne s'exécutait pas spontanément ou n'obéissait pas à l'*arbitrium de restituendo* ou *de exhibendo*. L'époque à laquelle le *judex* doit se placer pour faire la *rei æstimatio* varie suivant qu'il s'agit d'actions de droit strict ou d'actions de bonne foi (2). De là ces deux règles qui dominant toute la matière :

1. *Paul.* « Puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit. id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset. » L. 51 pr., *De reb. cred.*, XII, 1. Cf. L. 20, *De rei vind.*, VI, 1 ; LL. 75 et 246 § 1, *De verb. sign.*, L, 16.

2. *Ulpien. Lib. XXVIII ad Edictum.* « In hac actione [commodati], sicut in ceteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur, et rei judicandæ tem-



1° Dans les actions de droit strict, la valeur de la chose réclamée s'apprécie au moment de la *litis contestatio*.

2° L'époque de la *litis contestatio* n'est prise en considération ni dans les actions de bonne foi, ni dans les actions arbitraires, ni dans les actions *ex delicto*.

109. 1° La règle que la *rei æstimatio* se fait sur le pied de la valeur de la chose lors de la *litis contestatio* a toujours été appliquée aux actions de droit strict. Julien (5) et Gaius (4) reproduisent en effet des décisions de Sabinus et de Cassius relatives soit au *mutuum*, soit à la stipulation de choses fongibles; Africain rappelle le principe à propos de la stipulation (5) et Ulpien le donne sous sa forme la plus générale dans le livre XXVIII de son commentaire sur l'Édit (6).

Toutefois un autre texte d'Ulpien, emprunté au livre XXVII du même ouvrage, la l. 3. *De conditione triticaria* (7), contient une décision qui n'est pas en harmonie avec la règle posée si nettement par le jurisconsulte. Il est question dans ce texte de la *condictio triticaria* (8), c'est-à-dire d'une action de droit strict. Or Ulpien dit formellement que dans cette action le *judex* doit se placer au jour de la condamnation et non à l'époque de la *litis contestatio*, comme on devait s'y attendre, et il invoque en ce sens l'autorité de Servius Sulpicius. Cette contradiction choquante entre les diverses décisions d'Ulpien a attiré l'attention des commen-

pus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti. litis contestatæ tempus spectetur. » L. 5 § 2, *Commodati*, XIII, 6.

5. Julien. « Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur [vinum], quanti tunc fuisset (si non, quanti tunc), quum petitum esset. » l. 22, *De reb. cred.*, XII, 1.

4. Gaius. « Si merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit... tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit; si de die nihil convenit, quanti tunc, quum iudicium acciperetur. » L. 4. *De cond. trit.*, XIII, 5.

5. L. 57, *Madanti*, XVII, 1.

6. L. 5 § 2, *Commodati*, XIII, 6.

7. Ulpien. *Lib. XXVII ad Edictum*. « In hac actione si quæretur, res, quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. » L. 5, *De cond. trit.*, XIII, 5.

8. Cela résulte aussi bien de la rubrique du titre des Pandectes qui contient ce texte (XIII, 5) que de l'*inscriptio* de la loi elle-même, qui est empruntée au livre XXVII du commentaire d'Ulpien sur l'Édit comme la loi 1 du même titre; or cette dernière renferme la définition de la *condictio triticaria*.

tateurs, qui ont en vain essayé de la résoudre. Voici les quatre principales explications qui ont été données de cette difficulté.

Cujas (9), dont l'opinion a été reprise par Glück (10) et par quelques interprètes modernes (11), s'efforce d'expliquer le passage d'Ulpien par l'existence d'une demeure. Il est sans doute question quelques lignes plus loin de la demeure du débiteur; mais en introduisant cette idée dans la première phrase, on ne fait qu'ajouter à l'obscurité de ce texte.

Doneau prétend que la distinction entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi est erronée et que la véritable règle est que l'on se place à des époques différentes suivant la nature de l'objet du litige : s'agit-il de quantités, leur valeur s'apprécie au temps de la *litis contestatio*, s'agit-il de corps certains, au jour du jugement ou de la demeure (12). Cet essai de conciliation ne tient pas compte du texte d'Ulpien (l. 5 § 2, *Commodati*), où il pose cependant d'une façon si nette la distinction entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi. Elle est en outre contredite par Gaius qui constate bien que pour l'évaluation des quantités on se place au moment de la *litis contestatio*, mais qui ajoute que cela a lieu dans tous les cas (13).

Une explication moins hardie, mais plus ingénieuse, a été proposée par Savigny (14).

Cet illustre romaniste suppose que le mot *condemnatio* désigne ici une partie de la formule et non la sentence de condamnation. Ulpien aurait pris la partie pour le tout; l'expression *condemnationis tempus* serait identique à la locution *formulae conceptæ tempus* et s'entendrait de l'époque de la *litis contestatio*. Cette explication n'est pas à l'abri de toute critique.

9. In l. 59, *De verb. obl.* (Cujas, *Opera*, I, col. 1207).

10. *Pandekten*, § 844, XIII, p. 271 et s.

11. Liebe, *Stipulation*, p. 55 et 54; Madai, *Mora*, p. 528.

12. *Comm. ad tit. D. De cond. trit.* (Doneau, *Opera omnia*, X, col. 1012).

13. « Quod et de ceteris rebus juris est. » L. 4, *De cond. trit.*, XIII, 5.

14. *System*, § 276, VI, p. 221. M. Accarias penche pour cette explication et croit à l'existence d'une controverse entre les Jurisconsultes, controverse dont on trouverait une trace dans la l. 5, *De conditione triticaria*. *Précis*, II, p. 857 note 1 et p. 877.

L'emploi du mot *condemnatio* dans le sens de partie de la formule se rencontre rarement dans les textes du Digeste (15). On ne voit pas, en outre, pourquoi Ulpien aurait recouru à cette tournure indirecte et ambiguë *condemnationis tempus* au lieu de la locution courante *litis contestatae tempus*, dont il se sert lui-même dans le livre suivant du même ouvrage (16).

La conjecture la mieux justifiée, à notre avis, est celle qui a été présentée par Bethmann-Hollweg (17) : Ulpien n'aurait pas songé à faire une opposition entre l'époque de la *litis contestatio* et celle du jugement, mais bien entre le moment de la formation du contrat et celui des poursuites dirigées contre le débiteur. Cette opposition paraît toute naturelle, si on réfléchit qu'entre le jour du contrat et celui de l'introduction de l'instance, il a pu s'écouler un intervalle considérable pendant lequel l'objet a subi peut-être de grands changements ; le jugement devait au contraire suivre de près la *litis contestatio* dans une affaire aussi peu compliquée que l'action *ex stipulatu* et par suite il n'y avait guère à se préoccuper des modifications survenues depuis la *litis contestatio*. Ulpien semble donc avoir voulu mettre en regard, d'un côté, l'époque de la formation du contrat, et de l'autre, le moment de l'exercice de l'action, dont il comprend les diverses phases sous une seule expression, celle de *condemnatio*. C'est là sans doute une légère inexactitude, mais elle n'est pas sans exemples : ainsi Pomponius oppose le moment de la vente au *tempus quo lis in condemnationem deducitur* (18).

15. Savigny n'en cite qu'un seul exemple. L. 2, *De exc.*, XLIV, 1.

16. L. 5 § 2, *Commodati*, XIII, 6. Huschke (*Linde's Zeitschrift*, XX, p. 267) a proposé de corriger le texte d'Ulpien et de remplacer *condemnationis* par *contestationis*, ce qui mettrait la l. 5, *De condictione triticaria* en harmonie avec la règle. Mais cette restitution n'est autorisée par aucun des manuscrits des Pandectes, qui portent tous *condemnationis* : elle n'est pas d'ailleurs conforme aux habitudes de langage de l'époque classique, où l'on ne trouve guère l'expression *contestationis* employée seule sans le mot *litis*.

17. *Rom. Civilpr.*, II, p. 524, note 169.

18. « Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore plaris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. » L. 5 § 3, *De act. empti*, XIX, 1.

110. 2° La seconde règle est que l'époque de la *litis contestatio* n'a aucune importance pour la *rei æstimatio* dans les actions autres que les *condictiones* nées *ex contractu*.

Ainsi, dans les actions de bonne foi, c'est au jour du jugement que se place le *judex* pour faire l'évaluation (19). Il en résulte que, si la valeur de la chose vient à diminuer pendant la durée de l'instance, le demandeur éprouve un préjudice. Cette dérogation au principe que les lenteurs de la justice ne peuvent jamais nuire aux parties, est ainsi justifiée par Paul : en mettant à la charge du débiteur les cas fortuits, on risquerait de paralyser une défense qui peut en somme être fondée sur des motifs sérieux (20). Du reste, en cas de dépréciation, le défendeur sera très disposé à restituer volontairement l'objet du litige et à se soustraire ainsi aux chances possibles d'une élévation de prix ultérieure : le préjudice éprouvé par le demandeur sera ainsi compensé par les avantages souvent fort considérables d'une exécution en nature.

Dans les actions arbitraires, on suit la règle des actions de bonne foi : *Rei judicandæ tempus quanti res sit observatur* (21).

Il n'y a pas davantage à tenir compte de l'époque de la *litis contestatio* dans les actions nées *ex delicto*. Tantôt on se place pour l'évaluation au moment où a été commis le délit, ou dans l'année et même dans le mois qui l'a précédé (22) ; tantôt, au contraire, dans l'intervalle compris entre le jour du délit et celui du jugement (23).

111. Les règles d'évaluation qui viennent d'être exposées souffrent exception : 1° quand une clause spéciale du contrat

19. L. 5 § 2, *Commodati*, XIII, 6.

20. L. 40 pr., *De her. pet.*, V, 3.

21. L. 18 pr. §§ 1 et 4, *De dolo malo*, IV, 3 ; L. 68, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Savigny, *System*, § 275, VI, p. 201.

22. L. 21 pr. et § 1 ; L. 27 ; § 5, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2.

23. Action *furti* : L. 9, *De in lit. jur.*, XII, 3 ; L. 50 pr., *De furtis*, XLVII, 2.

Condictio furtiva : L. 8 § 1, *De cond. furt.*, XIII, 1.

Action *rerum amotarum* : L. 29, *Rer. amot.*, XXV, 2.

fixe l'époque de l'exécution (24) ; 2^o quand le débiteur est en demeure (25).

La première exception est une application du principe que la convention tient lieu de loi entre les parties (26). Celles-ci, en fixant une époque déterminée, ont montré qu'elles avaient intérêt à ce que l'exécution eût lieu à ce moment. Si on se plaçait à une autre époque, on pourrait quelquefois leur causer un grave préjudice : tel serait le cas de marchandises ou d'objets, dont la valeur est sujette à de brusques variations.

La seconde exception est relative au cas de demeure. Il règne quelque incertitude sur le système d'évaluation suivi dans ce cas par les Romains ; les uns pensent que le défendeur devait être condamné à payer la plus haute valeur qu'a eue la chose dans l'intervalle de la mise en demeure au jugement (27) ; les autres croient que le demandeur pouvait réclamer à son choix la valeur que la chose avait soit au moment de la demeure, soit à l'époque du jugement (de la *litis contestatio* dans les actions de droit strict) (28). Nous n'avons pas à insister sur cette controverse qui sort de notre sujet ; tout ce qu'il faut en retenir, c'est que la *litis contestatio* perd en cas de demeure la plus grande partie de son importance.

112. Savigny a supposé que l'époque à laquelle devait se placer le *judex* pour faire la *rei æstimatio* était indiquée par la rédaction même de la *condemnatio*. Les trois formules dif-

24. Julien. « Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur quanti tunc fuisset... » L. 22, *De reb. cred.*, XII, 1.

Gaius. « Si merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit... tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit, si de die nihil convenit... » L. 4, *De cond. trit.*, XIII, 5.

25. Africain. « Aliter in stipulatione servatur, nam tunc id tempus spectatur, quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet; et enim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. » L. 57, *Mandati*, XVII, 1. Cf. L. 5, *De cond. trit.*, XIII, 5; L. 5 § 5; L. 21 § 5, *De act. empti*, XIX, 1.

26. L. 1 § 6, *Depositum*; L. 25, *De reg. jur.*, L. 17.

27. Glück, *Pandekten*, § 844, XIII, p. 290; Puchta, *Pandekten*, § 268, p. 410, note *f*. Le principal argument de ce système est tiré de la l. 8 § 1, *De cond. fut.* (XIII, 1); mais c'est là une décision introduite *odio furum*, qui ne saurait être étendue à d'autres hypothèses. Cf. Savigny, *System*, § 275, VI, p. 215.

28. Savigny, *System*, § 275, VI, p. 211; Maynz, *Cours*, II, p. 50.

férentes de la *condemnatio* : QUANTI EA RES FUIT, — QUANTI EA RES EST, — QUANTI EA RES ERIT, correspondraient aux trois époques de la formation du contrat, de la *litis contestatio* et du jugement (29).

La première de ces expressions se trouve sans doute dans le passage de l'Édit relatif à la loi Aquilia ; mais la distinction que Savigny prétend établir entre les formules QUANTI EA RES EST et QUANTI EA RES ERIT, spéciales, selon lui, l'une aux actions de droit strict, l'autre aux actions de bonne foi, est contredite par Ulpien qui considère les deux expressions comme identiques (50). Il n'y a pas d'ailleurs d'exemples de la formule QUANTI EA RES EST ; c'est toujours l'expression QUANTI EAM REM ESSE PARET que l'on rencontre dans les textes (51).

115. Dans le dernier état du droit, c'est en général le moment du jugement qui est décisif. La question d'ailleurs présentait bien moins d'intérêt depuis que les condamnations avaient cessé d'être nécessairement pécuniaires.

§ 2. Des dommages et intérêts.

114. Le second élément de la condamnation consiste en des dommages et intérêts. Le défendeur qui succombe doit en effet indemniser son adversaire du préjudice qu'il a pu lui causer en refusant de faire droit immédiatement à sa réclamation. Ce préjudice résultera tantôt de faits matériels, tels que la perte, la détérioration ou l'aliénation de la chose réclamée, tantôt elle consistera en une dépréciation qu'a subie cette chose tout en conservant son intégrité. La perte totale ou partielle peut être le fait du dol ou de la faute du défendeur ; elle peut aussi provenir d'un cas fortuit. Nous allons examiner successivement l'influence du dol, de la faute et du cas fortuit sur la responsabilité du défendeur avant et après la *litis contestatio*.

29. *System*, § 275, VI, p. 205.

30. L. 179, *De verb. sign.*, L. 16.

31. LL. 179 et 193, *De verb. sign.*, L. 16. Cf. Bethmann-Hollweg, *Rem. Civilpr.*, II, p. 525, note 173.

A. *Du dol.*

115. La *litis contestatio* n'aggrave en rien la responsabilité du défendeur en ce qui concerne le dol : il est toujours tenu d'en répondre sans distinction de bonne ou de mauvaise foi (52). Commis avant la *litis contestatio*, le dol constitue une violation de la loi du contrat dans les actions *in personam* ; dans les actions *in rem*, il est réprimé en vertu de dispositions législatives édictées d'abord pour la *petitio hereditatis* et étendues ensuite à la revendication (53). Quant au dol postérieur à la *litis contestatio*, on ne pouvait hésiter à en rendre le défendeur responsable ; les poursuites dirigées contre lui sont un avertissement suffisant pour qu'il ait à s'abstenir de tout fait qui pourrait devenir plus tard préjudiciable à son adversaire. Du reste dans les actions *in rem*, le défendeur prenait le dol à sa charge par la *clausula doli*, l'un des trois chefs de la stipulation *judicatum solvi*.

116. On a peine à comprendre que le possesseur de bonne foi puisse se rendre coupable de dol avant la *litis contestatio*, puisqu'il s'agit d'une chose qu'il croit à lui. Plusieurs explications ont été proposées de cette difficulté.

Une première réponse, qui avait déjà été faite par Azon et par Accurse et qui est reproduite par Pothier et par Glück, consiste à dire que le défendeur est tenu de son dol seulement depuis qu'il a connaissance que la chose réclamée ne lui appartient pas. Cette explication n'est pas satisfaisante, parce qu'elle ne rend pas compte de la différence que les Romains faisaient entre le dol et la faute en ce qui touche le possesseur de bonne foi.

Une autre explication a été proposée par Savigny (54). Le dol consisterait, selon lui, dans le silence que garde le défen-

52. L. 45, *De rei vind.*, VI, 1.

53. L. 20 § 6; L. 25 § 8, *De her. pet.*, V, 5; L. 27 § 5, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 254; Accarias, *Précis*, II, p. 954.

54. *System.* § 272, VI, p. 168, note g.

deur sur certains actes d'aliénation qui rentrent dans l'exercice de droit de propriété, mais qui n'en sont pas moins dommageables au revendiquant. Il est très difficile de comprendre comment un acte d'aliénation pourrait constituer un dol : le possesseur avait-il achevé avant la *litis contestatio* le temps requis pour usucaper, il a pu valablement disposer de l'objet réclamé ; si, au contraire, l'usucapion n'était pas encore accomplie, l'aliénation faite par lui est nulle et non avenue à l'égard du revendiquant.

Dans une troisième opinion, qui nous semble préférable et qui a pour elle l'autorité du président Favre (35), on considère comme un dol l'abus que fait le possesseur de bonne foi du droit de propriété qu'il croit lui appartenir. Cet abus réprouvé par les mœurs et quelquefois par les lois est dès l'origine un fait coupable, mais comme le possesseur ne fait tort qu'à lui-même, il ne saurait être question de dommages et intérêts. Quand le *judex* s'est prononcé, l'obligation qui incombe au possesseur de bonne foi de réparer le préjudice causé par l'usage exagéré de ses droits, apparaît dans toute sa force, si bien qu'elle semble jusque là avoir été paralysée parce que le créancier et le débiteur étaient une seule et même personne.

B. De la faute.

117. L'influence de la *litis contestatio* se fait surtout sentir en matière de faute. La situation du possesseur de mauvaise foi ne change pas, puisqu'il est tenu à toute époque de répondre de sa faute ; mais la responsabilité du possesseur de bonne foi est singulièrement aggravée (36).

118. Jusqu'à la *litis contestatio*, le possesseur de bonne foi n'est pas tenu de sa faute ; on ne peut lui reprocher de

35. *Rationalia*, II, p. 463 ; Pellat, *op. cit.*, p. 293.

36. *Ulpien.* « Si homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem a bonæ fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo ; debere ceteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonæ fidei possessor post litem contestatam. » L. 45, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. LL. 33, 56 § 1 et L. 51, *cod.* ; L. 21 § 3, *De evict.*, XXI, 2.

ne s'être pas conduit en bon administrateur : *rem quasi suam neglexit*. La *litis contestatio* l'avertit qu'il ne doit plus se considérer comme un propriétaire, mais plutôt comme un administrateur éventuel de la chose d'autrui; il contracte dès lors l'obligation de la traiter en bon père de famille : il répond donc à partir de ce moment de la perte ou des détériorations survenues par sa faute, tandis qu'auparavant il ne pouvait être poursuivi qu'à raison du *damnum injuria datum* (57).

Toutefois le possesseur est traité moins sévèrement en cas de faute qu'en cas de dol : le chiffre de la condamnation est alors arbitré par le *judex* au lieu d'être fixé sous serment par l'adversaire ; le défendeur peut en outre obtenir du demandeur la cession de son action (58).

Pour déterminer dans quelle mesure la *litis contestatio* influe, dans les actions *in personam*, sur la responsabilité du défendeur en matière de faute, il est nécessaire de distinguer les contrats de bonne foi et la stipulation de faire, d'une part, et la stipulation de donner, d'autre part.

119. Dans les contrats de bonne foi comme dans les stipulations ayant pour objet un fait, l'aggravation de responsabilité est peu sensible : avant la *litis contestatio*, le défendeur est tenu, en vertu même de l'obligation qu'il a contractée, de répondre de son dol et de sa *culpa levis* ; après la *litis contestatio*, la même responsabilité pèse sur lui, seulement elle s'apprécie toujours *in abstracto*, tandis qu'auparavant elle s'appréciait parfois *in concreto*. L'influence de la *litis contestatio* sur la responsabilité du débiteur se fait donc sentir seulement dans les cas exceptionnels, où on n'exige de lui que la diligence qu'il apporte à ses propres affaires (mari, associé, copropriétaire par indivis) (59).

120. S'il s'agit au contraire de la stipulation de donner un

57. L. 45, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 521.

58. L. 65, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Pellat, *op. cit.*, p. 354.

59. L. 17 pr., *De jure dot.*, XXIII, 5. — L. 72 § 2, *Pro socio*, XVII, 2. — L. 25 § 16, *Fam. erc.*, X, 2. Cf. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 521, note 155; Maynz, *Cours*, II, p. 43; Accarias, *Précis*, II, p. 597.

corps certain, l'aggravation de responsabilité produite par la *litis contestatio* est bien plus accentuée. Jusque-là le débiteur ne répond que de ses faits actifs, de sa *culpa in faciendo* (40); il devient désormais responsable de toute espèce de faute. Le principe que le demandeur doit obtenir tout ce qu'il eût reçu, s'il lui eût été donné satisfaction au moment même de la *litis contestatio*, s'applique aux *condictiones* comme aux actions *in rem*; le défendeur doit donc lui tenir compte de toutes les détériorations, qui ne résultent pas d'un cas fortuit; ce qui comprend évidemment les détériorations provenant de sa faute (41).

C. Du cas fortuit.

121. La responsabilité des cas fortuits est quelque chose de fort rigoureux et elle doit par suite être restreinte dans les limites les plus étroites. On comprend donc que les juriconsultes romains aient hésité à faire peser dans tous les cas cette responsabilité sur le défendeur à partir de la *litis contestatio*. Cette question avait de fort bonne heure fait l'objet d'une controverse.

Sabinus et Cassius se refusaient à mettre les risques à la charge du défendeur et décidaient qu'il devait dans tous les cas être absous (42). C'était la conséquence du principe sabinien *Omnia judicia absolutoria esse*, et de l'assimilation qu'on établissait entre le paiement et le défaut d'exécution par suite d'un cas fortuit (43). D'ailleurs, ajoutaient les Sabinien, la chose pouvant aussi bien périr chez le demandeur

40. L. 7 § 3, *De dolo malo*, IV, 5; L. 91 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1. Cf. Accarias, *Précis*, II, p. 600.

41. L. 31 pr., *De reb. cred.*, XII, 1. Cf. Savigny, *System*, § 272, VI, p. 169.

42. *Gaius*. « Sive autem cum ipso, apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum herede ejus, et sua natura res ante rem judicatam intercederit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia æquum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere. utique quum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. » L. 14 § 1, *Depositum*, XVI, 5.

43. L. 107, *De sol.*, XLVI, 3.

que chez le défendeur, il n'y avait pas à tenir compte du défaut de restitution, qui était quelque chose de purement accidentel.

Proculus, de son côté, réclamait avec non moins de logique la condamnation du défendeur, en vertu du principe : *Damnari debere, qui iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari deberet* (44). Quant à savoir si la chose eût ou non péri chez le demandeur, il n'y avait pas à s'en inquiéter, puisqu'une restitution faite à l'époque de la *litis contestatio* eût permis au demandeur de vendre et de se mettre ainsi à l'abri de toute perte.

La doctrine sabinienne finit par prévaloir, et du temps d'Ulpien elle était généralement adoptée (45), sauf quelques restrictions. On considère alors la *litis contestatio* comme impuissante à faire passer les risques sur la tête du défendeur; on ne lui reconnaît cet effet qu'autant qu'elle se combine avec une circonstance personnelle au défendeur, comme sa mauvaise foi ou sa demeure.

122. Dans les actions *in rem* autres que la *petitio hereditatis*, la *litis contestatio* ne modifie en rien la situation du possesseur de bonne foi : il ne répond pas plus des cas fortuits après qu'avant la *litis contestatio*; Paul en donne pour raison que le possesseur ne doit pas être entravé dans sa défense par la crainte des risques qui pourraient tomber à sa charge (46). Toutefois si le possesseur de bonne foi n'est pas responsable de la perte survenue par cas fortuit, il doit au moins restituer

44. *Paul.* « Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debet secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distrahisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet; Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat, in bona fidei possessoribus Cassius. » L. 40 pr., *De her. pet.*, V, 5. Cf. L. 15 § 5, *De rei vind.*, VI, 1.

45. *Ulpian.* « Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse præstantum plerique aiunt. » L. 15 § 5, *De rei vind.*, VI, 1.

46. « Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. » L. 40 pr., *De her. pet.*, V, 5. Cf. L. 20 § 21, *cod.*; L. 15 § 3 et L. 16, *De rei vind.*, VI, 1.

les fruits qu'il a pu percevoir avant que la chose ait péri (47). Ulpien, qui adopte comme la plupart de ses contemporains, la doctrine sabinienne, fait toutefois une réserve pour le cas où le possesseur est en demeure. Il s'agit là, comme l'a fort bien montré Savigny, de l'inexécution de l'ordre de condamner donné par le *judex*; cette désobéissance ou *contumacia* constitue une véritable demeure, puisqu'elle s'applique à une obligation qui découle de la *litis contestatio* (48).

L'influence de la *litis contestatio* se fait sentir au contraire quand il s'agit d'un possesseur de mauvaise foi : il doit supporter à partir de ce moment la perte ou la détérioration survenue par cas fortuit (49).

Pendant longtemps, le possesseur de bonne foi dans la *petitio hereditatis* a été assimilé, à partir de la *litis contestatio*, à un possesseur de mauvaise foi : ainsi le voulait une disposition du sénatus-consulte Juventien, inspirée sans doute par le souvenir de l'ancienne *usucapio lucrativa* de l'hérédité. Mais cette interprétation un peu trop littérale de l'*oratio Hadriani* paraît avoir été abandonnée à la fin de l'époque classique. Paul admet en effet pour la *petitio hereditatis*, comme pour la revendication, une distinction entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi (50).

125. On dit souvent que la *litis contestatio* constitue le possesseur de mauvaise foi. C'est là un langage qui semble inexact et qui pourrait prêter à confusion. On trouve sans doute exprimée dans Ulpien l'idée que tous les possesseurs deviennent de mauvaise foi après la *litis contestatio* (51); mais

47. L. 16 pr., *De rei vind.*, VI, 1; L. 8, *De re jud.*, XLII, 1; L. 11. *Jud. solvi*, XLVI, 7.

48. Savigny, *System*, § 275, VI, p. 178, note u; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 523.

49. L. 20 § 21 et L. 40 pr., *De her. pet.*, V, 3. Cf. Savigny, *System*, § 275, VI, p. 179.

50. L. 40 pr., *De her. pet.*, V, 3. Cf. Savigny, *System*, § 275, VI, p. 180, note y.

51. « Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam. » L. 25 § 7, *De her. pet.*, V, 3.

« Ubi scit [a se peti], incipit esse malæ fidei possessor. » L. 20 § 11, *cod.* Cf. L. 31 § 3, *eod.*

ce texte, s'il ne se réfère pas uniquement aux réclamations d'hérédités caduques par le fisc, ne se rapporte qu'à la *petitio hereditatis*. Il n'y a donc pas lieu d'étendre à toutes les actions *in rem* une disposition exceptionnelle, qui ne concerne que la *petitio hereditatis*.

Toutefois il faut reconnaître que, si la *litis contestatio* ne fait pas cesser la bonne foi du possesseur, elle exerce cependant une certaine influence sur sa situation. Il doit désormais avoir quelques doutes sur la valeur de ses droits et prévoir le cas où les prétentions du demandeur se trouveraient fondées. Il ne peut donc plus considérer la chose réclamée comme sa propriété incontestée, sur laquelle il soit en droit d'exercer le *jus abutendi* sans limites (52). C'est en ce sens que les empereurs Valentinien II et Valens disent dans une constitution de 569 : *Re in judicium deducta scientiam malæ possessionis accepit* (53). Malgré cela, il y a entre la position du possesseur de bonne foi et celle du possesseur de mauvaise foi assez de différences pour qu'on doive, après comme avant la *litis contestatio*, maintenir entre eux une ligne de démarcation bien tranchée. Nous venons de signaler une de ces différences en matière de risques; nous en rencontrerons d'autres quand nous traiterons des fruits.

124. Dans les actions *in personam*, la *litis contestatio* n'a pas d'influence sur la responsabilité du défendeur en matière de cas fortuits. Cette proposition, qui s'applique d'une façon absolue au cas où le débiteur a été mis en demeure avant les poursuites, n'est pas moins vraie dans l'hypothèse où il ne lui a été adressé auparavant aucune interpellation (54).

Quelques auteurs, tout en reconnaissant que la *litis contestatio* à elle seule ne suffit pas à faire passer les risques sur la tête du défendeur, ont prétendu rattacher cet effet à la mise en demeure qu'elle produirait toujours. Cette manière de voir

52. Savigny, *System*, § 264, VI, p. 86 et 87; Maynz, *Cours*, I, p. 784.

53. *Constantin*. 514. « Ex interposita contestatione et causa in judicium deducta super jure possessionis vacillet ac dubitet. » L. 10, C. *De acq. et ret. poss.*, VII, 52.

54. L. 5, C. *De fruct. et lit. exp.*, VII, 51. Cf. Savigny, *System*, § 264, VI, p. 84, note *h* et p. 89.

semble confirmée par des décisions de Pomponius (55), de Paul (56) et d'Ulpien (57) relatives à la perte de la chose litigieuse. On invoque surtout un texte d'Ulpien d'où il résulterait que le défendeur se trouvé constituait en demeure par le fait seul de soutenir le procès (58).

125. L'opinion la plus répandue et aussi la mieux justifiée est que la demeure du défendeur est absolument indépendante de la *litis contestatio* (59). La nature contractuelle de la *litis contestatio* ne s'accorde pas avec l'idée de la demeure, qui participe un peu du caractère des délits. Du reste, la demeure a ses conditions spéciales : leur existence, comme le dit Marcien, est une pure question de fait (60). La demeure peut donc précéder la *litis contestatio*, coïncider avec elle ou même la suivre.

Elle précédera la *litis contestatio* quand le débiteur aura été sommé de s'exécuter et aura négligé de le faire.

Elle coïncidera avec elle toutes les fois que le défendeur n'aura pas de motifs plausibles de contester la dette. C'est là le sens de cette phrase d'Ulpien : *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere* (61). Scævola (62) et Paul (63) s'expriment presque en termes identiques, et leur témoignage formel permet d'écarter tous les arguments de texte qu'on invoque dans l'opinion précédente pour rattacher la demeure à la *litis contestatio*. S'il s'agit d'une stipulation, il est difficile de concevoir une résistance sérieuse de la part du débiteur, le caractère formel de l'acte ne pouvant laisser

55. « Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit. » L. 12 § 5. *Depositum*, XVI, 5.

56. L. 8, *De re jud.*, XLII, 1.

57. L. 5, *De conf.*, XLII, 2.

58. « Hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere. » L. 82 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1.

59. Savigny, *System*, § 264, VI, p. 82 et 83; Vangerow, *Pandekten*, § 160, I, p. 253; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 523, note 162.

60. L. 32 pr., *De usuris*, XXII, 1.

61. L. 65, *De reg. jur.*, L, 17.

62. L. 47, *De usuris*, XXII, 1.

63. L. 24 pr., *eod.*

aucun doute sur l'existence de la dette. Mais, dans bien des cas, le défendeur engagera l'instance avec l'entière conviction de son bon droit : il en serait ainsi notamment si les poursuites étaient dirigées contre l'héritier du débiteur (64).

Enfin la demeure peut suivre la *litis contestatio*. C'est ce qui arriverait, dit Papinien, dans le cas où l'application de la loi Falcidie ne permettrait pas de déterminer à l'avance le montant d'un fidéicommiss ; l'héritier serait alors constitué en demeure par le jugement, qui le condamnerait à exécuter le fidéicommiss (65).

126. La responsabilité des cas fortuits, qui incombe au défendeur à partir de la *litis contestatio*, ne comporte aucune restriction : il ne pourrait donc pas s'y soustraire en démontrant que la chose eût péri ou se fût également détériorée chez le demandeur (66) et que ce dernier ne l'eût pas vendue, si elle lui eût été restituée (67). Sur ce dernier point toutefois, il y a quelques divergences d'opinion : Cujas, Pothier et des auteurs récents prétendent décharger le défendeur des risques toutes les fois que le demandeur n'aurait pas vendu l'objet du litige (68). Mais cette doctrine, comme le remarque justement Savigny (69), fait de la possibilité de vendre la condition même de l'obligation du défendeur, tandis que les jurisconsultes romains présentent cette possibilité comme le motif de la responsabilité qui pèse sur lui (70). Cette responsabilité toutefois serait écartée s'il réussissait à prouver que

64. L. 42. *De reg. jur.*, L. 17.

65. L. 5 pr., *De usuris*, XXII. 1. Cf. Savigny, *System*, § 264, VI, p. 85.

66. Le seul texte qui semble admettre cette limitation est un passage d'Ulpien relatif à l'action *Quod metus causa* : « Si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus. » L. 14 § 11, *Quod met. causa.*, IV, 2. La rédaction un peu embarrassée de ce texte et la spécialité des matières auxquelles il se réfère ne permettent pas de le généraliser. Cf. Savigny, *System*, § 274, VI, p. 195 ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 524.

67. Ulpien n'apporte aucun tempérament à l'obligation du défendeur : L. 47 § 6, *De leg. I.*, XXX ; L. 20 § 21, *De her. pet.*, V, 5.

68. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 191.

69. Savigny, *System*, § 274, VI, p. 185.

70. Ulpien. « Si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet. » L. 20 § 21, *De her. pet.*, V, 5. — « Quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. » L. 40 pr., *cod.* — « Potuit enim eum [fundum] acceptum legatarius vendere. » L. 47, § 6, *De leg. I.*, XXX. ;

le demandeur n'eût pu vendre la chose réclamée, soit que cette aliénation fût prohibée (immeuble dotal), soit qu'elle lui ait été matériellement impossible à raison de son absence (71).

127. Les Romains ont appliqué à la dépréciation les mêmes règles qu'à la perte ou à la détérioration matérielle. Le possesseur de mauvaise foi doit donc répondre de la dépréciation survenue depuis la *litis contestatio*. S'il pouvait se libérer par une exécution en nature, il aurait le moyen de réduire à rien le droit du demandeur ; mais la restitution n'est complète et par suite n'entraîne l'absolution que si elle porte à la fois sur la chose réclamée et sur ses accessoires ; or dans ces accessoires figure une indemnité représentant la différence entre la valeur actuelle et la plus haute valeur depuis la *litis contestatio* (72).

§ 5. Des augmentations et accessoires.

128. Quand le défendeur restitue la chose réclamée, il doit rendre en même temps tout le profit qu'il a pu en retirer, les fruits naturels et civils qu'elle a produits, les accroissements naturels (alluvion) et juridiques (acquisition de droits) qu'elle a reçus, les actions qui appartiennent au possesseur, le trésor, les acquisitions qu'il a faites par l'intermédiaire des esclaves. Toutes ces augmentations et accessoires de la chose sont compris par les Romains sous la dénomination générique de *causa rei* (73).

71. C'est ainsi qu'on peut concilier avec les textes cités à la note précédente un autre passage d'Ulpien qui semble subordonner la responsabilité du défendeur à la circonstance que le demandeur eût vendu en fait la chose réclamée : « Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari. » L. 15 § 3, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Savigny, *System*, § 274, VI, p. 189 ; Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 181.

72. L. 3, *De cond. trit.*, XIII, 3 ; LL. 35, 75 et 246 § 1, *De verb. sign.*, I, 16.

73. *Gaius*. « Nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. » L. 20, *De rei vind.*, VI, 1.

Paul. « Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset,

A. *De la causa rei dans les actions in rem.*

129. L'obligation qui incombe au défendeur de restituer les augmentations et accessoires de la chose réclamée est plus ou moins étendue, suivant que l'on se place avant ou après la *litis contestatio*; elle varie selon qu'il s'agit d'un possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

L'influence de la *litis contestatio* sur la restitution des fruits dans la revendication ne se fait point sentir à l'égard du possesseur de mauvaise foi : celui-ci est obligé après comme avant de rendre tous les fruits, ceux qu'il a retirés de la chose (*fructus percepti*) comme ceux qu'il a négligé de percevoir (*fructus percipiendi*) (74). Cette règle ne paraît pas toujours avoir été aussi absolue; c'est une conséquence de l'application qui a été faite du Sénatus-consulte Juventien au possesseur d'une chose particulière (75). Avant Adrien, le possesseur de mauvaise foi ne devenait comptable des fruits qu'il avait négligé de percevoir qu'à partir de la *litis contestatio* : jusque-là il n'y avait entre lui et le revendiquant aucun lien d'obligation. Les commentateurs sont très divisés sur le point de savoir comment s'apprécie l'obligation de restituer les *fructus percipiendi* et si elle est ou non aggravée par la *litis contestatio*. Un examen approfondi de cette controverse sortirait du cadre de notre travail ; qu'il suffise d'indiquer en passant que l'opinion de Savigny et de Pellat, d'après laquelle le *judei* doit tenir compte des fruits qu'un administrateur diligent eût perçus, nous paraît préférable (76).

130. Le possesseur de bonne foi garde tous les fruits qu'il a

id est et usucapionis causam, et fructuum. » L. 35, *De reg. jur.*, L. 17. Cf. Ll. 75 et 246 § 1, *eod.*

74. Dioclétien et Maximien. 294-305. « Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare. » L. 22, C. *De rei vind.*, III, 52. Cf. L. 25 § 4, *De her. pct.*, V, 5; L. 62, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 2, C. *De pct. her.*, III, 51. Inst. *De div. rer.*, II, 1 § 55; Inst. *De off. jud.*, IV, 17 § 2.

75. L. 27, § 5, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Savigny, *System*, § 266, VI, p. 108.

76. L. 5, C. *De rei vind.*, III, 52. — Paul. *Sent.*, I, 15 b. § 9. Cf. Savigny, *System*, § 267, VI, p. 114; Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 350.

perçus avant la *litis contestatio*, sans qu'il y ait à distinguer entre les fruits consommés (*fructus consumpti*) et ceux qui existent encore en nature (*fructus extantes*) (77). Cette distinction inconnue aux anciens jurisconsultes paraît avoir été introduite à une date récente peut-être par une constitution de Dioclétien et de Maximien (78). Elle est en effet contraire aux termes d'un rescrit de l'année 200, où Septime-Sévère et Caracalla établissent une distinction bien nette entre le possesseur de bonne foi actionné en pétition d'hérédité et celui qui succombe dans une revendication ; ils repoussent dans ce dernier cas l'application de la maxime *Fructus augent hereditatem* (79). Toutefois quelques interprètes pensent que dès l'époque classique le possesseur de bonne foi était obligé de restituer les fruits encore existants lors de la *litis contestatio* (80) ; ils se fondent sur divers passages où le possesseur de bonne foi semble n'acquérir les fruits que par la consommation (81). Mais ce sont là, suivant toute vraisemblance, des textes interpolés (82) ; ils ne sauraient prévaloir sur les décisions formelles de Julien (83), de Gaius (84), et de Paul (85), qui attribuent au possesseur de bonne foi un droit immédiat et absolu sur les fruits et lui reconnaissent une situation égale et même supérieure à celle de l'usufruitier, qui n'est jamais soumis à aucune restitution.

La *litis contestatio* fait obstacle à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi et l'oblige à restituer tous ceux qu'il percevra désormais ou même qu'il négligera de perce-

77. LL. 48 et 65, *De rei vind.*, VI, 1 ; L. 1 § 4, *De pign. et hyp.*, XX, 1 ; L. 42 § 1, *Sol. matr.*, XXIV, 5.

78. L. 22, C. *De rei vind.*, III, 52.

79. L. 2, C. *De pet. her.*, III, 51. Cf. Pellat, *op. cit.* p. 565.

80. Savigny, *System*, § 266, VI, p. 107 ; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 519, note 147 ; Maynz, *Cours*, I, p. 784.

81. L. 4 § 2, *Fin. reg.*, X, 1 ; L. 48 pr., *De acq. rer. dom.*, XII, 1 ; L. 4 § 19, *De usurp.*, XLI, 5.

82. Pellat, *op. cit.*, p. 507 ; Accarias, *Précis*, I, p. 564.

83. « Bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prædiorum tributum est. » L. 22 § 1, *De usuris*, XXII, 1.

84. L. 28 pr., *eod.*

85. « Quod ad fructus attinet, loco domini præne est [bonæ fidei emptor]. » L. 48 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1.

voir (86). Le possesseur de bonne foi garde les fruits antérieurs à la *litis contestatio* parce qu'il serait trop rigoureux de l'assujettir à rendre les fruits d'une chose qu'il croyait sienne et qu'il aura vraisemblablement dépensés; mais la *litis contestatio* vient dissiper ses illusions : il ne peut plus dès lors se considérer comme un propriétaire, mais plutôt comme un administrateur de la chose d'autrui : ce qui entraîne pour lui l'obligation de rendre tous les fruits, ainsi qu'un possesseur de mauvaise foi.

151. Les principes sur la restitution des fruits sont les mêmes pour la *petitio hereditatis* que pour la revendication (87), à cette différence toutefois que le possesseur de bonne foi est tenu de restituer dans la *petitio hereditatis* la valeur des fruits perçus avant la *litis contestatio* jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi; ainsi le voulait une disposition formelle de l'*oratio Hadriani* confirmée par un rescrit de Marc-Aurèle de l'année 170 (88).

152. Dans le droit primitif dont les dispositions sont restées longtemps en vigueur, la *litis contestatio* avait pour effet d'obliger le possesseur qui succombait à restituer au double les fruits qu'il avait perçus ou négligé de percevoir à partir de ce moment (89). Une constitution de Valentinien II et de Valens de l'année 569 donna une extension excessive à cette règle en l'appliquant aux fruits antérieurs à la *litis contestatio*, quand il

86. *Dioclétien et Maximien*, 294-305. « Certum est male fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei vero extantes, post litis autem contestationem universos. » L. 22, C. *De rei vind.*, III, 52. Cf. L. 16 § 4. *De pign., et hyp.*, XX, 1; L. 2, C. *De pet. her.*, III, 51.

« Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. » Inst. *De off. jud.*, IV, 17, § 2.

87. « Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire in singularum rerum petitione. » Inst. *De off. jud.*, IV, 17 § 2.

88. « Ante litis contestationem... fructus bonæ fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. » L. 1, C. *De pet. her.*, III, 51. Cf. L. 23, *De her. pet.*, V, 5.

89. « Arbitros ter dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decidito. » Festus, v° *Vindicta*, éd. Müller, p. 576.

« Ex die accepti iudicii dupli fructus computantur. » Paul. *Sent.*, V, 9 § 2, Cf. I, 15 b, § 8. — Pellat, *op. cit.*, p. 543; Accarias. *Précis*, II, p. 961.

s'agissait d'un possesseur de mauvaise foi (90). Justinien a ramené dans tous les cas la restitution au simple, ainsi que l'indiquent le silence des Institutes et les suppressions que Tribonien a fait subir à la constitution de Valentinien II et de Valens en l'insérant dans le Code (91). La *litis contestatio* cessa dès lors d'exercer aucune influence sur l'étendue de la restitution des fruits et n'eut désormais d'autre effet que de déterminer les cas où il y aurait lieu à restitution.

155. Les mêmes règles s'appliquent à l'action confessoire (92), à l'action hypothécaire (93), à l'action *finium regundorum* (94) et à l'action *ad exhibendum* (95).

154. Quant aux accroissements qui ont pu survenir à la chose réclamée (alluvion), le possesseur de bonne foi est tenu de les restituer comme le possesseur de mauvaise foi; s'il pouvait garder toutes les augmentations antérieures à la *litis contestatio*, il s'enrichirait aux dépens d'autrui. Or Ulpien dit en parlant du défendeur : *Lucrum enim ex eo homine, in lite esse cœperit, facere non debet* (96). Si l'augmentation a disparu lors du jugement, l'enrichissement a cessé et avec lui l'obligation de restituer.

Il faut enfin comprendre dans la restitution de la *causa rei* la cession des actions acquises à l'occasion de la chose.

90. « Litigator victus, quem invasorem alienæ rei prædonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienæ, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum simplorum fructuum præstationem, aut eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed duplos fructus, et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et prædoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur; ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo, re in judicium deducta, scientiam malæ possessionis accepit. » L. 1, C. Th., *De fruct. et lit. exp.*, IV, 18. Cf. L. Rom. Burg., XXXIV et XXXV; Ambros. *Epist.*, 9.

91. L. 2, C. *De fruct. et lit. exp.*, VII, 51.

92. L. 5 § 4, *Si ususfr. pet.*, VII, 6; L. 19 § 1, *De usuris*, XXII, 1. Il faut remarquer qu'ici la restitution des fruits ne présente d'intérêt qu'autant que le demandeur ne possède pas; ainsi l'usufruitier, qui intente l'action confessoire pour faire disparaître les obstacles apportés à l'exercice de son droit, ne peut réclamer aucune restitution. Cf. L. 5 § 6, *Si ususfr. pet.*, VII, 6.

93. L. 16 § 4, *De pign. et hyp.*, XX, 1.

94. L. 4 § 2, *Fin. reg.*, X, 1.

95. L. 9 §§ 5-7, *Ad exhib.*, X, 4. — Inst. *De off. jud.*, IV, 17 § 3.

96. L. 17 § 1, *De rei vind.*, VI, 1. Cette règle ne s'applique point au part des femmes esclaves, dont la restitution est régie par les principes de fruits. Cf. L. 10, *De usuris*, XXII, 1.

155. Les moyens de droit, à l'aide desquels on réclame la *causa rei*, sont l'action principale, ou une revendication spéciale, quand les fruits et accroissements existent encore en nature ; une *condictio*, lorsqu'ils ont été consommés. Quant aux fruits négligés (*fructus percipiendi*), on les obtient par l'action principale ; une revendication spéciale ne saurait se concevoir, puisqu'ils n'existent point ; une *condictio* est également impossible, puisque le défendeur ne s'est point enrichi (97)

B. *De la causa rei dans les actions in personam.*

156. La *litis contestatio* n'a que fort peu d'influence sur la restitution de la *causa rei* dans les actions *in personam* ; les obligations qui leur servent de base, s'étendent en effet non seulement à l'objet dû, mais encore à tous ses accessoires. Il y a lieu toutefois de faire à cet égard quelques distinctions.

157. Les actions *in personam* tendent soit à faire rentrer dans le patrimoine une valeur qui en est sortie, soit à faire acquérir une chose qui n'en a jamais fait partie (98).

Dans les actions, qui tendent à une *repetitio*, il est de règle que les fruits et autres accessoires doivent être restitués dès l'origine (99), si bien que la *litis contestatio* est ici sans importance. L'obligation, qui sert de fondement à la *condictio indebiti* et aux autres actions de ce genre, comporte la restitution des fruits en l'absence de tout litige, puisque, comme le dit Papinien, elle repose entièrement sur l'équité (100). Alexandre Sévère fait une application de cette règle à l'action *pignoratitia* (101).

97. *Labeon.* « Si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet. » L. 78, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Savigny, *System*, § 267, VI, p. 119.

98. L. 58 § 7, *De usuris*, XXII, 1.

99. *Paul.* « Indebiti soluti condictio naturalis est ; et ideo etiam quod rei solutæ accessit, venit in conditionem, utputa partus, qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accessit, imo et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in conditionem venit. » L. 15 pr., *De cond. ind.*, XII, 6. Cf. L. 65 §§ 5 et 8, *cod.* ; L. 58 § 2, *De usuris*, XXII, 1.

100. L. 66, *De cond. ind.*, XII, 6.

101. L. 5, C. *De pign. act.*, IV, 24.

Quant aux actions qui ont pour objet une chose qui ne faisait point partie auparavant du patrimoine, il faut tenir compte de la division traditionnelle en actions de bonne foi et actions de droit strict.

158. Dans les actions de bonne foi tous les fruits doivent être restitués (102); il n'y a donc pas à se préoccuper ici de l'influence de la *litis contestatio*.

Dans les actions de droit strict au contraire, le créancier n'a aucun droit à des prestations accessoires et notamment à des restitutions de fruits (103). C'est la conséquence du caractère formaliste de ce genre d'actions, dont l'efficacité était rigoureusement restreinte à leur objet primitif. Cette rigueur toutefois ne tarda pas à s'adoucir; des considérations d'équité et peut être aussi l'exemple de la revendication amenèrent une jurisprudence plus favorable au créancier, qui put exiger les fruits à partir de la *litis contestatio*. Sabinus et Cassius paraissent avoir sinon introduit, du moins développé cette doctrine; elle a depuis été adoptée par la plupart des jurisconsultes et notamment par Papinien (104) et Paul (105).

159. A côté des fruits et accessoires, il faut dans les actions *in personam* placer les intérêts. Ces intérêts (intérêts judiciaires) sont considérés comme l'équivalent du préjudice causé au demandeur par l'impossibilité où le met le procès de faire valoir les capitaux engagés dans l'instance; ils sont par suite assimilés aux fruits (106) et sont dus à partir de la *litis contestatio*.

102. Paul. « In ceteris quoque bonæ fidei judiciis fructus omnimodo præstantur. » L. 58 § 15. *De usuris*, XXII. 1.

105. Paul. « Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit. Quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex æquitate fructus quoque post acceptum iudicium præstandos putant, ut causa restituatur; quod puto recte dici. » L. 58 § 7. *De usuris*, XXII. 1.

104. Papinien. « Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa præstetur. » L. 2. *cod.*

105. L. 58 § 7. *cod.*; L. 8. *De re jud.*, XLII, 1. Cf. LL. 1, 2 et 4, C. *De usur. et fruct. leg.*, VI, 47. — Accarias, *Précis*, II, p. 878.

106. Ulpien. « Usuræ vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari, et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelæ actione, et in ceteris judiciis bonæ fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus. » L. 54. *De usuris*, XXII. 1.

Quelques auteurs se refusent à reconnaître à la *litis contestatio* cet effet important. Marcien dit sans doute que les intérêts sont dus dans les contrats de bonne foi à dater de la mise en demeure (107); mais il suppose évidemment que la demeure a précédé l'introduction de l'instance, et s'il ne parle pas des intérêts judiciaires, c'est qu'ils se confondent la plupart du temps avec les intérêts moratoires (108). Le témoignage d'Ulpien ne permet pas de douter que la *litis contestatio* ne fasse courir les intérêts; mais pour que son influence à cet égard soit sensible, il faut ou que le débiteur poursuivi ne soit pas en demeure auparavant ou que la mise en demeure n'entraîne pas l'obligation de payer les intérêts.

140. La *litis contestatio* n'oblige le défendeur aux intérêts qu'autant que l'action a pour objet une somme d'argent. S'il n'en est pas ainsi pour les quantités, c'est que leur prix est soumis à de trop grandes chances de variation pour qu'on puisse déterminer d'une façon certaine le capital productif d'intérêts (109).

La *litis contestatio* fait courir les intérêts aussi bien dans les actions de bonne foi que dans les actions de droit strict, sauf la *condictio certi*. On a essayé d'étendre l'exception en appliquant à toutes les actions de droit strict un rescrit d'Antonin Caracalla de l'année 215, qui exclut formellement la réclamation d'intérêts en matière de *condictio indebiti* (110). L'exception relative à la *condictio certi* tient à la nature particulière de cette action, dans laquelle le montant de la condamnation doit être exactement égal au chiffre porté dans l'*intentio* (111). Mais dans la *condictio incerti*, rien ne s'op-

107. « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur. » L. 32 § 2, *De usuris*, XXII, 1.

108. Nous n'invoquons pas à l'appui de notre opinion ces mots de Paul: *Litis contestata usuræ currunt* (L. 55, *De usuris*, XXII, 1). Ce texte exprime simplement cette idée que l'effet extinctif de la *litis contestatio* intervenue sur l'action relative au capital ne s'étend pas à la créance d'intérêts. Cf. L. 18, *De nov.*, XLVI, 2. — Savigny, *System*, § 270, VI, p. 143; Accarias, *Précis*, II, p. 872, note 1.

109. On peut invoquer par analogie une décision de Papinien: L. 3 § 4, *De usuris*, XXII, 1. Savigny, *System*, § 269, VI, p. 157.

110. L. 1, C. *De cond. ind.*, IV, 5.

111. Gaius. IV, 52.

pose à ce que le *judex* ne tienne compte des intérêts, puisque l'*intentio* ne contient pas l'indication d'une somme d'argent (112).

Les legs et les fidéicommiss de sommes d'argent produisent intérêt à partir de la *litis contestatio*, quand l'héritier débiteur n'était pas déjà en demeure, lorsqu'il a été actionné en délivrance (113).

141. La *petitio hereditatis* était régie, en matière d'intérêts, par des principes analogues : le possesseur de bonne foi doit, à partir de la *litis contestatio*, l'intérêt des sommes produites par la vente des objets héréditaires qu'il a faite antérieurement (114).

112. Savigny, *System*, § 270, VI, p. 147.

113. *Septime-Sévère et Antonin*. 199. « Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eotempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est... » L. 1, C. *De usur. et fruct. leg.*, VI, 47. Cf. LL. 2 et 4, *eod.* Les intérêts moratoires, qui n'étaient dus d'abord qu'en matière de fidéicommis (Gaius, II, 280), avaient été étendus à tous les legs, à la fin de l'époque classique. L. 39 § 1, *De leg. I.*, XXX.

114. *Marc-Aurèle*. 170. « Post litem autem contestatam [bonæ fidei possessores] tam fructus non venditarum rerum... quam usuras pretii rerum ante litem contestationem venditarum, ex die contestationis computandas omni modo reddere compellantur. » L. 1, C. *De pet. her.*, III, 31. Cf. L. 20 §§ 6 et 11, *De her. pet.*, V, 3. — L. 1, C. *De his qui ut ind.*, VI, 35.

CHAPITRE IX.

De l'effet extinctif de la *LITIS CONTESTATIO*.

142. Après avoir passé en revue les nombreux effets de la *litis contestatio* sur le *judicium*, dont elle a marqué l'établissement, il reste à déterminer dans quelle mesure l'action de la *litis contestatio* s'étend aux instances que les plaideurs essaieraient plus tard d'introduire : ce qui revient à examiner l'influence exercée par la *litis contestatio* sur le droit déduit en justice et à rechercher si ce dernier peut servir de base à une nouvelle action. Sur ce point il ne saurait exister le moindre doute : tout droit sur lequel est intervenu une *litis contestatio* est désormais impuissant à fonder une action.

La *litis contestatio* nous apparaît donc sous un autre jour. Ce n'est plus l'acte créateur, qui donne naissance à un droit entouré de tant d'avantages que Paul a pu dire : en engageant une instance, on rend sa condition meilleure (1). C'est une force destructrice, qui s'attaque au droit déduit en justice et lui enlève toute efficacité, quand elle ne l'anéantit pas complètement. Les commentateurs allemands disent alors de la *litis contestatio* qu'elle produit un *effet négatif* : l'expression *effet extinctif* paraît préférable.

143. Ce chapitre et les suivants vont être consacrés à l'étude de cette matière importante et ce n'est pas la partie la moins ardue de notre tâche. Si le principe même de l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne présente aucune incertitude, il s'é-

1. « Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior. » L. 86, *De reg. jur.*, L, 17. Cf. L. 87, *eod.*; L. 29, *De nov.*, XLVI, 2.

lève de graves difficultés en ce qui concerne son application. Pour plus de clarté, nous examinerons d'abord le cas normal, celui où l'action de la *litis contestatio* ne se fait sentir qu'entre les parties en cause ; nous étudierons ensuite les hypothèses plus délicates où l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'étend d'une personne à une autre (mandants et mandataires ; *pater familias* et *filius familias* ; coobligés ; cautions et débiteur principal).

SECTION PREMIÈRE.

LE PRINCIPE DE LA CONSOMMATION DE L'ACTION ET SA FORMULE.

144. L'effet extinctif de la *litis contestatio* peut ainsi se formuler : toute action, qui a été poursuivie jusqu'à la *litis contestatio*, ne peut plus être intentée avec succès. Dès l'instant où le droit porté en justice a pris place dans la formule, on ne peut plus le faire valoir par une nouvelle action : il est consommé (2). Cette expression figurée est empruntée aux choses corporelles qui se consomment par l'usage (*quæ usu consumuntur*). Gaius emploie l'expression *tollere* que l'on rencontre parfois en cette matière comme synonyme de *consumere* (3).

145. Les Romains, fidèles à leur habitude de renfermer les principes juridiques dans de courtes maximes, expriment la règle de l'effet extinctif de la *litis contestatio* par cette formule : *Bis de eadem re ne sit actio*. L'étude approfondie de cette maxime jette une vive lumière sur la théorie de la consommation de l'action ; nous allons donc en rechercher l'origine et en suivre le développement historique.

2. « Totius illius juris obligatio illa incerta actione quævis... per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. » Gaius, IV, 131.

Paul. « Per alteram actionem altera quoque consumitur... » L. 28 § 4, *De jurej.*, XII, 2.

Ulpien. « Licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit... » L. 13 pr., *De instit. act.*, XIV, 5. Cf. L. 66, *De procur.*, III, 5.

3. Gaius, III, 180. Cf. L. 1, *De usufr. ear. rer.*, VII, 5.

§ 1. *Origine de la règle. Bis de eadem re ne sit actio.*

146. Les jurisconsultes romains ne nous ont point conservé la formule de la règle; elle n'est rapportée que dans les ouvrages de deux rhéteurs, Quintilien (4) et Julius Victor (5). Encore n'est-elle pas absolument fixe : on trouve tantôt *Bis de eadem re ne sit actio*, tantôt *Bis de eadem re agere non licet* ou *Bis de eadem re agere ne liceat*. Quand au principe lui-même, il est souvent rappelé dans les écrits de Gaius (6), de Pomponius (7), de Neratius (8), de Julien (9), de Paul (10) et d'Ulpien (11). Il y est fait aussi allusion dans les comédies de Térence (12) et de Plaute (13).

147. Deux opinions se sont formées sur l'origine de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*.

L'une donne à la règle une origine législative; mais les par-

4. « Solet et illud quæri, quo referatur quod scriptum est : *Bis de eadem re ne sit actio*; id est hoc *bis* ad actorem, an ad actionem? Hæc ex jure obscuro. » *Inst. orat.*, VII, 6, 4. Cf. *Declam.*, 266.

5. « An, quum lege cautum sit ne *bis de eadem re agere liceat*, non possit hic rursus aggredi iudicium, quod jampridem instituerat. » *Orat.*, cap. IV, § 8. Cf. *Ibid.*, cap. III, § 10.

6. « Periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur; quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia qua de re quisque per cognitorem egerit, de ea re non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit. » IV, 98.

« Postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest... Postea ipso jure de eadem re agi non potest... Qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat... » IV, 106-108.

7. « Potest dici alia res esse... » L. 21 § 3, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

8. « Quum de hoc, an eadem res est, quæritur... » L. 27, *cod.*

9. « Alia enim res facta est interveniente mandatu... » L. 25 § 2, *cod.*

10. « Personarum mutatio... aliam atque aliam rem facit... Exceptio rei judicatæ non nocebit, quia de alia re agitur. » L. 22, *cod.*

11. « De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiamsi alia experiatur, de eadem tamen re. » L. 5, *cod.* Cf. L. 7 pr., L. 11 § 4 et L. 18, *cod.*; L. 15 § 46, *De inj.*, XLVII, 10; L. 45 § 1 et 150, *De reg. jur.*, L, 17.

12. « At tu qui sapiens es, magistratus adi,
Judicium de eadem causa iterum ut reddant tibi;
Quandoquidem solus regnas, et soli licet
Hic de eadem causa bis iudicium adipiscier. »

Phorm. II, 2, v. 56-59. Cf. *Adelph.*, II, 2, v. 24; Donat. ad Terent. *Adelph.*, II, 2, v. 24; III, 1, v. 7.

13. *Pseud.*, I, 5, v. 27; *Cist.*, IV, 2, v. 36.

tisans de ce système ne sont pas d'accord sur la loi qui l'aurait introduite. Pöschmann la rapporte à une loi Petronia rendue au IV^e ou au V^e siècle de Rome (14) ; mais c'est là une conjecture que rien ne justifie. Krüger la fait remonter à la loi des Douze Tables (15).

Cette dernière opinion beaucoup plus spécieuse s'appuie d'abord sur le fait que les Romains traitaient la maxime *Bis de eadem re ne sit actio* comme une règle de droit positif ; les jurisconsultes n'auraient pas appliqué d'une manière aussi opposée aux légitimes désirs des parties une règle qui aurait pris naissance au milieu d'eux. Krüger invoque surtout en faveur de sa thèse ce passage de Julius Victor : *Quum lege cautum sit ne bis de eadem re agere liceat*. Or le mot *lex* employé seul désigne la loi des Douze Tables. On a sans doute, d'après Krüger, reconnu aux parties, avant la loi des Douze Tables, le droit de critiquer les décisions judiciaires. Les réclamations de ce genre devaient être portées aux consuls et plus tard au préteur ; mais ceux-ci firent un usage si restreint du droit qu'ils avaient d'admettre de telles critiques que le besoin d'une réglementation législative se fit seulement sentir au temps où commença la lutte des patriciens et des plébéiens. A cette époque, en effet, l'exercice même impartial de ce pouvoir par des magistrats patriciens dut nécessairement paraître de l'arbitraire aux yeux de la plèbe.

Cette explication, qui attribue l'origine de la règle à une idée politique, n'est nullement autorisée par les textes. Julius Victor semble, il est vrai, rattacher la maxime à une loi ; mais les incertitudes que nous avons signalées dans la rédaction même de la formule, montrent qu'elle ne remonte pas aux Décevirs. S'il s'agissait d'un fragment de la loi des Douze Tables, tous les termes eussent été sacramentels et les Romains avec le respect qu'ils professaient pour cet ancien monument de leur droit, se seraient bien gardés d'y changer une lettre. Du reste la teneur même de la règle indique une date relativement

14. Schletters *Jahrbuch*, II, p. 189.

15. *Consumption*, p. 5.

récente ; *Bis de eadem re ne sit actio* n'est pas du style de la loi des Douze Tables.

Dans un second système proposé par Bekker (16) et bien préférable, on croit que la règle *Bis de eadem re ne sit actio* se serait introduite par la coutume et qu'elle aurait été développée par les prudents. Cette thèse se fonde sur le silence de Gaius : il est bien surprenant que ce jurisconsulte, au moment où il rappelait le principe, ait négligé d'indiquer la loi qui l'aurait établi. En outre Quintilien fait précéder la règle des mots *quod scriptum est*, dont se sert Gaius, lorsqu'il reproduit les termes mêmes des anciens jurisconsultes.

Il y a donc là une de ces courtes maximes dont l'ancienne jurisprudence romaine aimait à revêtir les règles suivies dans la pratique.

§ 2. *Motifs et développement historique de la règle.*

148. L'origine de la règle une fois constatée, il faut rechercher les raisons qui ont pu en justifier l'introduction dans la pratique romaine et comment elle s'est trouvée rattachée à la *litis contestatio*. En effet les motifs, qui ne permettent pas de renouveler un litige auquel une décision judiciaire a mis fin, ont un caractère si général qu'ils s'imposent à toute législation. Il semble au contraire bien peu naturel que le seul fait de l'introduction d'une instance dépouille, comme à Rome, le demandeur du droit d'agir à nouveau, qu'il ait été ou non statué sur sa réclamation. C'est là un des traits les plus caractéristiques de la législation romaine, un de ceux où s'accroît le plus la profonde différence qui sépare notre système de procédure de celui de Rome.

149. On a cherché à expliquer cette particularité du droit romain par l'idée de la chose jugée ; mais cette idée est entendue différemment par les divers partisans de cette opinion.

16. *Consumption*, p. 26 ; *Aktionen*, p. 334. Bethmann-Hollweg (*Rom. Civilpr.*, II, p. 486, note 7) et Karlowa (*Legisaktionen*, p. 365) ont adopté l'opinion de Bekker.

Suivant Keller (17), le préteur en délivrant la formule rendait un jugement conditionnel qui devait jouir de la même immutabilité et produire les mêmes effets que le jugement qui terminait le débat; la sentence du *judex* n'était en quelque sorte que la condition à laquelle était subordonnée l'efficacité du *decretum* du magistrat. Mais cette explication ne répond pas du tout à la manière de voir des jurisconsultes de l'époque classique, qui font découler la consommation de l'action, non de la délivrance de la formule par le magistrat, mais de la *litis contestatio*, c'est-à-dire de la volonté des parties. Ils rattachent en effet toujours l'extinction du droit à la *res in judicium deducta*, ou au *judicium acceptum*, et jamais au *judicium ordinatum*.

D'après d'autres auteurs au contraire, ce serait la crainte de décisions judiciaires contradictoires qui aurait donné naissance à la règle *Bis de eadem re ne sit actio*. L'application de la règle a sans doute pour résultat d'assurer l'autorité de la chose jugée: en empêchant le renouvellement de l'action, elle s'oppose par cela même à ce qu'une nouvelle sentence vienne contredire celle qui a été rendue auparavant. Mais c'est là une conséquence du principe, qui ne suffit pas à en expliquer l'introduction dans la pratique romaine. D'ailleurs à l'époque des *legis actiones*, le caractère purement privé du *judex* s'accuse bien plus nettement que sous l'Empire, quand prévalut le système des *selecti judices*. Il n'est donc pas surprenant que l'on se soit fort peu préoccupé de l'éventualité où deux *judices* viendraient à se contredire. La dignité de la justice n'était en rien compromise par la contrariété des décisions émanées de simples particuliers.

150. Ce qui paraît avoir surtout frappé les Romains, c'est la crainte de voir une personne essayer aujourd'hui de faire prévaloir ses prétentions pour y renoncer ensuite et les reprendre plus tard à nouveau. Ils ont vu dans une semblable manière d'agir quelque chose de contraire à la majesté de l'État. Le magistrat a en effet son rôle à jouer dans la *legis actio*: il

17. *Litis Cont.*, p. 78 et 79.

faut qu'il prononce, comme les plaideurs, des paroles sacramentelles (18). Lorsqu'il est ainsi intervenu dans l'accomplissement de la *legis actio*, il a le droit d'exiger des parties qu'elles prennent l'action intentée au sérieux et la poursuivent jusqu'au jugement définitif. Le nombre de ses occupations et la dignité même de sa charge ne lui permettent point de se plier aux caprices de tous les plaideurs. « L'État », comme le dit fort justement Bekker, « vient au secours des particuliers « dans la sphère du droit privé, mais cet aide est strictement « limité; nul ne peut en abuser. L'État ne vient au secours « qu'une seule fois : le magistrat ne peut être saisi deux fois « de la même affaire. » (19). Tel est le point de vue où se sont placés les Romains, ainsi que l'indique l'un des passages de Térence cités plus haut : il ne faut pas que la même personne aille importuner les magistrats pour faire organiser à deux reprises différentes un *judicium* relativement à la même affaire (*bis judicium adipiscier*) (20). C'est cette préoccupation qui peut nous expliquer cette règle rigoureuse du droit primitif de Rome, qui annule d'une part toute *legis actio* entachée du plus léger vice de forme et considère d'autre part l'action comme exercée et le demandeur comme dépouillé de tout droit (21).

A cette considération, qui peut paraître un peu théorique, mais qui n'en a pas moins eu une influence considérable, venaient s'adjoindre des raisons d'utilité et notamment le désir d'empêcher la multiplication des instances. Ainsi, le respect dû au caractère du magistrat et la crainte des procès, voilà ce qui nous paraît avoir donné naissance à la règle *Bis de eadem re ne sit actio*. Le dernier de ces motifs est formellement mentionné dans un texte où Paul paraphrase cette maxime (22).

18. Cic. *Pro Murena*, 12; Gaius, IV, 16.

19. *Consumption*, p. 5. Bethmann-Hollweg a adopté l'explication proposée par Bekker. Cf. *Rœm. Civilpr.*, II, p. 485.

20. *Phorm.*, II, 2, v. 56-59.

21. Gaius, IV, 11 et 50. Cf. Karlowa, *Legisaktionen*, p. 365.

22. « Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem... » L. 6, *De exc. rei jud.*, XLIV. 2.

151. La consommation de l'action était la conséquence de l'exercice de la *legis actio*. Quand cette forme de procéder eut fait place au système formulaire, on arriva peu à peu à considérer l'extinction du droit comme résultant de l'accomplissement de la procédure *in jure*, c'est-à-dire de la rédaction et de la délivrance de la formule. Or à cette époque la *litis contestatio* se confond avec l'acceptation de la formule par les parties, c'est le *judicium acceptum* ; en même temps elle marque la clôture de la première phase de l'instance. On comprend donc qu'insensiblement on ait été conduit à voir dans la *litis contestatio* le principe même de la consommation de l'action. Cette évolution était terminée du temps de Gaius. Celui-ci rattache en effet directement l'extinction de l'action à la *litis contestatio* : *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione* (25).

Tant que la procédure des *legis actiones* fut en vigueur, la règle *Bis de eadem re ne sit actio* suffit à assurer le respect de la chose jugée. Mais lorsque le système formulaire eut été introduit, on ne dut pas tarder à s'apercevoir que l'impossibilité d'exercer deux fois une action n'avait pas pour conséquence l'irrévocabilité du jugement. En effet, tandis que dans la *legis actio sacramento*, il y avait une *vindicatio* réciproque, qui consommait l'action des deux parties, dans le nouveau système de procédure l'effet extinctif de l'instance n'atteignait que les prétentions du demandeur ; celles du défendeur restaient intactes et il pouvait les faire valoir quand il le jugeait bon, nonobstant la sentence rendue contre lui. La règle de la consommation de l'action se retournait donc ici contre le demandeur, qui avait gagné son procès. Un résultat aussi choquant ne manqua pas de frapper les esprits et l'on reconnut bientôt que le principe de l'irrévocabilité de la sentence était le seul essentiel. Cette idée, qui est indiquée dans Plaute (24), paraît admise sans contestation du temps de Cicéron (25). Il y eut dès lors à côté de la règle *Bis de eadem re*

25. Gaius, III, 180.

24. « Iterum ille [Juppiter] eam rem judicatam judicat. » *Rud.*, prol. v. 19.

25. « M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit : re judicata stari ostendit placere. » Cic. *Pro Flacco*, 21. Cf. Griolet. *De l'autorité de la chose jugée*, p. 20 ; Bekker, *Aktionen*, I, p. 518.

ne sit actio un autre principe, celui de l'irrévocabilité de la sentence, qui, s'il ne fit pas disparaître complètement la règle ancienne, en restreignit singulièrement l'utilité, puisqu'elle n'avait conservé ses effets propres qu'autant que l'action n'aboutissait pas à un jugement.

SECTION II.

CONDITIONS D'APPLICATION DE LA RÈGLE *BIS DE EADEM RE NE SIT ACTIO*.

152. Les termes mêmes de la règle nous indiquent qu'une seconde action n'est écartée qu'autant qu'elle est relative à la même affaire que la première (*eadem res*). C'est ce qu'atteste encore la formule de l'exception *rei in iudicium deductæ* (1). Gaius enfin exige formellement cette condition (2).

Le question de savoir quel est le sens précis du mot *res* dans la maxime préoccupait les Romains et elle divise encore aujourd'hui les interprètes. Ce qui rend les recherches difficiles à ce sujet, c'est que les jurisconsultes traitaient de la consommation de l'action à propos des exceptions *rei iudicatæ* et *rei in iudicium deductæ* (3). Or les textes relatifs à cette dernière exception, qui était depuis longtemps hors d'usage sous Justinien, ont été systématiquement écartés par les commissaires de ce prince. Quant aux passages qui se rapportent à l'exception *rei iudicatæ*, ils sont assez nombreux dans les Pandectes, mais leur emploi est délicat. L'exception *rei iudicatæ* a en effet une double fonction, une fonction négative, qui est la consécration de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, et une fonction positive destinée à assurer la vérité intrinsèque du jugement (4). Les conditions de l'exception diffèrent suivant qu'elle est employée dans l'une ou l'autre de ses fonctions; ainsi quand il s'agit de la fonction positive, il faut se deman-

1. « QVOD EA RES IN IUDICIUM ANTEA VENISSET. » Cic. *De oratore*, I, 57.

2. « Postea nihilo minus ipso jure de eadem re agi potest. » IV, 106.

« Postea ipso jure de eadem re agi non potest. » IV, 107.

3. Krüger, *Consumtion*, p. 51; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 404.

4. Keller, *Litis Cont.*, p. 222; Savigny, *System*, § 281. VI, p. 271; Krüger, *Consumtion*, p. 158; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 651.

der s'il y a *eadem questio* (5). Il est souvent peu aisé de démêler dans les écrits des jurisconsultes classiques, s'ils entendent parler de la fonction positive de l'exception *rei judicatæ* ou de la fonction négative, la seule qui nous intéresse présentement et dont les conditions se confondent avec celles de l'exception *rei in judicium deductæ*.

S'il est quelquefois difficile de distinguer dans les textes la règle de la consommation de l'action du principe de la *res judicata*, il est encore plus délicat d'établir une ligne de démarcation bien tranchée entre la règle *Bis de eadem re ne sit actio* et le principe en vertu duquel des actions, qui concourent ensemble, s'éteignent par la satisfaction (*perceptio*) obtenue à l'aide d'une seule d'entre elles.

155. Deux explications principales ont été données de l'expression *eadem res*.

Bekker (6) et Krüger (7) disent que la *res* qui est portée en justice n'est autre chose que la prétention que le demandeur fait valoir à l'aide de l'action contre le défendeur; mais la distinction que font ces auteurs entre la prétention et l'action, qui ne naît qu'après la *litis contestatio*, nous semble trop peu conforme aux idées romaines pour pouvoir être admise.

Une seconde interprétation a été proposée par Bethmann-Hollweg (8), elle est bien préférable : la *res*, c'est le droit du demandeur considéré comme objet du litige. Cette explication est confirmée par un texte d'Ulpien, relatif à l'exception *rei judicatæ* envisagée dans sa fonction négative ou peut-être même à l'exception *rei in judicium deductæ* : Ulpien indique comme condition essentielle l'identité du droit (*idem jus*) (9),

154. Pour constater l'identité des droits portés en justice, il était nécessaire de les analyser avec beaucoup de soin; c'est ce qu'ont fait les Romains. Les éléments d'un droit sont l'objet du droit (*corpus, quantitas, id ipsum de quo agitur*),

5. L. 3, L. 7 § 4, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. L. 28 § 4, *De jurej.*, XII, 2.

6. *Consumption*, p. 46.

7. *Consumption*, p. 55.

8. *Rœm. Civilpr.*, II, p. 495.

9. L. 12, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 45; Griolet. *De l'autorité de la chose jugée*, p. 12.

la cause du droit (*causa petendi, causa proxima actionis*) et les sujets du droit (*personæ*). Ces divers éléments sont nettement indiqués par les jurisconsultes romains, qui exigent la réunion de ces trois conditions pour qu'il y ait *eadem res* : identité d'objet, identité de cause, identité de personnes (10).

155. Les éléments essentiels du droit contesté trouvaient place en général dans la description sommaire que contenait la formule. On serait donc tenté de croire qu'il suffisait pour constater l'identité de deux droits portés en justice de comparer les deux formules, où ils étaient relatés. Mais dans bien des cas une semblable comparaison n'aboutirait à aucun résultat. La formule, en effet, n'a pas pour but d'indiquer l'objet précis du droit en litige; elle est destinée à servir d'instruction au *judex* et elle ne l'empêche pas de tenir compte de circonstances qui n'y sont pas mentionnées. On rencontrera au cours de cette section des hypothèses où la formule ne permet pas à elle seule de déterminer la *res in iudicium deducta* et où il faut recourir à l'intention des parties. Les jurisconsultes romains font souvent allusion à ce fait : il était de règle alors que l'on s'en rapportât aux affirmations du demandeur, le défendeur ayant trop d'intérêt à nier (11).

Lorsque la formule renferme la désignation de la *res in iudicium deducta*, elle est contenue dans l'*intentio* (12).

10. *Neratius*. « Quum de hoc, an eadem res est, quæritur, hæc spectanda sunt : personæ, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. » L. 27, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

Paul. « Quum quæritur, hæc exceptio noceat, necne, inspiciendum est, an idem corpus sit. » L. 12, *cod.*

Ulpian. « Quantitas eadem, idem jus. » L. 15, *cod.*

Paul. « Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrunt, alia res est. » L. 14, *cod.*

11. *Ulpian.* « Solemus quidem dicere, id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes, sed Celsus ait, periculose esse, ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnatur, hoc dicet non convenisse. » L. 61 pr., *De iudiciis.*, V, 1.

Pomponius. « Nec obstituram ei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset... » L. 20, *De ecc. rei jud.*, XLIV, 2.

Paul. « Sed hic [in iudiciis] magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit... et ideo actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse. » L. 85 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1.

12. *Gaius.* « Totius illius juris obligatio illa incerta actione QUIDQUID OB EAM REM NEGIDIUM A. A GERIO PARI. FACERE OPORTET, PER INTENTIONEM CONSUMITUR... » IV, 151^a.

Quand celle-ci est *incerta*, il faut recourir à la *demonstratio*, qui énonce sans doute la cause du droit, mais le plus souvent ne fournit aucun renseignement sur l'objet de ce droit.

Si l'identité de la formule présente un certain intérêt, il n'a pas une importance décisive pour la consommation de l'action. Il n'y a pas lieu de consacrer à cette question un examen particulier ; nous aurons d'ailleurs occasion d'y revenir en étudiant en détail les trois conditions exigées pour qu'il y ait *eadem res*.

§ 1. Identité d'objet. — A. Actions in rem.

156. Pour que la règle *Bis de eadem re ne sit actio* puisse faire obstacle à l'exercice d'une action *in rem*, il faut que celle-ci ait trait à un droit réel qui ait déjà été poursuivi en justice. L'action *in rem* diffère selon qu'elle a pour objet un droit de propriété, un droit d'usufruit ou de servitude, ou enfin l'universalité du patrimoine. Or l'identité du droit réel dépend en grande partie de l'identité de son objet ; l'identité d'objet a donc dans les actions *in rem* une importance extrême : il faut qu'il y ait *idem corpus*.

Cette condition ne doit pas s'entendre, comme le remarque Paul (15), au sens d'une identité absolue, qui exclue toute augmentation ou toute diminution dans l'objet de l'action. De là cette règle indiquée par Ulpien, à propos de l'exception *rei judicatæ*, qu'en agissant pour le tout, on s'enlève le droit de réclamer isolément chacune des parties qui y sont comprises (14). Celui qui demande le tout, réclame implicitement chaque partie, puisque la partie est renfermée

15. Paul. « Inspiciendum est, an idem corpus sit. » L. 12, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2,

Neratius. « Hæc spectanda sunt... id ipsum de quo agitur. » L. 27, *eod.*

Corpus dans un sens large s'entend aussi bien d'une chose corporelle que d'un droit. Paul le fait remarquer dans le texte suivant : « Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia et diversa corpora sunt, et cause restitutionum dispare, non nocebit exceptio. » L. 17, *De exc.*, XLIV, 1.

14. « Idem corpus in hæc exceptione, non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur. » L. 14 pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

dans le tout; lorsqu'il vient ensuite réclamer une partie isolée, il fait valoir une prétention qu'il a déjà élevée, il exerce une action *de eadem re* (15). Réciproquement, si l'action relative à la partie avait précédé l'action relative au tout, cette dernière action comprendrait la partie déjà demandée; elle serait par suite une action *de eadem re*, qui devrait être exclue, parce que la procédure romaine ne comporte point un examen spécial des diverses prétentions réunies dans une même action (16).

157. Voici les principales applications de la règle : *Eadem res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est.*

1° En revendiquant un fonds de terre, on perd le droit de réclamer une portion déterminée ou une part indivise de ce fonds (17). Si je revendique un troupeau, dit Pomponius, je consomme mon droit d'action à l'égard de chacun des animaux qui en font partie, de même que si j'ai revendiqué Pamphile et Stichus et que j'aie succombé, je ne puis plus ensuite revendiquer Stichus seul (18).

2° Une question très délicate est celle de savoir si l'usufruit doit toujours être considéré comme une partie du droit de propriété (*pars domini*), et si en conséquence la revendication d'un fonds consomme le droit de demander l'usufruit de

15. *Ulpian.* « Si quis, quum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet; nam pars in toto est; eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est. » L. 7 pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

16. *Ulpian.* « Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. Idem erit probandum, et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat; nam et hic obstabit exceptio. » L. 7 §§ 4 et 5, *eod.* Cf. Bekker, *Consumption*, p. 252; *Aktionen*, I, p. 548.

17. *Ulpian.* « Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso, dicendum erit, exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio. Idem erit probandum, et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur. » L. 7 pr., *eod.* L'alluvion est considérée comme une partie du fonds. L. 26 § 1, *eod.*

18. « Si petiero gregem, et vel aucto, vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstabit mihi exceptio; sed etsi speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem. Si Stichum et Pamphilum tuos esse petieris, et absoluto adversario Stichum tuum esse petas ab eodem, exceptionem obstare tibi constat. » L. 21 §§ 1 et 2, *eod.*

ce fonds. Pomponius se prononce sans hésiter pour l'affirmative toutes les fois qu'on veut faire dériver le droit d'usufruit de la même cause d'acquisition d'où résulte le droit de propriété (19).

3° Comme la pétition d'hérédité embrasse tous les droits que l'héritier peut avoir à faire valoir contre le possesseur, les objets héréditaires sont considérés comme des parties d'un même tout. Par suite la revendication de chacun de ces objets en détail est exclue pour l'avenir, de même que l'exercice de revendications isolées ferait obstacle à une pétition d'hérédité ultérieure (20).

158. L'exercice de l'action relative au tout ne consommerait pas le droit d'agir à l'égard des parties, s'il s'agissait, au lieu de parties proprement dites, d'objets qui font corps avec la chose principale, mais qui peuvent, le cas échéant, acquérir une existence indépendante. Ainsi celui qui a échoué dans la revendication d'une *insula* ne peut venir ensuite réclamer le sol, les pierres ou les bois de charpente, quand même il serait réellement propriétaire de ces matériaux ; la règle *Res extinctæ vindicari non possunt*, y ferait obstacle. Mais dès que les bâtiments viennent à être démolis, les matériaux acquièrent par la séparation une existence indépendante et ils peuvent alors être revendiqués. Ils ont sans doute été compris dans la première revendication, mais c'est comme parties d'un tout, tandis qu'aujourd'hui ils sont réclamés à titre de chose principale ; or à ce titre, ils n'ont pas été compris dans la *deductio in iudicium*. On ne concevrait pas en effet qu'on enlevât au demandeur le droit de réclamer des choses qu'il ne pouvait pas obtenir par la première action ou dont il ne soupçonnait pas l'existence (21). La même décision

19. *Pomponius*. « Si fundum meum esse petiero, deinde postea usumfructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa, ex qua fundus meus erat, meus sit, exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest. » L. 21 § 3., *cod.* Cf. Bekker, *Consumption*, p. 254.

20. *Ulpian*. « Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur... Nam quum hereditatem peto, et corpora, et actiones omnes, quæ in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci. » L. 7 §§ 4 et 5, *cod.* Cf. L. 22 § 8, *Itatum rom.* XLIV, 8.

21. *Ulpian*. « In cæmentis et tignis diversum est ; nam is, qui insulam petit,

s'applique aux fruits, au croît des animaux et au part des esclaves. Le droit du demandeur n'est pas consommé par l'exercice de l'action relative à la chose frugifère : les fruits n'existant pas à l'époque où elle est intentée, il n'y a pas eu de *deductio in iudicium* à leur égard (22).

La règle *Bis de eadem re ne sit actio* ne s'appliquerait pas non plus aux actions relatives à différentes parties d'une même chose. Ainsi après avoir revendiqué une parcelle déterminée d'un fonds de terre, on peut parfaitement réclamer une autre parcelle du même fonds (23).

B. *Actions in personam.*

159. L'identité d'objet (*corpus, quantitas*) a, dans les actions *in personam*, une bien moindre importance que dans les actions *in rem*.

La *condictio certi* seule fait exception : l'identité d'objet est décisive, puisqu'on se borne ici à affirmer dans l'*intentio* de la formule l'existence d'une obligation, d'un *dare oportere*, sans qu'il soit besoin de mentionner une *causa debendi* quelconque. Le demandeur se trompe-t-il dans l'indication de l'objet, il n'opère point la *deductio in iudicium* (24); demande-t-il trop peu, il n'obtient que ce qu'il réclame (25); demande-t-il trop au contraire, il échoue et, parce que le

si cæmenta vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cæmenta sunt; denique ea, que juncta sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest. » L. 7 § 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 257; Krüger, *Consumption*, p. 162 et 165. Savigny (*System*, App. XVI, VI, p. 507, notes *l* et *m*) rattache ces passages à la fonction positive de l'exception *rei judicatæ*.

22. L. 7 pr. §§ 1 et 3, *cod.*

23. L. 55 § 3, *De rei vind.*, VI, 1. Cf. Gaius, IV, 54; L. 14 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Toutefois la personne, qui après avoir demandé une partie d'une chose, voudrait réclamer le reste dans la même préture, se verrait repoussée par l'exception *litis dividuæ*. Gaius, IV, 122.

24. Gaius. « Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur egisse: veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit. » IV, 55.

25. Gaius, IV, 56.

moins est contenu dans le plus, il a consommé son droit d'agir pour le moins qui lui était dû (26).

Si la stipulation, qui avait donné naissance à la *condictio certi*, se rapportait à plusieurs objets ou à plusieurs sommes, les jurisconsultes romains admettaient qu'il y avait autant de stipulations distinctes que de prestations diverses. Le créancier, qui réclamait un seul des objets stipulés, ne consommait donc son action qu'en ce qui touchait ce chef de la stipulation, il conservait le droit d'agir pour le surplus (27). Lorsqu'il s'agissait d'objets identiques ou de sommes égales, le *judex* ne pouvait reconnaître à la seule lecture de l'*intentio*, ce que le demandeur réclamait; on suppléait alors à l'insuffisance de la formule au moyen de la production de titres.

Pour que la stipulation de plusieurs objets échappât à l'empire de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, il ne fallait pas que les choses dues eussent été stipulées sous une alternative. Dans ce cas en effet il n'y a qu'une obligation unique qui s'éteint par le seul exercice que le créancier fait de son action (28).

160. Dans les *condictiones incerti* et dans les actions de bonne foi, il n'y a guère à se préoccuper de l'objet pour déterminer la *res in iudicium deducta*: il est représenté dans la formule par le mot *quidquid*. Si on le désigne dans l'*intentio* par un terme aussi vague, ce n'est pas seulement parce qu'il n'est pas déterminé à l'origine, c'est encore parce qu'il est susceptible de s'augmenter pour divers motifs et qu'il peut consister en des prestations très différentes.

161. C'est dans ces actions tendant à un *incertum* que l'on songea à tenir compte de l'intention du demandeur pour déterminer le montant de la *deductio in iudicium*, et par suite

26. Gaius, IV, 53. — Inst. *De actionibus*, IV, 6, § 33. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 67.

27. Ulpien. « Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt... Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes quot summæ, totque esse stipulationes quot res. » L. 29 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1. Cf. L. 86; L. 140 § 1, *eod.*

28. L. 112 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1.

la mesure dans laquelle son droit était consommé. Le préteur permit dans ces hypothèses de restreindre la portée de la première action à l'aide d'une clause placée en tête de la formule et reliée à la *demonstratio*, c'est-à-dire d'une *præscriptio*. La *præscriptio* ne contenait pas encore l'indication précise de la *res in iudicium deducta*; mais elle permettait d'arriver à la déterminer.

162. L'application la plus fréquente des *præscriptiones* se présentait dans les actions relatives à des annuités : on désignait au moyen des mots *EA RES AGATUR CUIUS REI DIES FUIT* l'objet précis de la demande et on la faisait porter uniquement sur les termes échus; le droit d'agir pour les termes à échoir était ainsi réservé (29). Il en était de même dans les stipulations ayant pour objet un fait ou une abstention; la loi du contrat pouvant être violée plusieurs fois, il fallait bien que le demandeur eût la possibilité de réclamer à plusieurs reprises des dommages et intérêts. Il devait donc indiquer la première fois, au moyen d'une *præscriptio*, qu'il s'agissait d'une première violation de son droit, afin de se réserver son action pour le cas où il y serait porté atteinte ultérieurement. C'est ce qui avait lieu notamment pour la stipulation *NEQVE PER TE NEQVE PER HEREDEM TVVM VIM FIERI SPONDES* (50), pour la caution donnée par le légataire d'usufruit, du moins en ce qui touchait le chef relatif à l'usage qu'il devait faire de la chose (51), [pour la caution fournie par les légataires, qui voulaient obtenir la délivrance de leur legs quand il y avait lieu d'appliquer la loi Falcidie (52).

29. *Gaius*. « Si ergo velimus id quidem quod præstari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram vero obligationis præstationem in integro relinquere, necesse est ut cum hac præscriptione agamus *EA RES AGATUR CUIUS REI DIES FUIT*; alioquin si sine hac præscriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus, cujus intentio his verbis concepta est *QUIDQUID PARET N. NEGIDIVM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE*, totam obligationem, id est etiam futuram in hoc iudicium deducimus. » IV, 151.

50. L. 155, *De verb. obl.*, XLV, 1. La *præscriptio* devait être ainsi conçue : *EA RES AGATUR QVOD NVMERIVS NEGIDIVS AVLO AGERIO VIM FECERIT*. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 505, note 80.

51. L. 1 § 6, *Usufr. quem.*, VII, 9.

52. L. 1 § 11; L. 5 § 9, *Si cui plus quam per leg. Falc.*, XXXV, 5. Cf. L. 54 § 1, *De receptis*, IV, 8.

On trouve de même l'emploi fréquent de *præscriptiones* dans les actions nées de stipulations prétoriennes. Pomponius dit en effet qu'on peut agir à plusieurs reprises en vertu de la stipulation *ratam rem haberi* ; les expressions qu'emploie le jurisconsulte et qui sont vraisemblablement empruntées à la formule de la *præscriptio* usitée en pareil cas indiquent que le demandeur peut fonder sa réclamation de dommages et intérêts, tantôt sur le fait qu'il a subi un procès, tantôt sur ce qu'il a été condamné et a exécuté le jugement de condamnation (55). En précisant ainsi l'objet de sa demande actuelle, il se réserve le droit d'en former plus tard une nouvelle. Pomponius donne une décision semblable à l'égard de la *cautio damni infecti*.

165. Ce fractionnement de la demande est encore bien plus nécessaire dans les actions de bonne foi, qui ont trait souvent à un grand nombre de prestations. Ainsi l'acquéreur d'une *res mancipi* peut vouloir n'obtenir que la mancipation et se réserver pour plus tard le droit de réclamer la tradition : ce qu'il fera à l'aide de la *præscriptio EA RES AGATUR DE FVNDO MANCIPANDO*. S'il agissait en effet sans faire une semblable réserve, il déduirait toute sa créance *in iudicium* et perdrait le droit de réclamer ultérieurement la tradition (54). De même le créancier qui veut demander séparément le capital et les intérêts en vertu d'un contrat de bonne foi, doit recourir au

55. Pomponius. « Nam etsi ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio, quia in id committitur, quod intersit agentis; et ideo sæpius ex ea stipulatione agi potest, prout intersit agentis, QVOD LITIGAT, QVOD CONSUMIT, QVOD ADVOCAT, QVOD DAMNATUS SOLVIT, sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is, qui stipulatus sit, subinde agat; cavet enim, si QUID IBI RVET, SCINDETVR, FODIETVR, EDIFICABITVR. Finge ergo subinde damnum dari; non erit dubium, quin agere possit; nam si toto damno computato tunc agendum est, propemodum non ante aget, quam dies stipulationis præterierit, intra quem si damnum datum sit, stipulatione cautum erit. » L. 18, *Ratam rem*, XLVI, 8. Cf. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 505, note 80.

54. Gaius. « Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita præscribere EA RES AGATUR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, trad... sumus, totius illius juris obligatio illa incerta actione QVIDQVOD OB EAM REM N. NEGIDIVM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. » IV, 131^a. Cf. L. 15 § 3, *De jurej.*, XII, 2.

même procédé, parce que, comme le dit Gordien, il n'y a qu'une seule action pour le capital et les intérêts (55). L'inexécution du contrat peut rendre nécessaires des demandes successives de dommages et intérêts; la possibilité de les réclamer à l'aide de l'action du contrat est assurée par des réserves faites dans la formule. C'est ce qui arriverait par exemple si des actes de dol avaient été commis à la fois par le dépositaire et par son héritier; le déposant pourrait poursuivre l'héritier d'abord comme représentant du défunt, puis en son nom personnel, *quia de alia re agitur*, dit Paul (56). Keller a pensé que le demandeur devait en ce cas faire ajouter à l'*intentio*, comme dans l'action *de peculio*, une clause ainsi conçue : *VEL SI QUID DOLO MALO N. N. A. A. CAPTUS FRAVDATVSQUE ACTOR EST* (57); mais la teneur même de la formule, qui était ici *in factum concepta* permettait d'atteindre ce résultat, sans qu'il y eût besoin de recourir à une semblable *adjectio*.

§ 2. *Identité de cause.* — A. *Actions in rem.* }

164. On entend par cause (*causa petendi*), dans les actions *in rem*, le fait juridique qui a transféré ou constitué le droit réel (58).

La cause d'acquisition du droit n'a ici qu'une importance secondaire. D'une part la propriété, comme tous les droits réels, ne change pas de nature suivant qu'elle est acquise par mancipation, par testament ou par usucapion. D'autre part,

55. « Non enim duæ sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicate exceptione repellitur. » L. 4, C. *Depositum*, IV, 54. Cf. L. 25, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. — L. 15, C. *De usuris*, IV, 52.

56. « Et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei judicate non nocbit, quia de alia re agitur. » L. 25, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

57. Keller, *Litis Cont.*, p. 538.

58. *Pomponius*. « Si fundum meum esse petiero, deinde postea usufructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa, ex qua fundus meus erat, meus sit... » L. 21 § 3, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

Ulpianus. « Si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, que mihi dominium tribuat... » I. 11 § 4, *cod.* Cf. L. 14 § 2, *cod.*

la *formula petitoria* est conçue en des termes si généraux qu'elle embrasse toutes les causes possibles d'acquisition (39) : le demandeur est réputé s'assurer toutes les chances de succès en invoquant tous les titres translatifs de propriété qui peuvent exister à son profit (40). Cette doctrine peut à certains égards se justifier : le demandeur doit avant d'engager une instance examiner quel est le fondement de son droit. Toutefois cette explication n'est pas toujours satisfaisante ; dans bien des cas on ne peut reprocher au demandeur une négligence, notamment s'il s'agit de causes d'acquisition déjà existantes lors de la *litis contestatio*, mais qui lui étaient inconnues (41).

165. Il n'est tenu en principe aucun compte des intentions du demandeur, qui a pu avoir en vue telle cause particulière d'acquisition plutôt que telle autre. Le demandeur qui fait valoir sans succès devant un premier *judex* une cause d'acquisition, ne peut donc plus intenter une nouvelle revendication en se fondant sur une autre cause d'acquisition quoique cette dernière existât déjà lors de la première action (42). Pour qu'on tienne compte de la volonté des parties, il faut qu'elle soit exprimée dans une clause spéciale, qui vienne restreindre l'action à une seule cause déterminée (*causa adjecta, causa expressa*) (43). Cette réserve se présentait très vraisemblablement sous la forme d'une *præscriptio* analogue à celles que l'on rencontre dans les actions *in personam* (44). Cette *adjectio causæ* était inutile dans les actions *in factum*,

39. *Paul.* « At quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione apprehenduntur; neque enim amplius, quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. » L. 14 § 2, *eod.* Cf. L. 5 § 4, *De acq. vel am. poss.*, XLI, 2; L. 159, *De reg. jur.*, L. 17.

40. *Ulpian.* « Nam quaecunque et undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium dedit. » L. 11 § 5, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

41. Krüger, *Consumption*, p. 112.

42. *Ulpian.* « Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, quum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstitutam exceptionem. » L. 11 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

43. *Ulpian.* « Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoverti exceptione. » L. 11 § 2, *eod.*

Paul. « At quum in rem ago non expressa causa... » L. 14 § 2, *eod.*

44. *System*, App. XVII, VI, p. 524; Bekker, *Consumption*, p. 249. — Ces *præ-*

telles que de l'action publicienne, l'action hypothécaire, l'action de *superficie* ; la cause d'acquisition du droit réel était alors mentionnée dans la formule (45).

Si la *deductio in iudicium*, dans les actions *in rem*, s'opère en vertu de toutes les causes possibles d'acquisition, il ne s'agit bien entendu que des causes existantes à l'époque de la *litis contestatio*. Lorsque le demandeur acquiert ultérieurement la propriété de l'objet qu'il a déjà réclamé, la règle *Bis de eadem re ne sit actio* ne fait pas obstacle à l'exercice d'une seconde revendication (46) ; il n'y a pas *eadem causa* et par suite *eadem res* : c'est un autre droit qui sert de fondement à la nouvelle action.

166. La possession du défendeur est souvent dans les actions *in rem* la condition indispensable du succès de l'action. Il semble qu'une acquisition ultérieure de la possession par le défendeur ait permis au demandeur d'écarter la règle *Bis de eadem re ne sit actio* et de renouveler son action. Gaius (47), Venuleius (48), et Ulpien (49) décident en effet que le demandeur peut intenter une seconde revendication contre le défen-

scriptiones pouvaient être ainsi conçues :

EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPATO.

EA RES AGATVR DE FVNDO VSVCAPTO.

EA RES AGATVR DE HEREDITATE EX TESTAMENTO.

EA RES AGATVR DE LEGITIMA HEREDITATE.

Savigny, *loc. cit.*

45. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II. 197.

46. Ulpien. « Si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova petitionem mihi accesserit, quæ mihi dominium tribuat... » L. 11 § 4, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

« Acquisitum postea dominium aliam causam facit... » L. 11 § 5, *cod.* Cf. L. 25 pr. *eod.*; L. 25 § 1, *De lib. causa*, XL, 12; L. 10, *De exc.*, XLIV, 1. — Bekker, *Consumption*, p. 245; Krüger, *Consumption*, p. 117.

47. « Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris, sine dolo malo te desiisse possidere, deinde postea cæperis possidere, et ego a te petam, non nocebit mihi exceptio rei iudicatæ. » L. 17, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

48. « Procurator ad exhibendum egit, et adversarius absolutus est, quia non possidebat, at quum possessionem ejusdem rei nactus esset, agit cum eo dominus ad exhibendum. Sabinus ait, fidejussores non teneri, quoniam hæc alia res sit... » L. 8 pr., *Ratam rem*, XLVI, 8.

49. « Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat, et dominus iterum agat, nacto eo possessionem, rei iudicatæ exceptio locum non habebit, quia alia res est. » L. 18, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. L. 9 pr., *cod.*

deur, qui a été absous parce qu'il ne possédait pas, quand celui-ci vient à acquérir la possession dans la suite : ils ajoutent que l'exception *rei judicatæ* n'est pas applicable ici, parce qu'il y a *alia res*. Cela conduirait à penser qu'il n'y avait pas lieu davantage à l'exception *rei in judicium deductæ* (50).

Il est difficile de se rendre un compte exact des motifs pour lesquels Venuleius et Ulpien disaient qu'il y avait ici *alia res*. La plupart des interprètes voient dans l'acquisition de la possession une *causa nova*, une *alia causa petendi* (51). Cela se conçoit dans un système tel que celui de Bekker, où par *causa* on entend la violation du droit : la possession nouvelle du défendeur constitue une nouvelle violation du droit du demandeur et par suite une *causa nova*. Mais si on donne au mot *causa* son sens d'acte translatif de propriété, il devient plus difficile d'expliquer la décision des jurisconsultes dans tous ses détails. Peut-être les Romains ne considéraient-ils pas qu'il y eût identité complète entre la personne d'un possesseur et celle d'un non-possesseur ; il ne suffit pas en effet qu'il y ait *eædem personæ*, il faut encore qu'il y ait *eadem conditio personarum*.

B. *Actions in personam*.

167. La cause dans les actions *in personam* c'est le fait juridique, qui donne naissance à l'obligation qui leur sert de fondement (*causa debendi*). L'identité de cause est décisive en cette matière : elle détermine en général l'identité de la *res* (52). La *res in judicium deducta* est en effet ici une

50. Keller (*Litis Cont.*, p. 297) a prétendu que les textes précités ne pouvaient se rapporter à l'exception *rei judicatæ* envisagée dans sa fonction négative, parce qu'ils ne supposaient pas une décision sur le fond du droit. Keller a oublié que la consommation de l'action se produit dans tous les cas, que le litige ait été vidé ou non. D'ailleurs Ulpien fait dans un de ces textes une opposition bien nette entre les deux fonctions de l'exception *rei judicatæ*. L. 9 pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 255.

51. Bekker, *Consumption*, p. 251 ; Keller, *Civilpr.*, § 73, trad. Capmas, p. 355, note 856 ; Krüger, *Consumtion*, p. 118.

52. *Paul.* « Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ

obligation (55) ; or ce qui individualise les obligations, c'est leur cause et non leur objet.

Pour étudier dans le détail la théorie de l'identité de la cause dans les actions *in personam*, il faut tenir compte de la distinction qui existe entre la *condictio certi* et les actions qui tendent à un *incertum*.

168. La *causa debendi* n'était pas exprimée en général dans la formule de la *condictio certi*. Toutefois, dans des cas rares, l'*intentio* de cette action pouvait contenir la désignation d'une cause déterminée : c'est ce qui arrivait lorsque le demandeur, à qui un esclave était dû en vertu d'une stipulation, voulait se réserver la faculté de réclamer ultérieurement cet esclave, en vertu d'une autre cause, d'un testament par exemple (54). L'identité de cause n'avait donc pas, par exception, une importance prépondérante dans la *condictio certi*.

169. Au contraire, les nombreuses actions civiles relatives à un *incertum* sont caractérisées par la cause de l'obligation, qu'elles soient de droit strict ou de bonne foi. La *causa debendi* est en effet exprimée dans la *demonstratio* (55) ; quant à l'*intentio*, elle ne contient que l'indication vague de la dette,

sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitatur. » L. 14 § 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

55. « Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum actor consequitur quod posuit ; nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. » Gaius, IV, 57.

« Si sine hac præscriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus... totam obligationem, id est etiam futuram in hoc iudicium deducimus. » Gaius, IV, 131.

54. Julien. « Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem ; et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hæ duæ obligationes, ut altera in iudicium deducta, altera nihilominus integra remaneret. » L. 18, *De obl. et act.*, XLIV, 7.

Gaius. « Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur egisse : veluti... si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit cui ex stipulatu debebatur. » IV, 55, Cf. L. 95 § 1, *De leg. III*, XXXII ; L. 28 § 14, *De lib. leg.*, XXXIV, 3. — Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 500.

55. « QVOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST. » Gaius, IV, 156.

« QVOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO HOMINEM EROTEM EMIT. » *Ibid.*, 58.

« QVOD A. AGERIUS APVD N. NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT. » *Ibid.*, 47.

dont le montant doit être définitivement fixé par le *judicium*. L'importance de la *demonstratio* ressort de ce fait rapporté par Gaius, à savoir que l'insertion, dans la formule, d'une *demonstratio* erronée ne permet pas à la *deductio in iudicium* de s'opérer (56).

170. La *demonstratio*, dans les actions de bonne foi, désigne avec toute la précision possible le fait juridique, qui sert de fondement à l'obligation : elle en fait connaître la nature et l'objet. Dans les actions de droit strict au contraire, où le *iudex* est lié par la formule, une désignation trop précise de l'objet de l'obligation serait en contradiction avec le caractère même de l'*intentio* et pourrait présenter des inconvénients : elle entraînerait notamment la perte du procès, si le demandeur s'était trompé sur le montant de son droit ; ce qui l'obligerait à introduire une nouvelle instance (57). Aussi se borne-t-on à caractériser le fait juridique, stipulation ou testament, tandis qu'on ne désigne l'objet que par cette expression vague : *INCERTVM*. Savigny a prétendu que l'objet véritable de la stipulation devait dans la pratique prendre place dans la formule et qu'on devait y lire au lieu du mot *INCERTVM* les expressions : *POSSESSIONEM TRADI, IN SVLAM FABRICARI* (58). Mais divers textes de Pomponius prouvent que le mot *INCERTVM* figurait dans la *demonstratio* et n'était pas simplement un terme d'école (59). Le demandeur prévenait d'ailleurs toute incertitude sur le point précis du débat et indiquait au défendeur le fait juridique sur lequel il s'appuyait par la production qu'il faisait, lors de l'*editio actionis*, des titres établissant son droit (60). Bien que les stipulations prétoriennes eussent pour objet un *incertum*, on doit les mettre à part ; en effet

56. Gaius. « Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet : et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi. » IV, 58.

57. Gaius, IV, 58.

58. Savigny, *System*, App. XIV, V, p. 617, note a.

59. LL. 20 et 21 pr., *De ecc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Keller, *Civilpr.*, § 41, trad. Capmas, p. 185, note 472 ; Bekker, *Consumption*, p. 240 ; Bethmann-Hollweg. *Recm. Civilpr.*, II, p. 221, note 16.

60. L. 1 § 4 ; L. 2, *De edendo*, II, 15.

la seule mention de leur nom dans la *demonstratio* suffit pour indiquer l'espèce d'obligation à laquelle ces stipulations donnent naissance.

Il ne faut pas toutefois prendre à la lettre cet adage rapporté par Gaius : *Falsa demonstratione rem non perimi* (61) et croire que dans les *actiones incertæ* ce soit la *demonstratio* seule qui donne la désignation de la *res in iudicium deducta*. Gaius en effet ne s'occupe que de l'*intentio*, quand il parle de la consommation de l'*actio incerta* (62). En outre l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produit *ipso jure* dans les *actiones incertæ*, ce qui montre que la *deductio in iudicium* a porté ici, comme dans toutes les autres actions civiles *in personam*, sur l'obligation indiquée dans l'*intentio* et non sur le fait qui lui a donné naissance et qui est décrit dans la *demonstratio* (65). Un fait ne pouvant cesser d'être vrai par l'effet de la *litis contestatio*, l'action ultérieure ne devrait être exclue que *per exceptionem* comme dans les actions *in factum*, si l'on s'attachait ici à la *demonstratio*.

171. Dans les actions prétoriennes *in factum*, l'*intentio* désigne d'une manière précise le fait déduit *in iudicium*, c'est-à-dire le fait sur lequel doit porter l'examen du *judex* et qui est la condition de la condamnation. Le demandeur n'a donc pas besoin de recourir à une *præscriptio* pour se réserver la faculté d'agir plus tard à raison d'un autre fait, quand même cette dernière action serait fondée sur la même obligation que la première. C'est ainsi que l'acheteur d'un esclave peut intenter l'action *quantum minoris* d'abord *propter fugam servi* et ensuite *propter morbum* (64).

Pomponius, il est vrai, suppose que l'acheteur en intentant l'action rédhibitoire *de sanitate* déclare qu'il entend se réserver le droit d'agir pour le cas où il se présenterait un nouveau vice rédhibitoire (65). Mais il faut se garder de con-

61. Gaius, IV, 58.

62. « Totius illius juris obligatio illa incerta actione quidquid ob eam rem n. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET per intentionem consumitur. » IV, 451^a.

65. Gaius, IV, 407 et 451^a. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 565.

64. L. 51 § 16, *De ad. ed.*, XXI, 1; L. 52 § 1, *De evict.*, XXI, 2.

65. L. 48 § 7, *De evict.*, XXI, 2.

fondre cette *prædictio* avec les *præscriptiones* : il ne s'agit pas pour le demandeur de ne faire porter son *intentio* que sur une seule de plusieurs prétentions possibles et de se soustraire ainsi à l'exception *rei in iudicium deductæ*. Cette *prædictio* est uniquement destinée à lui permettre de repousser la présomption de connaissance du vice rédhibitoire qu'on pourrait lui opposer ; ce n'est donc pas un correctif de la règle *Bis de eadem re ne sit actio* (66).

Il en était de même quand l'*intentio*, au lieu de mentionner un pur fait, indiquait comme condition de l'action un fait juridique. Ainsi l'exercice de l'action de *pecunia constituta* ne consommait pas l'action découlant de l'obligation primitive. Il y avait eu controverse sur ce point entre les jurisconsultes romains ; mais du temps d'Ulpien on tenait pour plus sûr de décider que le paiement seul pouvait éteindre les deux obligations ; il n'y avait pas en effet identité de cause (67). De même, quand l'action hypothécaire avait été d'abord intentée contre un tiers détenteur et que l'on voulait ensuite poursuivre le débiteur par l'action du contrat, celui-ci ne devait vraisemblablement pas pouvoir opposer l'exception *rei in iudicium deductæ* (68).

Mais quand le préteur délivrait pour la même action deux formules différentes, une formule *in jus concepta* et une formule *in factum*, l'emploi de l'une ou de l'autre consommait le droit d'action une fois pour toutes (69). L'existence de deux formules n'empêche pas qu'il y ait *eadem causa* et par suite *eadem res*. Peu importe en effet que la désignation de la *res in iudicium deducta* se trouve uniquement dans l'*intentio* ou

66. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 507, note 84. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 529, note 5.

67. « Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit. » L. 48 § 3, *De pec. const.*, XIII, 5. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 507. Pour la formule de l'action de *pecunia constituta*, Cf. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 516, note 59.

68. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 507, note 57.

69. Gaius, IV, 60. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 260 ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 508.

qu'il faille, pour arriver à la déterminer, consulter à la fois la *demonstratio* et l'*intentio*.

C'est par l'identité de la cause qu'on peut s'expliquer l'extinction réciproque de l'action *tutelæ directa* et de l'action *de rationibus distrahendis* (70); ces deux actions dérivent en effet d'une même obligation et elles ont par suite même cause.

172. Dans les actions nées *ex delicto*, l'application de la règle *Bis de eadem re ne sit actio* est moins préjudiciable au demandeur qu'elle ne l'est dans les actions nées *ex contractu*; elle est en effet restreinte par des principes introduits pour des motifs d'équité.

Un seul délit peut donner naissance à plusieurs obligations et par suite à plusieurs actions. Ainsi une personne est lésée par le même fait dans sa personne et dans ses biens; elle aura à la fois l'action *injuriarum* et l'action *legis Aquiliæ*, l'action *furti* et la *condictio furtiva*. Il est naturel dans ce cas que l'exercice d'une action ne consume pas l'autre et qu'on permette à la victime du délit d'intenter successivement les deux actions (71). Toutefois cette possibilité d'agir à plusieurs reprises comporte des restrictions. D'une part, si la première instance a abouti à une ~~abs~~ solution, l'autorité de la chose jugée s'opposera souvent à l'exercice de la seconde action, parce qu'il y aura dans bien des cas *eadem quæstio*. D'autre part, la seconde action n'est admissible à la suite d'une condamnation qui a procuré satisfaction au demandeur, que si elle a un autre but, si elle est destinée, par exemple, à faire obtenir une peine quand la première avait pour objet des dommages et intérêts.

70. *Ulpian.* « In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo sive tutela fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelæ actio, quod ad speciem istam, precepta est. » L. 1 § 21, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 258.

71. *Ulpian.* « Nunquam actiones, præsertim penales de eadem re concurrentes, alia aliam consumit. » L. 150. *De req. jur.*, l. 17. Cf. L. 60, *De obl. et act.*, XLIV, 7; L. 15 § 16, *De inj.*, XLVII, 10. — Bekker, *Consumption*, p. 261.

§ 5. *Identité des personnes.*

173. La règle *Bis de eadem re ne sit actio* ne peut s'appliquer qu'autant que les mêmes parties se trouvent en cause dans les deux instances. C'est ce qui explique pourquoi Neratius (72), Julien et Ulpien (75) mentionnent l'identité des personnes comme la première condition requise pour qu'il y ait *eadem res*.

Les textes qui s'occupent de l'identité des personnes sont presque tous relatifs à l'exception *rei judicatæ*. On peut toutefois très légitimement s'en servir pour déterminer les conditions de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Il est fort probable que les exceptions *rei judicatæ* et *rei in iudicium deductæ* étaient dominées à cet égard par les mêmes règles ; Ulpien dit en effet que l'exception *rei judicatæ* est applicable à toutes les personnes qui peuvent réaliser une *deductio in iudicium* (74).

174. Julien et Ulpien se contentent d'exiger qu'il y ait identité des personnes (*eædem personæ*). La formule de Paul est plus vraie : il exige *eadem conditio personarum* (75), montrant par là qu'il ne s'agit point d'une identité physique ; mais d'une identité juridique. L'exactitude de cette formule est confirmée par une décision de Julien (76). Le jurisconsulte suppose qu'une personne a revendiqué un fonds en qualité de *negotiorum gestor* ; elle n'obtient pas du propriétaire la ratification de cet acte de gestion, mais elle est char-

72. « Quum de hoc, an eadem res est, quaritur, hæc spectanda sunt : personæ... » L. 27, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

75. Ulpien. « Julianus libro tertio Digestorum respondit, exceptionem rei judicatæ obstare, quoties eadem quæstio inter easdem personas revocatur. » L. 5, *eod.* Cf. L. 7 § 4, *eod.*

74. « Rei judicatæ exceptio tacite continere videtur omnes personas, quæ rem in iudicium deducere solent. » L. 4, *eod.*

75. L. 14 pr., *eod.*

76. « Si te negotiis meis obtuleris, et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei judicatæ non obstabit ; alia enim res facta est interveniente mandato. Idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit. » L. 25 § 2, *eod.*

gée par lui de revendiquer à nouveau le même fonds en qualité de mandataire, l'exception *rei judicatæ* et à plus forte raison l'exception *rei in judicium deductæ* ne lui sera pas opposable, parce que l'intervention d'un mandat crée une *alia res*. L'importance qu'on attachait à la *conditio personarum* est d'ailleurs attestée par Quintilien (77).

Puisqu'il s'agit de l'identité des personnes juridiques, il s'ensuit que cette identité pourra faire obstacle au renouvellement de l'action, quand même on se trouverait en présence de personnes physiques distinctes. On considère ainsi comme *eadem personæ* : 1° le *de cujus* et ses héritiers ou ayant cause ; 2° le *procurator* ou le *coignitor* et celui qu'il représente ; 3° le maître et l'esclave ou le père et le fils dans les *actiones adjectivæ qualitatis*.

Ces derniers points seront traités dans des chapitres spéciaux ; nous ne nous occuperons présentement que des héritiers et ayant cause.

175. De même que les obligations d'une personne passent activement et passivement à ses héritiers, de même ceux-ci ne peuvent être considérés comme des tiers à l'égard des procès qu'elle a soutenus. Si le défunt a déjà intenté une action et que les héritiers veuillent la reprendre à nouveau, ils devront être repoussés ; il y a là en effet deux actions *de eadem re*. Cette doctrine est si conforme aux règles fondamentales des successions (78), qu'on ne peut s'étonner de ne la voir formulée nulle part expressément. Elle résulte d'ailleurs implicitement des décisions spéciales aux ayants cause à titre particulier, qui vont être rapportées plus bas. Il semble enfin qu'il y soit fait allusion dans un texte de Modestin relatif à l'hypothèse inverse, celle où l'héritier a intenté pour la première fois l'action (79).

176. La même règle s'applique aux successeurs à titre par-

77. *Instit. orat.*, III, 10, 2.

78. *Ulpian.* « *Heredem ejusdem potestatis, jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.* » L. 59, *De reg. jur.*, L. 17.

Paul. « *Nemo plus commodi heredi suo reliquit, quam ipse habuit.* » l. 120, *eod.*

79. L. 10, *De exc.* XLIV, 1. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 211.

ticulier ; l'action de l'ayant cause à titre singulier est considérée comme une action de *eadem re* à l'égard de l'action de son auteur. Lorsque celui-ci aura agi une première fois, le successeur se verra repoussé par application de la maxime *Bis de eadem re ne sit actio* : telle est la décision formelle de Papinien (80) et d'Ulpien (81), qui citent à l'appui l'autorité de Julien. Ces textes se rapportent, il est vrai, à la fonction positive de l'exception *rei judicatæ* ; mais ils n'en sont pas moins probants en ce qui concerne la fonction négative de cette exception et peuvent par suite être appliqués à l'exception *rei in iudicium deductæ* (82).

Cette doctrine n'est que l'application de cette règle de bon sens : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam et ipse haberet* (83). Le successeur ne peut prétendre acquérir une action pleinement efficace, quand son auteur n'avait à raison de la chose qu'il lui transmet qu'une action paralysée par une exception (84). Du reste si on eût considéré l'auteur et son ayant cause comme deux personnes distinctes, il aurait été facile à l'aide de transferts simulés de tourner la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, puisqu'il eût suffi alors d'une vente et d'une revente pour permettre au demandeur primitif de renouveler une revendication qui avait déjà échoué. Mais il n'en était pas ainsi et l'acheteur se voyait opposer l'exception *rei in iudicium deductæ* qu'on eût invoquée contre son vendeur (85). De même si un débiteur qui a échoué dans une revendication donne en gage l'objet revendiqué, toutes les actions que pourrait intenter le créancier gagiste seront repoussées (86).

80. « Exceptio rei judicatæ nocebit ei, qui in dominium successit ejus, qui iudicio expertus est. » L. 28, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

81. « Julianus scribit, exceptionem rei judicatæ a persona auctoris ad emptorem transire solere. » L. 9 § 2, *eod.*

82. Keller, *Litis Cont.*, p. 580 ; Bethmann-Hollweg, *Recm. Civilpr.*, II, p. 510, note 94.

83. L. 54, *De reg. jur.*, L, 17. Cf. L. 20, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1.

84. L. 17 § 2, *De reg. jur.*, L, 17.

85. L. 28, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

86. L. 5 § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1 ; L. 11 § 10, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 215.

Si les ayants cause du demandeur peuvent se voir opposer les exceptions qu'ont eût invoquées contre lui, à l'inverse les ayants cause du défendeur bénéficient de tous les moyens, qui eussent permis à leur auteur d'écarter une action dirigée contre lui. L'exception *rei judicatae*, disent Julien et Ulpien, passe du vendeur à l'acheteur (87); il faut en dire autant de l'exception *rei in iudicium deductae*. Si le défendeur, au lieu de transférer à un tiers la propriété, lui a transmis la possession de la chose à raison de laquelle il a déjà été actionné, la règle *Bis de eadem re ne sit actio* reçoit encore ici son application (88).

SECTION III.

DES DIVERS MODES D'EXTINCTION DE L'ACTION.

177. A l'époque des *legis actiones*, l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produisait toujours de plein droit (1). Le magistrat, avant de procéder aux solennités de la *legis actio*, examinait, entre autres choses, si l'action n'avait pas été déjà consommée par une première *deductio in iudicium*; suivant les résultats de cet examen, il prêtait ou refusait son concours à l'accomplissement de la *legis actio* (2). Cette question n'était pas en général difficile à résoudre, puisqu'il suffisait de s'en référer au témoignage des personnes présentes lors de la première *legis actio*. S'il se présentait quelque difficulté, le magistrat faisait engager aux parties une *sponsio* sur ce point et il les renvoyait devant un *iudex* (3).

178. La substitution du système formulaire à la procédure des *legis actiones* n'eut pas pour résultat de modifier immédiatement l'état de choses existant. Le préteur continua,

87. L. 9 § 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

88. L. 25 § 8, *Fam. exc.*, X, 2; L. 11 § 5, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

1. *Gaus.* « Alia causa fuit olim legis actionum : nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. » IV, 108.

2. Karlowa, *Legisaktionen*, p. 547.

3. Krüger, *Consumtion*, p. 54.

comme par le passé, à examiner s'il y avait lieu d'appliquer le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Le *judex*, en effet, qui ne doit que condamner ou absoudre d'après les faits énoncés dans la formule, n'a pas à rechercher si le prêteur a violé ou non la règle *Bis de eadem re ne sit actio*. Mais le progrès des idées vint donner au *judex* son rôle. La règle avait été à l'origine une pure règle de forme : celui qui avait agi une première fois *de arboribus succisis* ne pouvait agir de nouveau *de arboribus succisis* (4). L'identité de la *res* dépendait alors de la similitude des termes employés dans chaque *legis actio*. Ce caractère formaliste de la règle paraît avoir subsisté encore quelque temps sous le système formulaire (5). D'ailleurs il était rare alors qu'un même droit pût donner naissance à plusieurs actions ; les *actiones in factum*, les actions édiliciennes, les *actiones adjectivæ qualitatis* sont relativement récentes. Il suffisait donc, pour savoir s'il y avait *eadem res*, de comparer la formule précédemment délivrée et celle que les parties réclamaient ; cet examen n'était ni long, ni difficile : il est à croire que le prêteur continuait toujours à le faire. Mais quand les idées se furent modifiées et qu'on en fut venu à considérer l'identité de la formule comme ne déterminant plus l'identité de la *res*, la question de savoir s'il y avait ou non *actio de eadem re* devint plus délicate et nécessita un examen plus long et plus attentif. Le prêteur n'avait pas le loisir de s'y livrer ; l'usage où il était de renvoyer dans les cas difficiles l'examen de la question au *judex* de l'action principale se généralisa. Il fit d'abord, comme à l'époque des *legis actiones*, engager une *sponsio præjudicialis* sur ce point ; puis il en vint à délivrer aux parties la formule qu'elles réclamaient, en y insérant une clause, qui enjoignait au *judex* de ne condamner le défendeur qu'autant que l'action de son adversaire

4. Gaius, IV, 11. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 264 ; *Aktionen*, I, p. 556.

5. Quintilien (*Instit. orat.*, VII, 6, 4) nous apprend en effet que de son temps on discutait la question de savoir, si la règle *Bis de eadem re ne sit actio* signifiait que le demandeur ne pouvait, à raison du même droit, exercer qu'une fois la même action ou n'agir qu'une seule fois. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 266 ; Keller, *Civilpr.*, § 72, trad. Capmas, p. 550, note 847.

ne serait point exercée au mépris de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*. Cette clause de la formule était l'exception *rei in iudicium deductæ*.

179. On voit dès lors apparaître deux modes différents de consommation de l'action suivant que l'effet extinctif de la *litis contestatio* opère *ipso jure* ou se produit *per exceptionem*. Keller a proposé pour ces deux hypothèses les expressions « consommation directe », et « consommation indirecte », qui sont employées en général par les interprètes allemands (6).

180. On ne voit pas au premier abord quel intérêt il pouvait y avoir à distinguer, comme le fait Gaius (7), les cas où l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'opérait de plein droit et ceux où il ne se produisait que par voie d'exception. Le résultat était en effet le même, que le préteur appliquât de prime abord la règle *Bis de eadem re ne sit actio* ou que le *judex* reconnût après examen qu'il y avait eu une *deductio in iudicium* et écartât pour ce motif la prétention du demandeur.

L'intérêt de cette distinction se comprend si on se place au point de vue de la procédure et non du résultat final. L'extinction *ipso jure* constitue un moyen de défense proprement dit (*defensio*), qui peut être invoqué pour la première fois *in iudicio* (8); au contraire l'extinction *per exceptionem*, comme son nom l'indique, ne peut être proposée que *in jure*. Quand le défendeur a négligé de faire insérer dans la formule l'exception *rei in iudicium deductæ*, il est déchu du droit d'opposer à son adversaire que l'action qu'il exerce a été déjà consommée par une première *deductio in iudicium* (9). En effet l'exception *rei in iudicium deductæ* est une exception péremptoire et l'on a vu qu'à l'égard de cette classe d'exceptions une *restitutio in integrum* était chose rare.

6. Keller, *Litis Cont.*, p. 82; Krüger, *Consumtion*, p. 45. — Bekker, *Consumption*, p. 277, a vivement critiqué ces dénominations.

7. Gaius, III, 181; IV, 106 et 107.

8. Gaius. « Postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est. » IV, 107.

9. Accarias, *Précis*, II, p. 865. Cf. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 585.

Mais il ne faudrait pas croire que l'opposition qui vient d'être signalée entre l'extinction *ipso jure* et l'extinction *per exceptionem* eût rien de commun avec une distinction que l'on fait parfois entre la *denegatio actionis* et la délivrance d'une exception. Il serait en effet inexact de supposer qu'au cas de consommation indirecte le préteur dût toujours délivrer une formule avec l'exception *rei in iudicium deductæ*. Le préteur était parfaitement libre, lorsqu'une action était exercée en violation formelle de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, de rejeter purement et simplement la demande, quoiqu'on se trouvât dans un cas où l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produisait *per exceptionem* (10).

A côté de ce premier intérêt, il y en avait un autre qui se présentait plus rarement. Dans certains cas très exceptionnels, le demandeur pouvait se faire restituer contre les conséquences du jugement et de la *litis contestatio*, qui l'avait précédé. Lorsque l'effet extinctif s'était produit *per exceptionem*, le préteur se bornait en général à ajouter dans la formule primitive une *replicatio doli mali*, à l'aide de laquelle le demandeur écartait l'exception *rei in iudicium deductæ* ou l'exception *rei iudicatæ*. Au contraire, si l'extinction s'était opérée de plein droit, le préteur devait délivrer une nouvelle formule (11).

181. Gaius traite à deux reprises différentes de la manière dont s'opère l'effet extinctif de la *litis contestatio*, dans le § 181 du commentaire III (12), à propos de l'extinction des obligations, et dans les §§ 106 et 107 du commentaire IV, à propos de la distinction des *judicia* en *judicia legitima* et *judicia*

10. Krüger, *Consumtion*, p. 44. Keller (*Civilpr.* § 56, trad. Capmas, p. 155) a démontré de la façon la plus évidente que les causes qui devaient donner lieu à la délivrance d'une exception pouvaient, quand elles étaient constantes, amener la *denegatio actionis*.

11. L. 25. *De dolo malo*, IV, 5; L. 46 § 6, *De adm. et per.*, XXVI, 7. — Accarias. *Précis*, II, p. 866.

12. *Gaius*. « Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit; aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatæ vel in iudicium deductæ summoverti. » III, 181.

quæ imperio continentur (15). Dans ces derniers passages, il exige trois conditions pour que l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produise de plein droit : un *judicium legitimum*, une action *in personam*, une *formula in jus concepta* ; dans le § 181 au contraire, il n'indique que la première de ces conditions. Il n'y a là aucune contradiction : Gaius, dans le § 181, avait en vue les actions *in personam* puisqu'il traitait de l'effet extinctif de la *litis contestatio* au moment où il exposait les divers modes d'extinction des obligations. Quant à rappeler la condition relative à la *conceptio in jus* de la formule, il n'avait garde de le faire, puisque c'est seulement dans les actions *in jus conceptæ* que l'on rencontre une obligation, qui puisse être éteinte par la *litis contestatio* (14).

182 L'extinction de l'action ne s'opère donc de plein droit que dans les *judicia legitima*, qui ont pour objet une action *in personam* dont l'*intentio* est *in jus concepta*. Peu importe d'ailleurs que l'action soit *certa* ou *incerta*. Gaius nous atteste que l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produisait *ipso jure* dans l'action *ex stipulatu* et dans l'action *empti*, qui étaient cependant des *actiones incertæ* (15).

L'extinction par voie d'exception est le cas de beaucoup le plus ordinaire : elle a lieu dans tous les *judicia quæ imperio continentur* et dans les *judicia legitima* relatifs soit à une action *in rem*, soit à une action *in personam* dont l'*intentio*

15. Gaius. « Et siquidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula que in factum concepta est, sive ea que in jus habet intentionem, postea nihilo minus ipso jure de eadem re agi potest ; et ideo necessaria est exceptio rei judicate vel in judicium deductæ. Si vero legitimo judicio in personam actum sit ea formula que juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est ; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicate vel in judicium deductæ. » IV, 106 et 107.

14. Keller, *Litis Cont.*, p. 86.

15. Gaius. « Si sine hac præscriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus... totam obligationem, id est etiam futuram in hoc judicium deducimus... Item si verbi gratia ex empto agamus... totius illius juris obligatio incerta actione QUIDQVOD OB FAM REM N. NEGIDIVM A AGERIO DARE FACERE OPORTET per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. » IV, 151 et 151a. Gaius, dans le § 181 du comm. III, n'a en vue que la *condictio certi*, ainsi que l'indiquent ces mots caractéristiques : *Litis contestatione dari oportere desiit*.

est *in jus concepta*. Nous allons examiner dans trois paragraphes les *judicia quæ imperio continentur*, les actions *in rem* et les actions *in factum*.

§ 1. *Judicia legitima et judicia quæ imperio continentur*.

183. Pour être *legitimum*, il fallait que le *judicium* réunît ces trois conditions : 1° qu'il fût renvoyé devant un seul juge ; 2° que celui-ci eût, ainsi que les parties, la qualité de citoyen romain ; 3° que l'instance fût organisée à Rome ou dans un rayon d'un mille (16).

184. La classe des *judicia quæ imperio continentur* comprenait donc : 1° toutes les instances organisées en dehors de Rome ou d'un rayon d'un mille autour de cette ville ; 2° à Rome même, les instances, où figurait un pérégrin, soit en qualité de *judex*, soit comme plaideur, et tous les *judicia recuperatoria* (17).

185. Cette distinction était inconnue à l'époque des *legis actiones*, quand un pérégrin ne pouvait figurer ni comme *judex*, ni comme partie dans une instance, et que les rites de la *legis actio*, du moins en matière contentieuse, ne pouvaient s'accomplir qu'à Rome (18). Mais les rapports de plus en plus nombreux entre Romains et pérégrins donnèrent naissance à des *judicia* d'un nouveau genre, où les pérégrins purent être

16. *Gaius*. « Legitima sunt judicia quæ in urbe Roma vel intra primum urbis Romæ miliarium inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur. » IV, 104. — Les expressions de *Gaius*: *judicia... quæ sub uno judice accipiuntur* doivent s'entendre par opposition aux *judicia recuperatoria*; mais on ne saurait s'en autoriser pour refuser aux procès portés devant les Décemvirs ou les Centumvirs le caractère de *judicia legitima*. Cf. Keller, *Civilpr.* § 45, trad. Capmas, p. 202, note 516; Krüger, *Consumtion*, p. 29.

17. *Gaius*. « Imperio vero continentur recuperatoria et quæ sub uno judice accipiuntur interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quæcumque extra primum urbis Romæ miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. » IV, 105. Les expressions *Urbe Roma vel intra primum urbis Romæ miliarium*, désignent simplement Rome et ses faubourgs; *urbs*, au sens propre du mot, s'entend en effet de la partie de Rome comprise dans le mur d'enceinte : « Urbs est Roma, quæ muro cingere tur. » L. 87, *De verb. sign.*, L. 16.

18. Krüger, *Consumtion*, p. 28.

parties. Ce fait dut coïncider avec la création du préteur pérégrin. Ces instances, organisées par le magistrat, en vertu de son *imperium* (19) et inconnues au *jus civile*, ne pouvaient avoir sur le droit porté en justice les mêmes effets que les *judicia* consacrés par le droit civil. Il ne peut être question ici d'une extinction *ipso jure* : la règle *Bis de eadem re ne sit actio* ne peut s'appliquer qu'avec l'aide du préteur. C'est en effet un principe fondamental du droit romain que le magistrat ne peut ni créer, ni détruire un droit (20). Le pouvoir qu'on refuse au magistrat, on ne saurait l'attribuer au *judicium* organisé par lui. Le préteur ne pouvait faire qu'une chose : mettre à la disposition du défendeur les moyens de paralyser l'action dirigée contre lui ; c'est ce résultat auquel il arrivait en insérant dans la formule l'exception *rei in judicium deductæ* ou l'exception *rei judicatæ* (21).

186. Bekker a proposé une autre explication de la règle qui restreint l'extinction *ipso jure* au seul cas d'un *judicium legitimum* (22). D'après lui, les *judicia legitima* seuls étaient de véritables actions. Le *judicium quod imperio continetur* n'étant pas une action proprement dite, il s'ensuit qu'on ne considère pas, dans la rigueur du droit, le demandeur comme ayant agi une première fois ; il n'y a donc aucune raison de lui refuser en principe le droit d'intenter une nouvelle action. Mais le préteur de son côté, en vertu de son *imperium*, attribuait au *judicium* créé par lui tous les effets attachés à l'action légitime ; il chargeait en conséquence le *judex* d'examiner si l'affaire avait déjà fait l'objet d'une instance et lui enjoignait, au cas où il constaterait ce fait, de débouter le demandeur de ses prétentions. Les conjectures de Bekker ne sont justifiées par aucun texte ; du reste l'idée,

19. *Gaius*. « Ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is quis ea præcepit, imperium habebit. » IV, 105.

20. L. 8 § 4, *Si serv. vind.*, VIII, 5.

21. Keller, *Litis Cont.*, p. 114 ; Krüger, *Consumtion*, p. 29. — De même l'usufruit constitué par l'*adjudicatio* n'était efficace dans les *judicia quæ imperio continentur qu'auxilio prætoris*. *Fr. Vat.*, 47 ; L. 14 § 1, *Fam. etc.*, X, 2.

22. Bekker, *Consumtion*, p. 280 et 300.

qui sert de base à cette explication, paraît avoir été étrangère aux jurisconsultes romains (25).

§ 2. *Actions in personam et actions in rem.*

187. Dans la procédure des *legis actiones*, les actions *in rem* aussi bien que les actions *in personam* étaient éteintes de plein droit par la *deductio in iudicium*, tandis que sous le système formulaire l'effet extinctif ne se produisait pour les premières que par voie d'exception. Comme les *judicia quæ imperio continentur* et les actions *in factum* étaient inconnus à l'époque des *legis actiones*, c'est le seul cas où l'on constate, en matière d'effet extinctif de la *litis contestatio*, une différence entre la procédure primitive et celle du droit classique.

188. Une première explication, proposée par Keller (24), consiste à dire que l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne se produit pas ici *ipso jure*, parce qu'un droit réel ne peut être nové.

Mais un droit réel ne pouvait pas davantage être éteint par novation à l'époque des *legis actiones*, et cependant les termes très formels de Gaius ne permettent pas de douter que la règle *Bis de eadem re ne sit actio* n'opérât alors le plein droit dans les actions *in rem* aussi bien que dans les actions *in personam* (25).

189. La différence, qui existait en matière d'effet extinctif de la *litis contestatio* dans les actions *in rem* entre la procédure des *legis actiones* et le système formulaire, s'explique vraisemblablement par les considérations suivantes :

1° La règle *Bis de eadem re ne sit actio* était à l'origine une règle toute de forme qui se ramenait à ceci : la même *legis actio* ne peut pas être accomplie deux fois à raison du même objet. Lorsque le système formulaire eut remplacé la procédure des *legis actiones*, la règle, au lieu de s'appliquer à l'ac-

25. Keller, *Civilpr.* § 45, trad. Capmas, p. 203, note 520.

24. Keller, *Litis Cont.*, p. 118.

25. Gaius, IV, 108.

tion tout entière, n'atteignit en général que l'*intentio* ; mais ses effets n'en furent pas moins profonds. En s'attachant au résultat final, on arriva à dire, comme le fait Gaius, l'*intentio* SI PARET N. N. A. A. HS. X. M. DARE OPORTERE, ne peut plus être reproduite et partant l'obligation de Numerius Negidius a disparu : *Litis contestatione dari oportere desit*. Le même raisonnement ne pouvait s'appliquer aux actions *in rem*. En effet, l'*intentio* SI PARET HOMINEM STICHVM EX IVRE QVIRITIVM A. AGERII ESSE, peut encore être reproduite, sinon contre le même adversaire, du moins contre d'autres ; elle n'a donc pas cessé d'être vraie, et par suite le droit, dont elle est l'expression, est toujours efficace. Le *judex* ne peut se dispenser de le reconnaître, à moins que le contraire ne lui ait été expressément enjoint par l'insertion de l'exception *rei in iudicium deductæ* dans la formule.

2° Dans la procédure des *legis actiones*, le *judex* avait à décider si la *vindicatio* du demandeur était fondée, et si, en conséquence, le *sacramentum* était *justum* ou *injustum*. Mais la *vindicatio* du demandeur était accompagnée d'une *contra-vindicatio* de la part du défendeur, de sorte que le droit de propriété apparaît ici sous un aspect tout particulier : c'est un droit invoqué contre une personne déterminée, un droit concret, si l'on peut parler ainsi, qui ressemble fort à un droit de créance.

Dans le système formulaire et surtout dans la *formula petitoria*, le droit réel se présente avec un tout autre caractère. L'*intentio* le désigne sous sa forme la plus abstraite ; elle énonce simplement que P. Servilius, par exemple, est propriétaire d'un fonds sis à Capène : SI PARET FVNDVM CAPENATEM, QVO DE AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM P. SERVILII ESSE (26). Or cette proposition n'a pas cessé d'être vraie, parce qu'elle a déjà été insérée dans une formule antérieure ; il faudrait pour cela que le *judex* de la première action eût reconnu le mal-fondé

26. Cic. *In Ver. act.* II^o, 12. — La formule n'indique plus en effet d'une manière constante le nom du défendeur ; celui-ci figure souvent dans la *condemnatio*, mais il peut dans bien des cas être remplacé par le nom d'un cessionnaire ou d'un représentant.

des prétentions du demandeur, c'est-à-dire qu'il y eût *res judicata*. Encore la chose jugée ne s'opposerait-elle au renouvellement de l'action qu'entre les mêmes parties.

La consommation de l'action se produisait donc de plein droit à l'époque des *legis actiones*, parce que la *deductio in iudicium* portait alors sur le droit réel dans sa relation avec une personne déterminée; elle s'opère *per exceptionem* dans la procédure formulaire parce que la *deductio in iudicium* porte sur le droit réel dans toute sa généralité, en dehors de toute relation avec une personne déterminée (27).

§ 3. *Actions in jus conceptæ et actions in factum.*

190. On a cru trouver la raison de la distinction que les Romains faisaient à cet égard entre les actions *in jus conceptæ* et les actions *in factum* dans la nature prétorienne de ces dernières (28). Elles n'auraient pas été considérées comme de véritables actions; seulement le préteur, en vertu de son *imperium*, leur aurait attribué les effets des actions civiles.

Mais la loi *Æbutia* n'avait-elle pas donné une consécration légale aux formules créées par le préteur? Pourquoi d'ailleurs, s'il en eût été ainsi, l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne se serait-il pas produit aussi *per exceptionem* dans toutes les actions prétoriennes, et notamment dans celles qui étaient *in jus conceptæ* (29).

27. Voy. en ce sens Keller, *Civilpr.* § 60, p. 269, note 712. M. Accarias, (*Précis*, II, p. 865) expose des idées analogues. Bethmann-Hollweg (*Röm. Civilpr.*, II, p. 490) et Krüger (*Consumtion*, p. 42) se bornent à dire qu'on ne saurait concevoir que le droit de propriété du demandeur s'éteignît *ipso jure* par l'effet de la *litis contestatio*. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 119, note 9. Rudorff pense que l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produit *per exceptionem* dans les actions *in rem*, parce que la propriété ne peut s'éteindre par l'effet des obligations. *Röm. Rechtsg.* § 81, II, p. 271.

28. Bekker, *Consumtion*, p. 280.

29. Nous ne faisons point rentrer toutes les *actiones fictitiæ* dans les actions *in factum*. Cf. Keller, *Civilpr.* § 33, trad. Capmas, p. 149; Accarias, *Précis*, II, p. 925, note 2. *Contra* Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 312 et 314.‡

Une seconde explication, proposée par Krüger (30), tient grand compte du but que s'est proposé le prêteur en créant les actions *in factum* : garantir des prétentions qui, quoique non reconnues par le droit civil, lui semblaient cependant dignes de protection. Comme il subordonnait la condamnation à la seule existence des faits mentionnés dans l'*intentio* sans que le *judex* eût à examiner la valeur des prétentions du demandeur, il n'était pas possible à celui-ci de connaître le droit qui faisait l'objet du *judicium*. A plus forte raison, le *judex* de l'action civile, s'il en était intenté une dans la suite, ne pouvait-il savoir quelle influence avait eu l'exercice de l'action *in factum* sur le droit qui était maintenant soumis à son examen. Mais les actions utiles *in jus conceptæ* n'ont-elles pas le même but que les actions *in factum*? Ne sont-elles pas destinées, comme elles, à faire valoir des prétentions que le droit civil ne garantit pas? Cependant l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'y produit de plein droit. Krüger essaye d'écarter cette objection en disant que le *judex*, dans le cas d'une action *fictitia*, ne pouvait avoir aucune incertitude sur ce qui était ou avait été déduit *in judicium*. On peut répondre que, si l'on avait à craindre moins de difficultés sur l'identité de l'objet, il pouvait toujours s'élever des doutes très sérieux sur l'identité des parties en cause; la fiction porte en effet souvent sur la personne même des plaideurs et leur capacité juridique.

Keller, dans son ouvrage sur la *litis contestatio* (51), fait encore intervenir ici l'idée de la novation : l'extinction s'opère *per exceptionem* dans les actions *in factum*, parce que celles-ci sont fondées sur des simples faits, et qu'un fait ne saurait être l'objet d'une novation. Cette explication suppose que la *litis contestatio* constituerait une novation; or, cette manière de voir, ainsi qu'on l'établira plus loin, ne paraît pas avoir été celle des jurisconsultes romains. Pourquoi d'ailleurs, à

30. Krüger. *Consumtion*, p. 57.

51. *Litis Cont.*, p. 118. Keller indique subsidiairement le véritable motif que nous allons développer et dont il a lui-même reconnu l'importance dans son dernier ouvrage. *Civilpr.* § 60, trad. Capmas, p. 269, note 712.

supposer cette doctrine exacte, n'aurait-on pas pu admettre une novation de l'obligation résultant du fait indiqué dans l'*intentio* et hypothétiquement affirmée par la formule?

L'explication la plus probable est celle qui est tirée du caractère même de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, qui était à l'origine une règle toute de forme. Les Romains considéraient que dans les actions *in factum* la *deductio in iudicium* portait sur les faits mentionnés dans l'*intentio* et non sur le droit qui en découlait. Or, si les droits sont susceptibles de s'éteindre par suite de quelque opération juridique (52), il n'en est pas de même des faits qui ne sauraient s'effacer et être réputés non venus (53) : un fait ne peut cesser d'être vrai, parce qu'il a déjà fait l'objet d'un procès (54). On peut supposer ainsi qu'une personne réclame à deux reprises différentes un objet donné par elle en dépôt, et qu'elle se serve la première fois d'une formule *in factum*. Si l'effet extinctif se produisait ici de plein droit, le *iudex* devrait, même en l'absence d'une clause spéciale, absoudre le défendeur lorsque celui-ci invoquerait le moyen tiré de la *deductio in iudicium*. Cette absolution impliquerait qu'il n'y aurait pas eu dépôt, puisque l'existence de ce fait est la condition de la condamnation (55). Or, si on conçoit que la *litis contestatio* puisse éteindre la créance civile résultant du dépôt, on ne saurait comprendre qu'elle fit disparaître le fait même du dépôt.

SECTION IV.

DE L'EXCEPTION *REI IN IUDICIUM DEDUCTÆ*.

191. Le nom de l'exception *rei in iudicium deductæ* serait inconnu sans Gaius qui la mentionne à quatre reprises dif-

52. Gaius. « *Litis contestatione dari oportere desit.* » III, 181.

53. Tryphoninus. « *Facti autem cause in factæ nulla constitutione fieri possunt.* » L. 12 § 2, *De capt.*, XLIX, 15.

54. Windscheid, *Actio*, p. 54; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 490; Accarias, *Précis*, II, p. 490.

55. « *SI PARET A. AGERIVM APVD N. NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVISSE... CONDEMNATO.* » Gaius, IV, 47. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 118, note 8; Bekker, *Consumption*, p. 281.

térentes (1). Le fait est facile à expliquer. Cette exception avait perdu toute importance avec l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*. Déjà même, à l'époque classique, elle ne paraît pas avoir eu, ainsi qu'on le verra plus bas, un champ d'application fort étendu. Il n'y a donc rien de surprenant à ce qu'à une époque où l'exception *rei in judicium deductæ* n'offrait plus aucun intérêt, Tribonien ait effacé tous les vestiges de cette exception qu'il rencontrait dans les écrits des jurisconsultes. Aussi, dans tous les passages où elle pourrait être mentionnée à côté de l'exception *rei judicatæ* n'est-il question que de cette dernière. Comme les conditions et les effets de l'exception *rei judicatæ*, en tant qu'elle assure la consommation de l'action, sont ceux de l'exception *rei in judicium deductæ*, on a le droit pour compléter la théorie de cette dernière exception de recourir aux textes relatifs à l'exception *rei judicatæ*.

192. Toutefois on peut trouver dans les Pandectes quelques vestiges de l'exception *rei in judicium deductæ*.

Un fragment du livre XXIV du commentaire d'Ulpien sur l'Édit semble encore s'être rapporté à cette exception. Le jurisconsulte suppose dans ce texte que le demandeur, après avoir intenté l'action *mandati*, recourt ensuite à l'action *negotiorum gestorum* ou à une *condictio*; il décide que cette nouvelle action *de eadem re* sera repoussée. Ulpien doit ici avoir eu en vue l'exception *rei in judicium deductæ*, puisqu'il se place entre le moment de la *litis contestatio* et celui de la première comparution des parties devant le *judex* (2), et que cette exception est le seul moyen ici d'invoquer la règle *Bis de eadem re ne sit actio*.

Il est en outre fort probable que Pomponius y faisait allu-

1. « Debeo per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ summo-
moveri. » III, 181.

« Ideo necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ. » IV, 106.

« Ob id exceptio necessaria est rei judicatæ vel in judicium deductæ. » IV, 107. Cf. IV, 121.

2. « Si quis mandati acturus, quum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agit negotiorum gestorum, vel condat, de eadem re agit. » l. 5, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Keller. *Litis Cont.*, p. 110 et 245.

sion dans un passage du livre XVI de son commentaire sur Sabinus, où il rapporte l'opinion de Trebatius (3). Il y a encore quelques textes qui semblent s'être référés originairement à l'exception *rei in iudicium deductæ*, mais cela est moins certain que pour les deux qui viennent d'être mentionnés (4).

§ 1. Formule de l'exception *rei in iudicium deductæ*.

193. La formule de l'exception *rei in iudicium deductæ* nous a été imparfaitement conservée par Cicéron (5). Il est probable qu'elle était ainsi conçue : SI EA RES IN IUDICIUM ANTEA NON VENERIT (6); c'est du moins à cette forme que conduisent

3. « Si ex testamento actum sit cum herede ab eo, qui, quum totum argentum ei legatum erat, mensas duntaxat sibi legatas putaret, earumque duntaxat aestimationem in iudicio fecisset, postea eundem petiturum de argento quoque legato Trebatius ait; nec obstituram ei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisset. » L. 20, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 505, note 77.

4. Ces textes sont les suivants :

1° *Paul.* « Qui ita de publico agunt, ut et privatum commodum defendant, causa cognita permittuntur procuratorem dare : et postea alius agens exceptione repellitur. » L. 45 § 1, *De procur.*, III, 3.

2° *Ulpian.* « Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri certum est; et ita Pomponius; et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita. » L. 14 § 15, *Quod metus causa*, IV, 2. Cf. Puchta, *Instit.* § 172, II, p. 156, note f.

3° *Paul.* « Sæpius ad exhibendum agenti, si ex eadem causa agat, obstituram exceptionem, Julianus ait. Novam autem causam intervenire, si is, qui vindicandi gratia egisset, post acceptum iudicium eam ab aliquo accepit, et ideo exceptionem ei non officere. » L. 12 § 2, *Ad exhib.*, X, 4. Cf. L. 4 § 5, *De noc. act.*, IX, 4; L. 5 § 10, *De sep. viol.*, XLVII, 12. — Liebe, *Stipulation*, p. 176, note 1.

Dernburg (*Hered. petitio*, p. 64), a supposé que Julien parlait de l'exception *rei in iudicium deductæ* et non de l'exception *rei iudicatæ* dans un texte, qui forme la l. 22 § 8, *Ritam rem* (XLVI, 8). Cette conjecture ne semble pas devoir être admise; elle se fonde sur les mots: *si procurator iudicium de hereditate ediderit*. Or l'*editio actionis*, au sens strict du mot, ne suffisait pas à produire cette exception. Le mot *ediderit* doit s'entendre ici de l'exercice de l'action en général, sans qu'il soit possible de préciser à quelle phase elle est arrivée. On ne peut donc savoir avec certitude si Julien avait en vue l'exception *rei in iudicium deductæ* ou l'exception *rei iudicatæ*. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 91, note 28.

5. « Petitor rursus quum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium antea venisset. » Cic. *De oratore*, I, 37.

6. Bekker, *Consumtion*, p. 276. — On a proposé de modifier un peu cette formule, qui aurait été ainsi conçue : SI NON EA RES IN IUDICIUM ANTEA VENERIT. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 45.

les indications de Cicéron et de Gaius non moins que l'analogie qui devait exister entre la teneur de cette exception et celle de l'exception *rei judicatæ* (7).

Cette formule d'ailleurs ne devait pas être la seule employée (8); elle eût été insuffisante dans bien des cas et notamment lorsque la première action intentée était une action *in factum*. Le *judex* ne pouvait alors reconnaître à la seule lecture des mots *ea res* quel était le point précis qui avait fait l'objet du débat précédent. Il faut donc admettre dans certains cas la délivrance d'une *exceptio utilis* où ces termes *ea res* étaient accompagnés de détails circonstanciés, qui ne laissaient aucun doute au *judex* (9).

194. L'exception *rei in iudicium deductæ* était une exception péremptoire (10). Bien que découlant du droit civil, elle rentrait (11) dans la grande catégorie des exceptions *in factum*; enfin, elle devait être, comme l'exception *rei judicatæ*, une exception *rei cohærens* (12); ce qui permettait aux fidéjusseurs et aux *correi* de l'invoquer.

§ 2. Fonction de l'exception *rei in iudicium deductæ*.

195. Lorsque l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produit *ipso jure*, le droit originaire est anéanti et l'action qu'on voudrait en faire découler doit, en vertu des termes mêmes de la formule, être réputée nulle et non avenue. Dans tous les autres cas la *litis contestatio* n'a pas de prise sur le droit,

7. La formule de l'exception *rei judicatæ* ne s'est conservée que dans un seul texte (L. 9 § 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2), qui en contient une rédaction appropriée aux circonstances de la cause : AT SI EA RES IUDICATA NON SIT INTER ME ET EVM CUI VENDIDISTI.

8. Krüger, *Consuetud.*, p. 45.

9. L. 41, *De mun.*, IV, 4; L. 21, *De præscr. verbis.*, XIX, 5.

10. « Peremptoriæ sunt quæ perpetuo valent, nec evitari possunt, veluti... aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est... » Gaius, IV, 121.

11. Savigny, *System*, § 227. V, p. 170, note b; Keller, *Civilpr.* § 55, trad. Capmas, p. 147.

12. L. 7 § 1, *De exc.*, XLIV, 1. Cf. Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 438; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 396 et 492, note 51.

qui sert de fondement à l'action ; mais si on s'attache au résultat final, l'action intentée sera aussi inefficace. Le moyen de droit, qui sert à assurer ce résultat, est l'exception *rei in iudicium deductæ*. Il n'est fait nulle part mention expresse de cette fonction de l'exception ; mais elle découle des considérations suivantes.

Gaius fait une opposition entre les effets extinctifs de la *litis contestatio* et du jugement qui se produisent de plein droit et ceux qui ne s'opèrent qu'à l'aide des exceptions *rei in iudicium deductæ* et *rei iudicatæ* (15) ; or cette dernière exception marche toujours de pair avec l'effet extinctif qui s'attache de plein droit au jugement. Il paraît très naturel d'admettre le même parallélisme entre l'exception *rei in iudicium deductæ* et l'effet extinctif de la *litis contestatio* ; autrement il n'y aurait aucun moyen de se prévaloir de la consommation imparfaite qui est produite par la *litis contestatio* dans un grand nombre de cas et on ne trouverait guère d'application de l'exception *rei in iudicium deductæ* (14).

Cet argument d'analogie est confirmé par le sens littéral des termes *rei in iudicium deductæ* qui composent le nom même de l'exception. *Rem in iudicium deducere* signifie proprement porter l'affaire devant un *judex* (15). Or, c'est la *litis contestatio*, qui marque le moment où doit commencer la mission de ce dernier. On comprend donc qu'à l'acceptation propre de l'expression *rem in iudicium deducere* se joigne souvent l'idée de l'extinction du droit originaire. C'est ce qui a lieu, notamment au cas d'intervention d'un *cognitor* et d'un *procurator* (16) ; il s'agit alors de savoir si la *deductio in iudicium* opérée par un semblable représentant a consommé l'action comme cela eût eu lieu si le *dominus* avait agi en personne.

196. L'exception *rei in iudicium deductæ* n'a pas, comme

13. Gaius, III, 181 ; IV, 106 et 107.

14. Keller, *Litis Cont.*, p. 107.

15. L. 30, *De rec.*, IV, 8 ; L. 14 § 1, L. 30, *Fam. etc.*, X, 2 ; L. 18, *Comm. div.*, X, 3.

16. Gaius, IV, 98 ; L. 56, *De jud.*, V, 1 ; L. 11 § 7, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

l'exception *rei judicatæ*, une fonction positive à côté de sa fonction négative. Cette différence tient à la nature même des choses : l'exception *rei in judicium deductæ* est uniquement destinée à faire valoir le principe de la consommation de l'action, tandis que l'exception *rei judicatæ* a un double objet : elle est d'un côté la sanction de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, mais elle a aussi pour but de faire respecter le principe de la vérité de la chose jugée (17).

§ 3. Cas d'application de l'exception *rei in judicium deductæ*.

197. L'effet extinctif de la *litis contestatio* n'offre guère d'intérêt, quand le procès a suivi sa marche régulière. Le jugement qui y met fin crée un nouveau rapport juridique, qui vient prendre la place de l'obligation primitive (18). L'effet passager de la *litis contestatio* est ainsi absorbé par ce résultat plus durable et l'exception *rei judicatæ* vient concourir avec l'exception *rei in judicium deductæ*. Celle-ci n'est donc utile au défendeur que dans les cas où il n'a pas encore été rendu de jugement et dans ceux où il n'y en aura point, parce que le *judicium* s'éteint sans que le *judex* ait à prononcer de sentence.

198. Les cas où l'exception *rei in judicium deductæ* peut seule être employée sont les suivants :

1^o Lorsque l'instance est encore pendante, elle sert à assurer l'efficacité de la règle que Marcellus formule ainsi : *Ubi acceptum est semel judicium ibi et finem accipere debet* (19). Elle correspond dans ce cas à l'exception de litispendance du droit moderne.

2^o Une des applications les plus fréquentes de l'exception

17. Keller, *Litis Cont.*, p. 125 et 255; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 657.

18. « Si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri. » Gams, III, 180.

Justinien. 551. « Si enim novatur judicati actione prior contractus... » L. 3, C. *De usur. rei jud.*, VII, 54.

19. L. 50, *De judiciis*, V, 1. Cf. L. 54, *eod.*

rei in iudicium deductæ se présente au cas de péremption d'instance, lorsqu'on a laissé s'écouler le délai d'une année ou de dix-huit mois, suivant qu'il s'agit d'un *iudicium imperio continens* ou d'un *iudicium legitimum*. Cet emploi de l'exception dut s'accroître lorsque les *iudicia legitima* eurent cessé d'être perpétuels depuis la loi Julia *iudiciorum privatorum* (20); jusque-là elle n'avait dû s'appliquer qu'aux *iudicia quæ imperio continentur*. Sous l'Empire, les fonctions cessèrent d'être annuelles surtout dans les provinces impériales, et Paul nous apprend que de son temps les pouvoirs du *judex* ne cessaient plus avec la sortie de charge du gouverneur qui l'avait institué (21). Cette jurisprudence restreignait beaucoup l'emploi de l'exception *rei in iudicium deductæ*, puisque la péremption n'atteignait les *iudicia quæ imperio continentur* qu'autant qu'ils se déroulaient à Rome (22). Quant aux *iudicia legitima*, on sait qu'une exception n'était nécessaire que s'ils avaient trait à une action *in rem* ou à une action *in factum*.

5° Quand le défendeur avait fait insérer dans la formule une *præscriptio pro reo* (23), le *judex* ne pouvait examiner le droit en litige qu'autant que cet examen ne préjugait pas une autre question. Si la prétention du défendeur lui paraissait justifiée, il devait déclarer sa mission remplie et renvoyer les parties (24). La décision qu'il rend n'est qu'une *absolutio ab instantia*, comme on le dira plus tard; mais le demandeur n'en a pas moins consommé son droit, et son adversaire peut s'opposer à tout renouvellement de l'action au moyen de l'exception *rei in iudicium deductæ*. Mais cette application disparut de bonne heure: à l'époque classique, toutes les *præscriptiones pro reo* étaient devenues des exceptions (25),

20. Keller, *Civilpr.* § 70, trad. Capmas, p. 323, note 835; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 177.

21. L. 49 § 1, *De iudiciis*, V, 1.

22. Keller, *Litis Cont.*, p. 164.

23. Gaius, IV, 153. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 403

24. Quintilien, *Inst. orat.*, VII, 5, 3.

25. Cette transformation n'était peut-être pas encore entièrement accomplie à

et le *judicium* aboutissait à une véritable absolution. L'obstacle à la reproduction de l'action n'était plus alors l'exception *rei in iudicium deductæ*, mais bien l'exception *rei iudicatæ*.

4° Le *judicium* pouvait s'éteindre par un désistement (26). L'exception *rei in iudicium deductæ* servait vraisemblablement dans ce cas à protéger le défendeur contre les tentatives qu'aurait pu faire le demandeur pour renouveler son action. Ce désistement comportait le plus souvent un accord entre les parties, et son efficacité devait alors être garantie par l'exception *pacti conventi*, parce qu'on présumait une renonciation au droit lui-même. Mais rien ne fait supposer que telle soit là l'hypothèse visée dans un rescrit de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla de l'année 206 (27) : il est probable que la demanderesse, dont il est question dans ce texte, espérait, à l'aide de ce désistement, échapper aux conséquences d'une erreur de rédaction dans la formule ou éviter une exception dilatoire ; comme la première action était une action *in rem*, l'effet extinctif de la *litis contestatio* devait être assuré au moyen de l'exception *rei in iudicium deductæ* (28) ;

5° Peut-être l'exception *rei in iudicium deductæ* était-elle le seul moyen de repousser la réclamation d'arrérages, quand le créancier avait consommé son droit, en ne faisant point insérer dans la formule la *præscriptio* EA RES AGATUR CIVIS REI DIES FUIT. C'est ce que semble indiquer Gaius, qui parle toujours à ce propos de la *deductio in iudicium*, sans jamais faire allusion à la *res iudicata* (29).

l'époque d'Auguste. Cf. Cic. *De invent.*, II, 20 ; Quintilien, *Inst. orat.*, *loc. cit.* — Keller, *Civilpr.* § 43, trad. Capmas, p. 189, note 487 ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 402, note 82.

26. L. 21, *De min.*, IV, 4 ; L. 10, *De judiciis*, V, 1 ; L. 16 § 5, *De bon. lib.*, XXXVII, 2. — L. 4, C. *De pactis*, II, 5.

27. « Postquam liti de prædio motæ renuntiasti, causam finitam instaurari posse, nulla ratio permittit. » L. 4, C. *De pactis*, II, 5.

28. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 492, note 53.

29. Gaius, IV, 131. Cf. Cic. *De oratore*, I, 57.

§ 4. *Concours de l'exception rei in iudicium deductæ et de l'exception rei iudicatæ.*

199. Une des questions les plus obscures de cette théorie est celle de la coexistence des deux exceptions *rei in iudicium deductæ* et *rei iudicatæ* qui semblent avoir un but identique : faire obstacle au renouvellement de la même prétention.

Une première explication consiste à dire que l'exception *rei iudicatæ* vient, dès l'instant du jugement, prendre la place de l'exception *rei in iudicium deductæ*, qui demeure dès lors inefficace (50). Cette opinion donne à tort pour fondement à l'exception *rei in iudicium deductæ* l'idée que l'affaire est actuellement pendante *in iudicio*; elle a de plus l'inconvénient de réduire beaucoup le rôle de cette exception.

200. Il nous paraît plus sûr d'admettre que le défendeur pouvait, après le jugement, se servir à son choix de l'une ou de l'autre des deux exceptions (51). L'exception *rei in iudicium deductæ* repose en effet sur l'idée que le droit a déjà fait l'objet d'une *deductio in iudicium* et qu'il se trouve par suite consommé; or, ce fait reste aussi vrai après le jugement qu'il l'était auparavant. On ne peut supposer que le préteur ait inséré dans la formule l'exception *rei iudicatæ* contre le gré du défendeur; il lui aurait ainsi imposé l'obligation de prouver qu'il était intervenu un jugement dans la procédure antérieure, au lieu de la preuve plus simple de la délivrance d'une formule sur le même objet.

Cette manière de voir est confirmée par le témoignage de Cicéron : dans le passage où il parle de l'exception *rei in iudicium deductæ* (52), il suppose que cette exception est invoquée après que le *judex* a rendu une sentence d'absolution. En outre, Gaius met toujours sur la même ligne les exceptions

50. Savigny, *System* § 281, VI, p. 267; Bekker, *Consumption*, p. 278.

51. Keller, *Litis Cont.*, p. 209; *Civilpr.* § 71, trad. Capmas, p. 327, note 845; Krüger, p. 50; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 492, note 31; Accarias, *Précis*, II, p. 866.

52. *De oratore*, I, 37.

rei in iudicium deductæ et *rei iudicatæ*, et il semble d'après lui qu'on pouvait se servir indifféremment de l'une ou de l'autre. On a objecté qu'il serait étrange qu'à un moment où on pouvait se prévaloir de l'autorité de la chose jugée, on allât invoquer l'effet extinctif de la *litis contestatio*; mais cela pouvait encore être fort utile, au cas par exemple où le jugement était nul. On comprend donc que les plaideurs aient eu souvent grand intérêt à combiner les deux exceptions.

§ 5. *Destinée de l'exception rei in iudicium deductæ.*

201. L'absence de fonction positive pourrait avoir contribué à restreindre l'emploi de l'exception *rei in iudicium deductæ*. Celle-ci ne pouvant servir qu'à faire valoir l'effet extinctif de la *litis contestatio*, il aurait fallu chaque fois examiner s'il s'agissait de cet effet ou des conséquences positives du jugement; l'exception *rei iudicatæ*, au contraire, convenait dans tous les cas sans distinction. Il est donc naturel qu'elle ait dans la pratique remplacé l'exception *rei in iudicium deductæ* toutes les fois qu'elle concourait avec elle, c'est-à-dire quand il avait été rendu un jugement (35). L'exception *rei in iudicium deductæ* ne resta donc en usage que dans les cas où l'on voulait invoquer l'effet extinctif de la *litis contestatio* en l'absence de tout jugement. On vient de voir combien ces cas avaient dû devenir rares à l'époque classique. La transformation des *præscriptiones pro reo* en exceptions et la disparition graduelle de la péremption d'instance ôtèrent à l'exception *rei in iudicium deductæ* sa plus grande utilité, et l'on peut affirmer qu'elle était, lors de la suppression du système formulaire, sinon entièrement tombée en désuétude, du moins réduite au rôle d'une simple exception de litispendance.

35. Keller, *Litis Cont.*, p. 255.

SECTION V.

DES EFFETS DE LA CONSOMMATION DE L'ACTION.

202. La *litis contestatio* a pour effet d'anéantir le droit du demandeur, en tant que ce droit peut faire l'objet d'une action; *Bis de eadem re ne sit actio*, tel est le principe fondamental en cette matière. Mais la *litis contestatio* n'atteint point le droit considéré en lui-même et dans ses effets.

Il faut du reste toujours tenir compte de la différence qui existe entre les actions *in rem* et les actions *in personam*.

203. Dans les actions *in rem*, il est facile de distinguer l'action du droit dont elle dérive et par suite on peut aisément déterminer l'étendue de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Le propriétaire conserve toujours son droit de propriété : mais l'exercice en est restreint, à partir de cette phase de la procédure, vis à vis d'une personne déterminée et de ses héritiers ; le demandeur et même le défendeur, si l'action a porté sur son droit, sont dépouillés de la faculté d'agir à l'avenir en revendication l'un contre l'autre.

204. Dans les actions *in personam*, l'effet extinctif de la *litis contestatio* sur le droit de créance se précise moins aisément. Les idées d'action et d'obligation étaient à l'origine si rapprochées qu'on dut d'abord les confondre. Ces deux idées se développèrent d'une façon indépendante ; plus elles se séparèrent, plus il devint évident que c'était seulement le droit d'agir qui était éteint par la *litis contestatio*.

205. Quant à l'obligation, elle ne pouvait plus être invoquée en justice, mais elle dut rester efficace même après la *litis contestatio*, pourvu qu'on la fit valoir autrement que par voie d'action : elle devenait donc une obligation naturelle. Gaius (1), Javolenus (2) et Ulpien (3) disent sans doute expres-

1. « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione... obligatio... principalis dissolvitur... » III, 180 « Litis contestatione dari oportere desit... » III, 181. « Totius illius juris obligatio... consumitur. » IV, 151 a.

2. « Pctitione... unius tota solvitur obligatio. » L. 2, *De duob. reis*, XLV, 2.

3. « Quia natura obligationum duarum quas haberet. ea esset, ut, quum

sément que le droit de créance est anéanti par la *litis contestatio* : *obligatio tollitur, consumitur, solvitur* ; peut-être se placent-ils au point de vue du *jus civile*, qui ne connaissait point les obligations naturelles (4). La persistance d'une semblable obligation est attestée en effet, dans le cas qui nous occupe, par Paul (5) et par Ulpien (6), qui ne font que reproduire des décisions de Julien : ce qui nous indique que telle était la doctrine admise à l'époque classique (7). La généralité des expressions employées dans les textes ne permet pas de distinguer entre les cas où l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produit de plein droit et ceux où il ne se réalise que par voie d'exception.

§ 1. *Persistance d'une obligation naturelle. Son utilité.*

206. On ne voit pas à première vue quelles sont les hypothèses, où le demandeur peut avoir besoin de se prévaloir de cette obligation naturelle. Si le procès a suivi sa marche normale, il a abouti à une sentence et l'obligation naturelle qu'avait laissée subsister la *litis contestatio* vient se confondre avec l'obligation civile qui dérive de la sentence (8). Le demandeur exerce alors l'action *judicati*, qui lui assure une protection très énergique, et n'a garde d'invoquer sa créance

altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur. » L. 5, *De fidej.*, XLVI, 1.

4. Les Romains restreignent souvent l'emploi du mot *obligatio* à l'obligation qui était sanctionnée par une action. Cf. L. 7 §§ 2 et 4, *De pactis*, II, 14; L. 22 pr., *De reg. jur.*, L. 17.

5. « Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. » L. 60 pr., *De cond. ind.*, XII, 6.

6. « Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis, et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur. » L. 8 § 3, *De fidej.*, XLVI, 1.

7. On a aussi invoqué en ce sens un passage de Gaius (L. 8, *De comp.*, XVI, 2) et un autre de Papinien (L. 50 § 2, *De peculio*, XV, 1); mais ils sont moins explicites que les textes que nous avons cités. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 285 et s.; Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 562; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 510.

8. Gaius, III, 180. L. 5 pr., C. *De usur. rei jud.*, VII, 54.

primitive, aujourd'hui dégénérée et impuissante à lui procurer satisfaction au delà d'une limite fort restreinte. Toutefois l'existence d'une obligation naturelle n'est pas absolument sans utilité pour le demandeur. L'intérêt se présente toutes les fois que celui-ci ne peut se prévaloir du jugement.

207. Un premier cas est celui où l'instance est encore pendante. La persistance d'une obligation naturelle n'a pas ici un effet bien marqué ; le demandeur ne pourrait se prévaloir de cette obligation qu'à la charge de faire la preuve de son droit originaire et c'est là précisément la question soumise à l'examen du *judex*. Il vaut mieux attendre le dénouement du procès. Toutefois l'obligation naturelle est susceptible de produire des effets durant l'instance, lorsqu'il est certain dès à présent que le défendeur restera obligé nonobstant une absolution. Nous reviendrons du reste sur cette hypothèse lorsqu'il s'agira de savoir si une obligation naturelle survit à l'absolution.

208. Quand le procès a abouti à une condamnation, le maintien d'une obligation naturelle présente encore un certain intérêt ; mais il faut pour cela que le créancier n'ait pas obtenu une condamnation s'élevant à la totalité de ses droits, ce qui a lieu dans trois cas :

1° Le créancier, qui réclame une somme d'argent en vertu d'un contrat de bonne foi et néglige de se faire allouer les intérêts, ne peut prétendre actionner de ce chef une seconde fois son débiteur ; mais il n'en demeure pas moins créancier naturel (9).

2° Il en est de même du demandeur, qui oublie de faire insérer dans la formule la *præscriptio* nécessaire pour limiter la portée de son action (10). Le débiteur, absous du chef des

9. Gordien. « Si quum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim due sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur. » L. 4, C. *Depositum*, IV, 54. Cf. L. 13, C. *De usuris*, IV, 52. — Un texte d'Ulpien (L. 25, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2) paraît contraire à cette doctrine ; mais il ne nous est arrivé que mutilé. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 558 ; Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 405, note 1.

10. Gaius IV, 131. — Il faut excepter, outre le legs d'annuités, le cas où on

prestations non échues, reste néanmoins tenu d'une obligation naturelle pour tout ce qui n'était pas encore exigible lors de la *litis contestatio*.

Cette application de l'obligation naturelle devait se présenter souvent dans la pratique romaine; on sait en effet que les intérêts d'un capital ne pouvaient en général être réclamés que par une action spéciale, qui était forcément *incerta* et devait comporter l'insertion de la *præscriptio EA RES AGATVR CVIVS REI DIES FVIT*.

5° Quand le défendeur a opposé l'exception *ejus quod facere potest*, il subsiste une obligation naturelle à sa charge pour tout ce qui excédait ses ressources lors de la condamnation (11).

209. L'existence d'une obligation naturelle au cas d'absolution souffre plus de difficulté. Le demandeur ne saurait en effet s'en prévaloir sans établir qu'il existait à son profit antérieurement à la *litis contestatio* un droit de créance actuellement dégénéré. Il faudrait pour cela prouver l'erreur du *judex*; or il est défendu au plaideur qui a succombé de remettre en question ce qui a été décidé contre lui (12). Peu importe que la sentence soit ou non équitable : l'autorité de la chose jugée est un obstacle insurmontable (13). Cette déduction des principes est confirmée par un texte de Tryphoninus, d'après lequel une sentence d'absolution même injuste entraîne toujours l'extinction de l'hypothèque, qui garantissait la créance déduite *in iudicium* (14). Or l'hypothèque ne s'éteint pas tant qu'il subsiste une obligation naturelle (15).

Cependant Julien et Paul après lui décident qu'une obliga-

aurait stipulé une somme d'argent payable en trois termes; Paul admettait qu'il y avait ici trois stipulations et par suite trois actions différentes. L. 16 § 1, L. 140 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1. Cf. Machelard, *op. cit.*, p. 589, note 1.

11. L. 9, *De cond. ind.*, XII, 6. — Nous nous plaçons, bien entendu, dans l'opinion qui regarde le débiteur condamné *in id quod facere potest* comme définitivement à l'abri de toute action. Cf. Machelard, *op. cit.*, p. 511; Accarias, *Précis*, II, p. 867, note 2.

12. Ulpien. « Post rem iudicatam... nihil quaeritur post Orationem Divi Marci... » L. 56, *De re jud.*, XLII, 1.

13. L. 65 § 2, *Ad Sct. Treb.*, XXXVI, 1; L. 12 § 3, *De bon. lib.*, XXXVIII, 2.

14. L. 12, *Quib. mod. pign.*, XX, 6. Cf. Machelard, *op. cit.*, p. 423.

15. L. 14 § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1.

tion naturelle survit à l'absolution et ils lui attribuent entre autres effets, celui d'exclure la *condictio indebiti* (16). Cette doctrine serait en opposition avec le principe de la chose jugée, si les jurisconsultes n'avaient eu en vue des hypothèses où le créancier peut échapper aux conséquences d'une absolution sans critiquer la décision judiciaire intervenue.

En voici quelques exemples. L'absolution résulte d'une *plus petitio* commise par le demandeur (17) ou bien elle est la conséquence de l'insertion dans la formule d'une exception dilatoire (18). Le défendeur est absous, parce que le fait qui servait de base à l'action dirigée contre lui n'était de nature à engendrer qu'une obligation naturelle ; c'est un *filius familias* qui a emprunté contrairement au sénatus-consulte Macédonien et qui ne doit son absolution qu'à la mauvaise foi du prêteur (19), ou bien c'est un affranchi qui est poursuivi pour une promesse faite avant son affranchissement et échappe à une condamnation parce que de telles promesses ne peuvent donner naissance qu'à une dette naturelle.

Dans tous ces cas l'absolution était la conséquence des règles strictes du droit civil ; il n'est pas étonnant que Julien, qui cherchait à faire prévaloir l'équité en cette matière, n'ait pas hésité à reconnaître ici une véritable obligation naturelle.

C'était surtout au cas de péremption de l'instance que le maintien d'une obligation naturelle, après la *litis contestatio*, présentait de l'intérêt dans la pratique ; mais il fallait pour cela que les prétentions du demandeur eussent dû triompher, s'il avait pressé le dénouement de l'affaire (20).

16. « Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. » L. 60 pr., *De cond. ind.*, XII, 6.

17. Gaius, IV, 53; L. 27, *De pign. et hyp.*, XX, 1. Cf. Machelard, *op. cit.*, p. 385; Bekker, *Consumption*, p. 285.

18. Gaius, IV, 123.

19. L. 40 pr., *De cond. ind.*, XII, 6.

20. *Venuleius*. « Si procurator a debitore pecuniam exegerit, et satisdederit dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit, et litem amisit, committi stipulationem; et si procurator eandem pecuniam domino sine

§ 2. Des effets de l'obligation naturelle qui survit à la *litis contestatio*.

210. L'obligation naturelle, qui subsiste après la *litis contestatio*, produit en général tous les effets attachés à cette sorte d'obligations.

1° Elle fait obstacle à l'exercice de la *condictio indebiti*, ainsi que l'attestent Venuleius (21), Papinien (22) et Paul (23). Toute répétition est exclue, que le paiement ait eu lieu dans le cours de l'instance ou seulement après l'absolution.

On s'est demandé si le créancier, qui a échoué dans ses prétentions, pourrait échapper aux conséquences d'une absolution injuste et se prévaloir de l'obligation naturelle, qui subsisterait à la charge du débiteur absous, pour retenir ce que ce dernier lui aurait payé par erreur.

Savigny autorise le créancier à repousser la *condictio indebiti* par une exception *doli mali* (24). Il s'efforce de répondre à l'objection, qu'on pourrait tirer contre son système du principe de l'autorité de la chose jugée, en disant que c'est là une règle de droit positif, qui ne concerne en rien les obligations naturelles fondées sur l'équité.

Cette première opinion est écartée par beaucoup d'auteurs (25) : elle n'est pas en effet justifiée par les textes. Les jurisconsultes romains comparent fréquemment les effets de la délation de serment et ceux de la *res judicata* (26) ; or ils admettent la possibilité d'une *condictio indebiti* au cas de

udice solverit, condicturum. Sed quum debitor ex stipulatu agere cœperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet. » L. 8 § 1, *Ratam rem*, XLVI, 8. Cf. Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 571.

21. L. 8 § 1, *Ratam rem*, XLVI, 8.

22. « Quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. » L. 50 § 2, *De peculio*, XV, 1.

23. L. 60 pr., *De cond. ind.*, XII, 6.

24. *Das Obligationenrecht* § 11, I, p. 81.

25. Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 421.

26. L. 26 § 2 ; L. 35 § 1, *De jurej.*, XII, 2 ; L. 56, *De re jud.*, XLII, 1.

serment (27); il doit donc en être de même dans l'hypothèse d'une absolution. Paul refuse le droit de répéter à celui qui absous à tort s'acquitte spontanément (28). En vain a-t-on dit que les mots *sua sponte* font simplement allusion à un débiteur, qui paye sans y être obligé par une condamnation. Il est plus conforme au sens naturel des mots de supposer qu'il s'agit là d'un débiteur qui, malgré l'absolution, tient à remplir une obligation naturelle. Le principal argument contre la doctrine de Savigny se tire d'un passage de Tryphoninus cité plus haut, qui indique comme conséquence de l'absolution l'extinction de l'hypothèque (29); ce qui est inconciliable avec la persistance d'une obligation naturelle. Savigny cherche à écarter l'objection en distinguant entre le débiteur absous qui peut paralyser l'action hypothécaire à l'aide de l'exception *rei judicatæ* et les tiers détenteurs qui ne peuvent s'y soustraire. Cette distinction n'était certainement pas dans la pensée de Tryphoninus; l'exception *rei judicatæ* ne pouvait pas être donnée au défendeur, parce qu'on ne saurait considérer l'action hypothécaire et la *condictio* comme des actions *de eadem re*. Si l'absolution laissait à la charge du défendeur une obligation naturelle, pourquoi l'hypothèque ne persisterait-elle pas aussi (30)?

2° La faculté de compenser l'obligation naturelle, qui survit à la *litis contestatio*, est indiquée dans un passage de Gaius (51) et dans un autre un peu moins explicite de Papinien (52). Ces textes semblent supposer que la compensation est invoquée au cours de l'instance. Bien que des témoignages directs fassent défaut, on doit admettre la compensation dans les cas où le demandeur par sa négligence n'a pas obtenu une condamnation égale au montant de son droit; il y aurait dol de

27. LL. 39, 40 et 42, *De jurej.*, XII, 2; L. 45, *De cond. ind.*, XII, 6.

28. L. 28, *De cond. ind.*, XII, 6.

29. L. 15 § 1, *Quib. mod. pign.*, XX, 6.

30. Bekker, *Consumption*, p. 290; Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 425.

31. « In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur. si compensatio ei denegetur. » L. 8, *De comp.*, XVI, 2.

32. L. 18 pr., *De comp.*, XVI, 2.

la part du débiteur à retenir ce qu'il devrait payer s'il était consciencieux (53).

Une absolution injuste ne saurait donner le droit de compenser (54) ; mais lorsque le défendeur a été absous grâce à une exception dilatoire ou à la faveur d'une *plus petitio* commise par le demandeur, celui-ci aura le droit de se prévaloir de la compensation (55).

On peut pour le cas où l'instance est périmée argumenter d'un texte précité de Venuleius, où l'on voit le demandeur se servir d'une exception de dol pour échapper aux conséquences fâcheuses de la péremption (56) ; or la compensation s'opère à l'aide de ce moyen.

La faculté d'invoquer en compensation un droit déjà porté en justice se comprend aisément. Compenser et agir sont deux choses fort différentes ; or la règle *Bis de eadem re ne sit actio* défend seulement de poursuivre à deux reprises la même action en justice. On peut, il est vrai, considérer à certains égards le défendeur, qui fait valoir à l'aide d'une exception de dol une prétention déjà invoquée, comme introduisant une nouvelle action *de eadem re*. La règle n'a donc pas été appliquée ici dans toute sa rigueur ; ce qui n'a rien de surprenant dans une matière toute d'équité comme la compensation (57). Le motif de ce tempérament est ainsi exprimé par Gaius : *Ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur*.

5° Les textes n'attestent pas que l'obligation naturelle, qui survit à la *litis contestatio*, puisse être transformée en un droit muni d'action à l'aide d'un constitut ou d'une novation ; mais l'analogie des autres obligations naturelles conduit à l'admettre. L'action *de constituta pecunia* était considérée comme une action *de alia re* au regard de l'action dérivant du contrat primitif (58). Quant aux actions qui découlaient de

53. Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 592.

54. L. 2, C. *De comp.*, IV, 31.

55. Machelard, *op. cit.*, p. 581.

56. L. 8 § 1, *Ratam rem*, XLVI, 8. Cf. Machelard, *op. cit.*, p. 576.

57. L. 8, *De comp.*, XVI, 2. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 287.

58. L. 48 § 3, *De pec. const.*, XIII, 5. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 291.

l'obligation novée et de l'obligation créée par la novation, elles n'ont jamais pu être regardées comme des actions *de eadem re*, puisque la novation était précisément destinée à introduire un élément nouveau.

4° Les fidéjusseurs qui avaient accédé à la dette étaient libérés par la *litis contestatio*; les actions contre le débiteur et contre ses cautions étaient considérées comme des actions *de eadem re* et par suite, dès que l'une d'elles avait été intentée, les autres étaient consommées.

La règle *Bis de eadem re ne sit actio* faisait de même obstacle à une fidéjussion après la *litis contestatio*. L'action contre le fidéjuteur qui eût garanti une obligation déduite *in iudicium* et l'action déjà intentée auraient été des actions *de eadem re*.

Mais quand on eut admis la persistance d'une obligation naturelle après la *litis contestatio*, on fut amené à reconnaître qu'elle pourrait comme toute autre obligation de cette espèce servir de base à une fidéjussion. Cette opinion favorisée surtout par la pratique l'avait emporté dans le dernier état du droit sur le système plus logique, qui ne distinguait pas si le fidéjuteur s'était engagé avant ou après la *litis contestatio* (59). Ulpien du reste ne considère pas encore la nouvelle doctrine comme à l'abri de toute critique puisqu'il croit devoir s'appuyer sur l'autorité de Julien (40). D'ailleurs le cas où un fidéjuteur garantissait seulement l'obligation naturelle survivant à la *litis contestatio* devait être fort rare et ne pouvait guère présenter qu'un intérêt théorique.

5° Un des effets les plus importants de l'obligation naturelle, qui survit à la *litis contestatio*, est le maintien des sûretés, qui garantissaient la créance originaire et la conserva-

59. Ulpien. « Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis, et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur. » L. 8 § 3, *De fid.*, XLVI. 1. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 289.

40. On ne saurait tirer argument de la L. 50 § 2, *De peculio* (XV, 1); elle n'a pas trait à une fidéjussion destinée à garantir l'obligation prétorienne du maître dépouillée de ses attributs par la *litis contestatio*, mais à l'obligation naturelle de l'esclave, obligation indépendante, sur laquelle la *litis contestatio* n'a point eu de prise. Cf. Machelard, *op. cit.*, p. 565; Krüger, *Consumption*, p. 97, note 8.

tion des privilèges, qui y étaient attachés (41). Le gage et l'hypothèque subsistent malgré une condamnation (42) ou la péremption de l'instance (43). Il en est de même au cas d'absolution, à la condition toutefois qu'elle soit le résultat d'une omission ou d'une irrégularité de procédure (44) et non d'une erreur du juge (45).

SECTION VI.

COMPARAISON DE LA *LITIS CONTESTATIO* ET DE LA NOVATION.

211. Lorsque l'effet extinctif de la *litis contestatio* se réalise de plein droit, le résultat atteint ressemble fort à celui que produirait une novation : le droit originaire est éteint et à sa place une nouvelle obligation a pris naissance. Ainsi que le dit Gaius : *Tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione* (1).

L'analogie, qui existe entre ces deux modes d'extinction des obligations, n'a pas échappé aux jurisconsultes romains. Non seulement il leur arrive souvent de comparer ces deux faits (2) ; mais ils emploient à propos du *judicium acceptum* les expressions techniques de *novare* (3) et de *delegare* (4) ; ils décrivent les transformations qu'il opère dans les termes

41. L. 22, *De tut. act.*, XXVII, 5 ; L. 29, *De nov.*, XLVI, 2.

42. L. 15 § 1, *De pign.*, XX, 1. — L. 8, C. *De pign.*, VIII, 14.

43. L. 50 § 11, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2. Cf. Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 374.

44. L. 11 pr. et § 1, *De pign. act.*, XIII, 7 ; L. 27, *De pign.*, XX, 1. Cf. Machelard, *op. cit.*, p. 384.

45. L. 13 § 1, *Quib. mod. pign.*, XX, 1.

1. Gaius, III, 180.

2. Paul. « *Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt.* » L. 29, *De nov.*, XLVI, 2.

Paul. « *Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive... quamvis habeat et instar judicii.* » L. 26 § 2, *De jurej.*, XII, 2. Cf. L. 11 § 1, *De nov.*, XLVI, 2. *Fr. Vat.*, 263.

3. Papinien. « *Nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit...* » *Fr. Vat.*, 263.

4. Ulpien. « *Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.* » L. 11 § 2, *De nov.*, XLVI, 2.

mêmes dont ils se servent pour indiquer les résultats de la novation (5) ; enfin la *litis contestatio* entraîne, comme la novation, la libération des coobligés et des débiteurs accessoires.

212. Ces traits de ressemblance ont conduit les commentateurs du seizième siècle à voir dans la *litis contestatio* une forme particulière de la novation. Doneau a même créé pour ce cas l'expression *novatio necessaria* en s'inspirant des termes *novatio voluntaria*, dont Paul se sert à propos de la novation conventionnelle (6). La doctrine de la *novatio necessaria* a trouvé dans Keller (7) un habile défenseur et elle compte encore aujourd'hui quelques partisans (8).

213. Voici les arguments que Keller invoque à l'appui de cette théorie.

1^o L'emploi par Paul et Papinien des expressions *novatio voluntaria* (9), *novatio ex consensu facta* (10), indique qu'ils reconnaissaient deux espèces de novation. Mais ces locutions s'expliquent par la tendance qui, à la fin de l'époque classique, portait certains esprits à rapprocher la *litis contestatio* de la novation sinon à la confondre, comme l'a fait peut-être Papinien.

5. *Marcien.* « Semel enim causa transire videtur ad condemnationem... » L. 16 § 6, *De pign. et hyp.*, XX, 1.

Papinien. « Nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret. » L. 5 § 1, *Quando ex facto tut.*, XXVI, 9.

Scævola. « Quum vero genere novationis transeat obligatio... » L. 60. *De fid.*, XLVI, 1.

Ulpien. « Omnes res transire in novationem possunt... » L. 2. *De nov.*, XLVI, 2.

Papinien. « Quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. » L. 50 § 2. *De peculio*, XV, 1.

Gaius. « Interventu novæ personæ nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem. » III. 176.

6. *Comment.*, lib. XVI, cap. 20, § 56 (Doneau, *Opera omnia*, IV. col. 936).

7. *Litis Cont.*, p. 97-102; *Civilpr.*, § 60, trad. Capmas, p. 265.

8. Heffter, *Instit.*, p. 296 ; Huschke, *Gaius*, p. 167.

9. L. 29. *De nov.*, XLVI, 2.

10. *Papinien.* « Si modo nullam ex consensu post depositum officium novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translata[m] constabit. » L. 5 § 1, *Quando ex facto tut.*, XXVI, 9.

2° La définition de la novation donnée par Ulpien convient parfaitement à la *litis contestatio*, telle qu'elle est décrite par Gaius (11); mais cette esquisse de la transformation produite par la *litis contestatio* n'est pas très exacte, ainsi qu'on l'a fait remarquer, et ne saurait être prise à la lettre.

3° La place que Gaius assigne à la *litis contestatio* immédiatement après la novation permet de croire qu'il regardait ces deux modes d'extinction des obligations comme deux espèces d'un même genre; mais on verra bientôt qu'il se dégage au contraire de la marche des idées de Gaius une opposition très nette entre la *litis contestatio* et la novation.

4° L'argument le plus sérieux est tiré d'un passage du livre XXVII du commentaire d'Ulpien sur l'Édit, où il décide qu'une délégation peut s'opérer par une stipulation ou par la *litis contestatio* (12); or toute vraie délégation, dit Keller, comporte une novation. Mais rien ne prouve que le terme *delegare* ait été pris par Ulpien dans son sens technique de novation par changement de débiteur opérée à l'aide d'une stipulation; il serait possible qu'il eût cette signification plus large, que le jurisconsulte lui donne dans le livre VIII du même ouvrage (13). Du reste Ulpien oppose ailleurs la novation et la *litis contestatio* (14); ce qui ne permet pas de supposer qu'il ait pu les confondre dans le texte en question.

5° Ce ne sont pas d'ailleurs les éléments nouveaux, qui manquent dans le *judicium acceptum*. On y trouve des changements dans les personnes, et même, ajoute-on, la substitution d'une

11. Ulpien. « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. » L. 2, *De nov.*, XLVI, 2.

Gaius. « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri. » III, 180.

12. « Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem. » L. 11 § 1, *De nov.*, XLVI, 2. Cf. Keller. *Litis Cont.*, p. 94, notes 5 et 6.

13. « Delegare scriptura, vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest. » L. 17, *De nov.*, XLVI, 2. Cf. Maynz, *Cours*, II, p. 564, note 5.

14. « Sed et si novaverit, vel in iudicium deduxerit actionem, præstare debet hanc ipsam actionem, quam nactus est. » L. 2 § 8, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4.

dette pécuniaire à une dette qui ne l'était point. Ce dernier argument suffirait à lui seul à faire rejeter la doctrine de la *novatio necessaria* puisqu'en droit romain la novation exclut tout changement d'objet.

6° Enfin on rencontre dans une constitution de Justinien, de 531, les expressions suivantes : *Si enim novatur iudicati actione prior contractus*. (15).

214. Plusieurs raisons tirées de la nature même de la novation et de la *litis contestatio* devaient empêcher de confondre ces deux faits extinctifs.

Dans la novation, la naissance d'une obligation nouvelle est la condition indispensable de l'extinction de l'obligation primitive; au contraire les deux effets de la *litis contestatio* sont indépendants. L'effet obligatoire peut être moins étendu que l'effet extinctif : ainsi un créancier d'annuités, qui intente l'action *ex stipulatu*, obtient le montant des termes échus, mais il ne peut plus réclamer les termes à venir (16). Aucun droit nouveau ne vient prendre la place de ces créances non échues qui sont maintenant inefficaces. La *litis contestatio* peut donc détruire plus qu'elle ne crée, tandis que dans la novation, le contenu de l'obligation nouvelle est exactement égal au contenu de l'obligation novée : *Prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*, et l'action du contrat originaire n'est éteinte que dans cette limite (17). Il peut même arriver que l'effet extinctif se produise seul; tel est le cas où l'existence d'une exception dilatoire au profit du défendeur amène une absolution (18). Ces deux effets sont encore indépendants dans leur extinction : l'effet obligatoire disparaît au cas de péremption de l'instance tandis que l'effet extinctif conserve toute son énergie.

Ce défaut de concordance entre l'effet extinctif et l'effet obligatoire tient à ce qu'ils n'ont pas la même cause. L'extinc-

15. L. 3, *De usur. rei jud.*, VII, 54.

16. Gaius, IV, 131.

17. *Papinien*. « Id enim, quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest. » L. 4 § 1, *De usuris*, XXII, 1.

18. Gaius, IV, 123.

tion du droit originaire est la conséquence de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, règle de droit positif qui s'applique sans qu'il y ait à s'inquiéter de savoir si le demandeur va ou non recevoir un équivalent. Quant au droit nouveau, qui prend naissance lors de la *litis contestatio*, il a sa source dans le contrat intervenu entre les parties à ce moment, dans le *judicium acceptum*. Sans doute l'effet obligatoire de la *litis contestatio* se rattache à l'effet extinctif en ce sens que le droit nouveau ne peut naître que s'il existe un droit antérieur à éteindre; mais il semble que c'est exagérer l'importance de ce point de contact que de faire de l'extinction du droit originaire la condition de la naissance du droit nouveau. La vérité est que la production du droit nouveau est simplement subordonnée à l'existence d'un droit antérieur actuellement exigible (19).

En outre tout changement d'objet est impossible dans la novation. Or la *litis contestatio* comporte toujours, dans la procédure formulaire, la substitution d'une créance d'une somme d'argent à la créance d'un corps certain; le cas d'une *condictio certæ pecuniæ* fait seule exception.

Enfin la *litis contestatio* laisse survivre une obligation naturelle: le droit primitif peut encore être soumis sous cette forme à l'examen d'un *judex* au moyen d'une exception de dol. Ce résultat est contraire à la notion même de la novation, telle qu'elle est définie par Ulpien (20); il est en opposition avec la manière de voir des jurisconsultes romains qui, pour caractériser les effets de la novation, les assimilent à ceux d'un paiement (21).

19. *Javolenus*. « Neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit; judicium vero antequam aliquid debeat, non posse. » L. 35, *De jud.*, V, 1.

20. « Hoc est, quum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. » L. 1 pr., *De nov.*, XLVI, 2.

21. *Ulpian*. « Solvit enim et qui reum delegat. » L. 8 § 5, *Ad Sct. Fell.*, XVI, 1.

Paul. « Solutionis enim vicem continet hæc delegatio. » L. 57 § 4, *De oper. lib.*, XXXVIII, 1.

Venuleius. « Secundum quæ si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specialiter agit, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. » L. 51 § 1, *De nov.*, XLVI, 2.

215. Ces considérations théoriques sont confirmées par les textes.

D'une part les termes *novatio* et *novare* dans les habitudes de langage des jurisconsultes romains ne s'appliquent guère qu'à la novation contractuelle; Keller est forcé de le reconnaître (22). En effet Gaius semble bien réserver l'expression *novatio* pour la novation conventionnelle; il y a en outre des textes (23) où les mots *in iudicium deducere* et *novare* sont juxtaposés, sans que rien n'indique l'intention de faire rentrer le premier de ces deux termes dans l'autre. Quant à l'emploi par Paul de la locution *novatio voluntaria*, ce n'est pas une preuve que les Romains aient connu une *novatio necessaria* (24), ni surtout qu'ils aient caractérisé ainsi la *litis contestatio* envisagée dans son effet extinctif.

D'autre part Gaius indique assez par la marche de son exposition qu'il n'entend point confondre la novation et la *litis contestatio*. Il étudie successivement les différents modes d'extinction des obligations, le paiement, l'acceptilation, la *liberatio per æs et libram*, la novation. Quand il a terminé les explications qu'il consacre à la novation, il ajoute ces mots : *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione*, ce qui montre clairement que la *litis contestatio* n'est pas pour lui une forme de la novation. Le même fait se remarque chez les jurisconsultes postérieurs. Non seulement ils évitent d'employer les termes *novare* et *novatio* en parlant de la *litis contestatio*, mais ils relèvent avec soin, comme le fait Paul (25), les différences qui séparent ces deux actes juridiques. Quand ils ne prennent pas la peine d'indiquer en détail ces divergences, ils ne manquent pas d'établir entre la novation et la *litis contestatio* une opposition très nette (26). Cette opposition est

22. *Litis Cont.*, p. 96.

23. Paul. « Tutor ad utilitatem pupilli et novare, et rem in iudicium deducere potest. » L. 22, *De adm. et per.*, XXVI, 7. Cf. l. 2 § 8, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4.

24. *Litis Cont.*, p. 97, note 17.

25. « Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. » L. 22, *De nov.*, XLVI, 2.

26. L. 2 § 8, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4; L. 22, *De adm. et per.*, XXVI, 7; L. 31 § 1, *De nov.*, XLVI, 2.

encore accentuée par Paul dans un fragment du livre XVIII de son commentaire sur l'Édit, où il range le serment au nombre des actes juridiques qui opèrent novation, quoique le serment, ajoute-t-il, ressemble au *judicium acceptum* (27). Scævola dit bien qu'il se produit lors de la *litis contestatio* un phénomène analogue à la novation (28), mais il se garde de confondre les deux faits : la preuve en est qu'il n'établit aucune distinction entre les différentes espèces d'actions. Il a du reste cela de commun avec les autres jurisconsultes qui sont amenés à comparer la *litis contestatio* et la novation ; s'ils avaient vu dans la *litis contestatio* une forme de la novation, il eût été important de mettre à part les actions *in rem*, les actions *in factum* et les *judicia que imperio continentur*. On doit donc en conclure que la *litis contestatio* ne se confond pas plus avec la novation, quand elle se produit *ipso jure* que lorsqu'elle opère par voix d'exception (29).

216. La doctrine que nous venons d'exposer et qui était de beaucoup la plus générale à l'époque classique, n'était pas cependant la seule reçue. Il y avait une école peu nombreuse de jurisconsultes qui voulaient confondre la *litis contestatio* et la novation. L'hésitation de Scævola qui ne se sert du mot *novatio* qu'avec un correctif, l'emploi par Paul de l'expression *novatio voluntaria* pour faire antithèse au *judicium acceptum*, ce sont là des traces évidentes de l'influence d'une théorie nouvelle. Elle s'accuse nettement dans les *Responsa* de Papien (30), qui applique dans un passage à la *litis contestatio* l'expression *novare* et dans un autre distingue la novation

27. « Juri-jurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventionem, quamvis habeat et instar judicii. » L. 26 § 1. *De jurej.*, XII, 2.

28. « Quam vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum. » L. 60, *De fidej.*, XLVI, 1.

29. Cette opinion est celle qui est généralement adoptée aujourd'hui. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 505 ; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, § 81, II, p. 271 ; Bethmann-Holtweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 487 ; Accarias, *Précis*, II, p. 870. — Savigny admet qu'il y a une novation anormale. *System.* § 258, VI, p. 25, note d.

30. *Libr. V.* « Si modo nullam ex consensu post depositum officium novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translata[m] constabit. » L. 5 pr., *Quando ex facto tut.*, XXVI, 9.

Libr. XII. « Inchoatis litibus actiones novavit. » *Fr. Vat.* 265.

consensuelle d'une seconde espèce de novation, qu'il ne caractérise pas, mais qui ne peut être que la *novatio necessaria* des interprètes. La doctrine de Papinien s'explique aisément, si l'on se rappelle que ce jurisconsulte est le premier peut-être qui ait admis la possibilité de nover en changeant l'objet de l'obligation, en stipulant par exemple au lieu du fonds Cornélien, la valeur de ce fonds (51). Du moment où le changement d'objet n'était plus incompatible avec l'idée de novation, on pouvait songer à voir dans la *litis contestatio* une forme de la novation, puisque la différence pratique la plus sensible entre ces deux actes avait disparu. La doctrine de Papinien prévalut probablement sous les empereurs chrétiens : Justinien, dans une constitution de 551, dit expressément que l'obligation originale est novée par l'action *judicati* (52).

217. Cette discussion n'a qu'un intérêt théorique, parce que les Romains ne semblent pas avoir tiré du rapprochement de la *litis contestatio* et de la novation de conséquence pratique. Il ne faut donc pas chercher à expliquer, comme le fait Keller, par l'idée de novation quelques-uns des effets de la *litis contestatio* (53). Une telle explication est contraire à la marche naturelle du droit romain qui ne procède jamais de l'abstrait au concret. La théorie de la *novatio necessaria* résulte d'une vue d'ensemble des effets de la *litis contestatio* reconnus depuis longtemps; mais ceux-ci n'ont pas été déduits d'un principe abstrait.

218. Du reste les partisans de la *novatio necessaria* sont forcés de reconnaître qu'il y avait entre la *litis contestatio* et la novation des différences considérables. Voici celles qui sont signalées par les textes (54).

1° La *litis contestatio* n'anéantit pas complètement l'obligation dont l'élément naturel survit (55); au contraire l'effet

31. L. 28, *De nov.*, XLVI, 2. Cf. Accarias, *Précis*, II, p. 871.

32. L. 3, C., *De usur. rei jud.*, VII, 54.

33. Bethmann Hollweg, qui n'admet point la théorie de la *novatio necessaria*, ramène cependant tous les effets de la *litis contestatio* à l'idée générale de novation. *Röm. Civilpr.*, II, p. 525.

34. Keller, *Litis Cont.*, p. 98. Cf. Accarias, *Précis*, II, p. 871; Bekker, *Aktionen*, II, p. 181, note 22.

35. L. 8 § 3, *De fid.*, XLVI, 1

extinctif de la novation n'est pas moins absolu que celui du paiement (56).

2° La *litis contestatio* peut opérer l'extinction du droit porté en justice sans donner naissance à un droit nouveau (57), tandis que l'effet extinctif et l'effet obligatoire sont intimement liés dans la novation (58).

3° A l'inverse, il est possible que la *litis contestatio* n'ait qu'un effet obligatoire, par exemple au cas de condamnation injuste (59). S'il n'y a pas de dette à éteindre, la stipulation faite *novandi causa* ne donne pas en général naissance à une obligation et il ne s'opère aucune novation (40).

4° L'étendue de l'effet obligatoire dans la *litis contestatio* est tout à fait indépendante de l'étendue du droit déduit *in iudicium* (41), au lieu que dans la novation le montant de la nouvelle obligation est exactement égal au contenu de l'ancienne, si bien que l'excédent, s'il y en a, peut être réclamé par l'action du contrat originaire, qui reste efficace dans cette limite (42).

5° La *litis contestatio* envisagée dans son effet obligatoire trouve une sanction très énergique dans l'action *judicati*, action d'une nature toute spéciale (43); au contraire la nouvelle obligation, dans la novation, est garantie par une action ordinaire, le plus souvent par l'action *ex stipulatu* (44).

6° La *litis contestatio* n'éteint pas, comme la *novatio*, les privilèges attachés à la créance déduite *in iudicium*; c'est la seule différence que mentionne Paul dans le passage, où il établit une antithèse entre ces deux actes juridiques (45).

7° La *litis contestatio* laisse subsister les droits de gage et d'hypothèque, qui garantissaient la créance portée en

56. L. 21 § 5, *De ann. leg.*, XXXIII, 1; L. 51 § 1, *De nov.*, XLVI, 2.

57. Gaius, IV, 125.

58. Gaius, III, 176 et 179; L. 1, *De nov.*, XLVI, 2.

59. L. 27, *De re jud.*, XLII, 1.

40. Accarias, *Précis*, II, p. 687; Maynz, *Cours*, II, p. 569.

41. Gaius, IV, 151.

42. L. 56 § 7, *De verb. obl.*, XLV, 1. Cf. L. 4 § 1, *De usuris*, XXII, 1.

43. L. 5 § 11, *De peculio*, XV, 1.

44. L. 4 § 1, *De usuris*, XXII, 1.

45. L. 29, *De nov.*, XLVI, 2. Cf. L. 22, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5.

justice (46), tandis qu'ils s'éteignent au cas de novation (47).

8° Les créanciers du défunt, qui ont poursuivi l'héritier, peuvent encore demander la séparation des patrimoines contre lui ; ils ne le pourraient plus, s'ils avaient stipulé de lui *novandi causa* (48).

9° La *litis contestatio* n'arrête pas le cours des intérêts (49). au lieu que, si l'obligation était productive d'intérêts, ils cesseraient d'être dus à partir de la novation (50).

10° La demeure du débiteur n'est pas purgée par la *litis contestatio*, tandis qu'elle le serait au cas de novation (51).

Les cinq dernières différences se rattachent à ce principe d'équité rappelé par Paul, qu'un créancier ne saurait voir sa position empirée parce qu'il a agi en justice (52). Dans la novation, le créancier peut exiger, s'il le veut, le maintien des garanties accessoires ; il n'y a donc aucune injustice à attribuer à cet acte juridique un effet extinctif absolu. Au contraire, il aurait été souverainement inique d'appliquer cette règle à la *litis contestatio*, puisque le créancier n'est pas libre ici de faire des réserves semblables et qu'il ne peut, s'il n'est pas payé, obtenir satisfaction que par des poursuites judiciaires (55).

SECTION VII.

L'EFFET EXTINCTIF DE LA *LITIS CONTESTATIO* DANS LE DROIT DE JUSTINIEN.

219. Le principe de l'autorité de la chose jugée répondait aux besoins qui avaient donné naissance à la règle *Bis de*

46. L. 15 § 4, *De pign. et hyp.*, XX, 1.

47. L. 11 § 1, *De pign. act.*, XIII, 7 ; L. 18, *De nov.*, XLVI, 2. — L. un., C. *Etiam ob chirograph.*, VIII, 27.

48. L. 7, *De sep.*, XLII, 6.

49. L. 55, *De usuris*, XXII, 1.

50. LL. 18 et 27, *De nov.*, XLVI, 2.

51. L. 8 pr. ; L. 14 pr., *eod.*

52. « Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior. » L. 86, *De reg. jur.*, L. 17, Cf. L. 87, *eod.* ; L. 29, *De nov.*, XLVI, 2.

55. *Paul.* « Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli ;

eadem re ne sit actio; en même temps il n'avait aucun des inconvénients qu'entraînait la règle de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. On comprend donc que celle-ci soit peu à peu tombée en désuétude et que dans la décadence générale qui atteint le monde romain au v^e et au vi^e siècle, on soit arrivé à n'en plus guère reconnaître les conséquences. Toutefois si le principe était presque oublié, certains de ses effets subsistèrent et ne furent supprimés que par Justinien; c'est seulement au règne de ce prince que l'on doit rattacher la disparition définitive de la règle *Bis de eadem re ne sit actio* (54).

220. Dans la procédure formulaire, la théorie de la consommation de l'action présentait surtout intérêt, quand le demandeur avait succombé par *plus petitio*, quand son échec avait été amené par une exception dilatoire ou quand l'instance s'était trouvée périmée; or, sous Justinien, dans ces trois hypothèses, l'action qui a été intentée est si peu éteinte qu'elle peut être reprise à nouveau et poursuivie avec succès.

1^o L'empereur Zénon décida que le créancier à terme, qui agirait *ante diem*, serait obligé de laisser s'écouler le double du temps qu'il eût dû attendre avant de poursuivre son débiteur; mais il suppose si peu que le créancier ait perdu le droit d'agir qu'il l'astreint avant de renouveler son action, à rendre au débiteur les frais des premières poursuites (55). Justinien compléta les réformes de Zénon, en matière de *plus petitio*, et porta au triple les restitutions à faire par le créancier (56). Il ajoute dans ses Institutes, après avoir exposé d'après Gaius l'ancienne théorie de la *plus petitio* et les consé-

neque enim sponte cum eo pupillus contraxit. » L. 22, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 3.

Marcien. « Qui iudicium dictaverunt heredi, separationem quasi hereditarii possunt impetrare, quia ex necessitate hoc fecerunt. » L. 7, *De sep.*, XLII, 6. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 99.

54. Keller, *Litis Cont.*, p. 109; Savigny, *System*, § 258, VI, p. 25; Krüger, *Consumption*, p. 204 et s.; Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, III, p. 259; Accarias, *Précis*, II, p. 909.

55. « Et vel hoc tempore elapso non aliter agat, nisi impensas prioris conventionis, per illam calliditatem oriundas, adversario persolverit. » L. 4, C. *De plus pet.*, III, 10.

56. L. 2, C. *eod.*

quences qu'elle entraînait : *Sed hæc quidem antea in usu fuerant* (57).

2° Il procède de même à l'égard des exceptions dilatoires : il rapporte, d'après Gaius, les effets qu'elles produisaient autrefois ; puis, dans le paragraphe suivant, il dit : *Hodie autem non ita stricte hæc procedere volumus* (58).

3° Enfin, dans le droit de Justinien, la péremption d'instance n'a d'autre conséquence que d'anéantir la procédure (59) ; elle ne se combine plus avec l'effet extinctif de la *litis contestatio* et laisse intact le droit, si bien que le demandeur peut reprendre ensuite son action qui ne sera prescrite qu'au bout de quarante ans à compter du dernier acte de procédure (60).

Justinien en outre a supprimé par sa constitution de 551 l'effet libératoire de la *litis contestatio* à l'égard des *filijuseurs* et des *correi promittendi*, qui était encore une conséquence de la règle *Bis de eadem re ne sit actio* (61).

Enfin les commissaires de Justinien, en rédigeant le § 5, *De exceptionibus* (IV, 15) aux Institutes, d'après le § 106 du commentaire IV de Gaius, ont omis l'exception *rei in iudicium deductæ*, qui était mentionnée par ce jurisconsulte (62), de même qu'ils ont effacé toute trace de cette exception dans les Pandectes.

Ces divers arguments nous semblent démontrer de la façon la plus évidente que le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* a irrévocablement disparu sous Justinien et

57. Inst. *De act.*, IV, 6, § 53. Théophile dit de même : « ἀλλὰ ταῦτα μὲν πάλαι ἦν ἐν πολιτείᾳ τὰ τῶν *plus petitionum*. » Theophili *Paraphrasis*, éd. Reitz, II, p. 852.

58. Inst. *De except.*, IV, 15, § 10. Théophile, après avoir rappelé les anciens effets des exceptions dilatoires, ajoute, comme plus haut : « ἀλλὰ ταῦτα μὲν τὸ παλαιόν. » Theophili *Paraphrasis*, éd. Reitz, II, p. 881.

59. L. 13 § 1, C. *De judiciis*, III, 1. Cf. Accarias, *Précis*, II, p. 909.

60. L. 1 § 1, C. *De ann. exc.*, VII, 40.

61. L. 28, C. *De fid.*, VIII, 41.

62. « Et siquidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam... postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest ; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ. » Gaius, IV, 106.

« Item, si iudicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest ; sed debes per exceptionem rei iudicatæ adjuvari. » Inst. *De exc.*, IV, 13, § 5.

que c'est le jugement seul désormais qui éteint l'action (63).

221. Il y a toutefois quelques auteurs qui pensent que la *litis contestatio* a conservé même après Justinien son ancien effet extinctif (64). Ils se fondent surtout sur la présence dans le Digeste de textes relatifs à la consommation de l'action. Mais l'insertion de ces textes est le résultat d'une méprise, et d'ailleurs beaucoup d'entre eux peuvent s'expliquer indépendamment de l'effet extinctif de la *litis contestatio* (65) : la preuve en est que, si nous étions réduits à ces seuls textes et si nous n'avions pas les Institutes de Gaius, il nous serait aussi impossible qu'aux commentateurs des xvi^e, xvii^e et xviii^e siècles de nous rendre compte de la théorie de la consommation de l'action.

63. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilp.*, III, p. 259.

64. Bekker, *Consumption*, p. 12; Wieding, *Libellpr.*, p. 400 et s.

65. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 211.

CHAPITRE X.

Des effets de la *LITIS CONTESTATIO*, lorsque les parties ont été représentées en justice.

222. Dans la procédure primitive de Rome, la représentation judiciaire n'était pas admise, les solennités de la *legis actio* ne pouvant être accomplies que par les parties en personne (1). L'introduction du système formulaire permit aux plaideurs de se faire représenter en justice. Voici comment on procédait ; on insérait dans l'*intentio* de la formule le nom du *dominus*, comme s'il eût dû agir lui-même ; mais, dans la *condemnatio*, on substituait à ce nom celui du représentant (2). Cette rédaction ne faisait qu'exprimer ce qui avait eu lieu lors de la *litis contestatio* : la formule avait été acceptée par le représentant ; les obligations, qui dérivèrent du *judicium acceptum*, avaient donc pris naissance au profit ou à la charge exclusive de celui-ci. En combinant l'effet obligatoire de la *litis contestatio* avec son effet extinctif, on arrive à résumer ainsi l'influence de la *litis contestatio* en notre matière : « Le *judicium acceptum* dessaisit le mandant, en même « temps il saisit le mandataire, il le constitue *dominus li-* « *tis* (3). »

Le mandat *in litem* ne s'opérait donc à Rome que par un véritable transport de l'action à poursuivre sur la tête du représentant ; la règle *Nemo alieno nomine legere agere po-*

1. « Cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, præterquam ex certis causis. » Gaius, IV, 82.

2. « Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. » Gaius, IV, 86.

3. Gide, *Études sur la novation*, p. 279.

test (4), exigeait en effet qu'on mit le représentant à même d'agir en son propre nom (5).

La première section de ce chapitre va être consacrée à l'étude du *dominium litis* et de ses conséquences ; dans la seconde, on essayera de déterminer l'influence du mandat *in litem* sur l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

SECTION PREMIÈRE.

DU DOMINIUM LITIS.

223. La constitution d'un mandataire *in litem* n'était pas à Rome un acte juridique ayant par lui-même un caractère et des effets propres : c'était l'exécution d'un contrat antérieur, soit vente ou donation, soit mandat. Dans le premier cas, le *procurator* était un cessionnaire : il gardait pour lui le bénéfice ou supportait les conséquences de la condamnation ; d'où la qualification de *procurator in rem suam*. Dans le second cas, au contraire, c'était un simple mandataire (*procurator in rem alienam*), qui, une fois la sentence rendue, faisait passer par un nouveau transfert les effets de cette sentence au profit ou à la charge du mandant.

Que le *procurator in litem* soit un mandataire ou un cessionnaire, on peut toujours dire de lui : *condemnationem in suam personam convertit*, et la *litis contestatio* opère ainsi toujours le transport sur sa tête du droit en litige ; elle le rend *dominus litis* (6). Il y a toutefois pour les conséquences de ce *dominium litis* à tenir grand compte de la distinction

4. L. 125 pr., *De reg. jur.*, L, 17. — Inst. *De iis per quos ag. poss.*, IV, 10, pr.

5. L. 11 pr., *De doli mali et met. exc.*, XLIV, 4.

6. *Macer.* « Meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur. » L. 4 § 5, *De appell.*, XLIX, 1.

Neratius. « Litis contestatione res procuratoris fit, eam que suo jam quodammodo nomine exsequitur. » L. 11 pr., *De doli mali et met. exc.*, XLIV, 4.

Constantin. 519. « Procuratoribus constitutis, et post contestatam litem dominis effectis... » § 1. 22, C. *De procur.*, II, 13. Cf. L. 25, *eod.*; L. 1, C. Th. *De cognit.*, II, 12.

qui vient d'être rappelée entre le *procurator in rem suam* et le *procurator in rem alienam*.

224. La maxime *Procurator lite contestata dominus litis efficitur*, signifie que pour tout ce qui concerne l'instance c'est le *procurator in litem* seul qui doit être pris en considération ; c'est lui qui est la partie en cause (7). Il a une influence directe sur toutes les obligations créées par la *litis contestatio* : leurs conditions de validité comme leurs effets s'apprécient dans sa personne. Voici les principales conséquences de cette maxime.

1° La *litis contestatio* confère au *procurator in litem* le droit de se faire remplacer par un autre mandataire (8), ce qui lui était interdit auparavant par la règle *Procuratorem alium procuratorem facere non posse* (9). Cette substitution, bien entendu, ne peut s'opérer que par une *translatio iudicii* accordée *cognita causa*.

2° La *litis contestatio* rend le droit du *procurator in litem* irrévocable et transmissible. Cette règle toutefois comporte certaines restrictions. Elle s'applique sans difficulté au *procurator in rem suam* : il est tout naturel que son droit soit irrévocable (10) et transmissible (11), puisque, suivant une opinion fort accréditée (12), il l'était déjà auparavant. Elle ne peut au contraire être étendue au *procurator in rem alienam* que sous toutes réserves. D'une part, celui-ci cesse de pouvoir être révoqué *ad nutum* ; mais ses pouvoirs peuvent toujours

7. Mühlenbruch. *Cession*, p. 53; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 428, note 101.

8. Ulpien. « Quamquam enim vulgo dicatur, procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse... » L. 8 § 3. *Mandati* XVII, 1.

Alexandre Sévère. 229 « Ipsi etiam tutores et curatores post litem contestationem a se factam, ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, dare procuratores non prohibentur. » L. 11, C. *De procur.*, II, 13. Cf. L. 1. C. *Th. De cognit.*, II, 12. — Mühlenbruch, *Cession*, p. 55.

9. L. 4 § 5, *De appell.*, XLIX, 1.

10. LL. 25 et 55, *De procur.*, III, 3.

11. Justinien. 528. « Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter eas suis transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent... » L. 53, C. *De don.*, VIII, 54.

12. Gide, *Études sur la novation*, p. 235. Contra Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 448.

lui être retirés pour de justes motifs appréciés par le magistrat (13). D'autre part le mandat *in litem* ne cesse ni par la mort du mandant ni par celle du mandataire (14). Sur ce dernier point toutefois une constitution de Théodose II et de Valentinien III de 424 vint modifier la législation existante : les empereurs déclarèrent que le mandat s'éteindrait à l'avenir par la mort du mandataire (15).

3^o Le dol commis par le *procurator in litem* après la *litis contestatio* peut donner naissance à une exception de dol (16) : il est de toute justice en effet que le mandant soit responsable du choix de son mandataire et que les conséquences du dol commis par ce dernier se réfléchissent contre lui. S'il s'agissait d'un *procurator in rem suam*, on pourrait même lui opposer le dol qu'il aurait commis avant l'introduction de l'instance (17); mais le défendeur, le débiteur cédé dans l'espèce, serait déchu, à partir de la *litis contestatio*, du droit d'opposer au *procurator in rem suam* le dol du cédant (18).

4^o Quand l'instance où est intervenu un représentant est suivie jusqu'au jugement, la sentence qui la termine doit, à peine de nullité, être rendu pour ou contre le *procurator in*

13. *Paul.* « Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris, vel ipsi domino iudicium accipiendi. » L. 16, *De procur.*, III, 5.

Ulpian. « Post litem autem contestatam reus, qui procuratorem dedit, mutare quidem eum... potest, causa tamen prius cognita. » L. 17, *cod.*

14. *Julien.* 365. « Nulla dubitatio est, post causam in iudicio publicatam, utpote dominum litem procuratorem effectum, etiam post excessum ejus, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire: quippe cum et procuratorem posse eum instituere et ad heredes suos inchoata transmittere, veteres juris voluerunt conditores. » L. 1, C. Th., *De cognit.*, II, 12. Cf. L. 23, C. *De procur.*, II, 13.

15. « Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litem minister est ordinatus, mori contigerit, minime ejus querantur heredes, neque supervacua domino causae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones. » L. 7 pr., C. Th. *De cognit.*, II, 12.

16. *Neratius.* « Si post litem contestatam dolo quid fecerit [procurator], an exceptio eo nomine in iudicium objicienda sit, dubitari potest, quia litem contestatione res procuratoris fit, eamque suo jam quodammodo nomine exsequitur. » L. 11, *De doli mali et met. exc.*, XLIV, 4. Cf. L. 4 § 18, *cod.* — Mühlenbruch, *Cession*, p. 72.

17. L. 4 § 18, *De doli mali et met. exc.*, XLIV, 4.

18. Gide, *Etudes sur la novation*, p. 507. Contra Mühlenbruch, *Cession* § 60, p. 593; Vangerow, *Pandekten* § 575, III, p. 115; Windscheid, *Pandekten* § 352, II, p. 267, note 5.

litem (19) ; les termes de la formule enjoignent en effet au *judex* de condamner ou d'absoudre le mandataire et non le *dominus*.

5° La sentence étant prononcée au nom du *procurator in litem*, l'action *judicati* qui en découle ne peut appartenir qu'à lui. Ce résultat, qui était parfaitement équitable, quand il s'appliquait à un *procurator in rem suam*, était contraire à l'intention des parties, lorsqu'il s'agissait d'un simple *procurator in litem*. Le préteur dut s'efforcer de faire prévaloir cette volonté et il fut d'autant moins gêné dans cette tâche que l'action *judicati*, comme la théorie de la représentation, était son œuvre.

S'agissait-il d'un *cognitor*, il se refusait à lui donner l'action *judicati* ou à la délivrer contre lui ; mais il la faisait passer activement et passivement sur la tête du *dominus* (20). Il eût été en effet déraisonnable de donner à un simple mandataire du demandeur, qui n'avait pas qualité pour recevoir un paiement (21), le droit de poursuivre l'exécution du jugement, ou de contraindre à un paiement le mandataire du défendeur, qui n'avait peut-être pas entre les mains les fonds nécessaires. Il n'y avait pas besoin ici de *causæ cognitio*, puisqu'on ne faisait que se conformer à une disposition formelle de l'Édit (22). L'action *judicati* étant donnée directement au *dominus* ou contre lui, c'était celui-ci et non le *cognitor*, qui devait fournir une caution, la caution *judicatum solvi* (23).

L'*actor universitatis* était assimilé au *cognitor* : l'action *judicati* lui était refusée et était donnée pour ou contre la per-

19. L. 1, C. *De sent. et interl.*, VII, 45.

20. *Paul. Lib. LXXIV ad Edictum*. « *Cognitore enim interveniente, judicati actio domino vel in dominum datur.* » *Fr. Vat.*, 517. Cf. *Paul. Sent.*, I, 2, § 4.

21. L. 86, *De solut.*, XLVI, 5.

22. L. 7 pr., C. Th. *De cognit.*, II, 12. Cf. Bethmann-Hollweg, *Ram. Civilpr.*, II, p. 459. — Bekker (*Consumption*, p. 152) pense que l'action *judicati* ne compétait pas de plein droit au *dominus* en cas d'intervention d'un *cognitor*, mais qu'il y avait une *cognitio causæ*. Il s'appuie surtout sur un texte d'Ulpien (L. 28, *De procur.*, III, 5), qui, suivant lui, se serait référé primitivement au *cognitor*, mais c'est là une pure conjecture que rien ne justifie. Cf. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, II, p. 445, note 148.

23. *Paul.* « *Ad defendendum cognitore constituto, dominus, non cognitor, actori judicatum solvi satisfacere cogendus est.* » *Fr. Vat.*, 517.

sonne morale qui devait de son côté fournir la caution *judicatum solvi* (24).

Pour le *procurator*, au contraire, on s'en tint rigoureusement au principe ; les obligations créées par le *judicium acceptum* étant nées au profit ou à la charge du représentant, ne pouvaient avoir été acquises au *dominus* ou contre lui (25). A l'époque où le préteur admit la représentation judiciaire, on entendait par *procurator* le *procurator omnium rerum* d'un absent. Il était naturel de faire rentrer dans les fonctions de ce mandataire général l'exercice de l'action *judicati* ou la défense à cette action, quand elle était la conséquence d'un procès soutenu par le représentant. Le *procurator omnium rerum* avait-il à cette occasion fait ou reçu un paiement, on procédait à cet égard comme pour les autres recettes et dépenses faites pour le compte du *dominus* (26). Si au contraire l'action *judicati* n'avait pas encore été exercée avant la fin du mandat, elle devait être cédée au *dominus* ou prise par lui à sa charge, suivant les règles ordinaires du mandat (27).

Le préteur traita de même le représentant judiciaire constitué sans formes, le simple *procurator in litem*. Celui-ci devait de même, quand il se présentait pour le défendeur, fournir la caution *judicatum solvi* parce que l'action *judicati* était donnée contre lui (28).

Les règles posées dans l'Édit perpétuel ne furent jamais abandonnées (29) ; mais le préteur fut amené par les besoins de la pratique à se relâcher de la rigueur des principes et à donner l'action *judicati* au *dominus* ou contre lui. Il procédait, il est

24. L. 6 § 3, *Quod cujus un. nom.*, III, 4 ; L. 4 § 2, *De re jud.*, XLII, 1. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 440.

25. Paul. « Interveniente vero procuratore, judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum, competit. » *Fr. Vat.*, 317.

26. L. 46 §§ 4-6, *De procur.*, III, 5.

27. L. 45 pr. et § 5, *Mandati*, XVII, 1 ; L. 49 § 2, *De acq. poss.*, XLI, 2.

28. Paul. « Cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator judicatum solvi satisfacere compellitur. Quæ satisfactio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit. » *Fr. Vat.*, 317.

29. Paul. « Interveniente vero procuratore, judicati actio ex edicto perpetuo... » *Fr. Vat.*, 317.

vrai, à une *causæ cognitio*. Cette réforme, qui était déjà accomplie du temps de Papinien, s'appliqua principalement au *procurator præsentis*, c'est-à-dire au mandataire d'une personne présente constitué sans formes (30). Le *procurator* du demandeur n'avait aucun intérêt à ce que l'action *judicati* lui fût donnée : le préteur paralysait à l'aide d'une exception, s'il y avait lieu, l'action *judicati*, qui était née sur la tête du représentant et accordait au *dominus* une action utile (31). Le *dominus* n'avait ainsi aucune action directe naissant en sa personne ; on ne violait donc pas le principe qu'on ne peut rien acquérir *per extraneam personam*. A l'inverse, il était de toute justice que le *procurator* du défendeur pût se soustraire à l'action *judicati*, comme à un paiement, et renvoyer le créancier à poursuivre le débiteur (32).

Il en était tout autrement du *procurator absentis*, que ce fût un mandataire général ou un simple *procurator in litem* (33) : d'une part, le demandeur absent ne pouvait prétendre exercer l'action *judicati* ; d'autre part, il était impossible de poursuivre l'exécution de la condamnation contre l'absent ; le représentant d'ailleurs, en fournissant la caution *judicatum solvi*, s'était engagé à en acquitter le montant au créancier.

La situation du tuteur ou du curateur avait la plus grande analogie avec celle du *procurator omnium rerum* d'un absent. Quand le tuteur ou le curateur avait figuré dans un procès pour le compte de l'incapable, la sentence était rendue au nom du représentant et l'action *judicati* prenait naissance à son

30. *Papinien*. « Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum *judicati* actio. » *Fr. Vat.*, 351.

Toutefois en cas d'insolvabilité du *dominus*, le *procurator* avait intérêt à exercer l'action *judicati* afin de recouvrer ses déboursés. L. 30, *De procur.*, III, 5.

31. *Ulpien*. « Si procurator meus *judicatum solvi* satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti *judicati* actio mihi indulgetur. » L. 28, *De procur.*, III, 5. Cf. Mühlenbruch, *Cession*, p. 69 ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 443 ; Gide, *Études sur la novation*, p. 300.

32. *Paul*. « Plautius ait procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset, aut obtulisset se, quum sciret cautum non esse, omnibus placuit. » L. 61, *De procur.*, III, 5. Cf. L. 4 pr., *De re jud.*, XLII, 1.

33. *Papinien*. « Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationi suscepit, onus ejus frustra recusat ; et ideo nec *judicati* actio post condemnatum procuratorem in dominum datur, aut procuratori, qui vicit, denegatur. » *Fr. Vat.*, 352.

profit ou à sa charge. A la fin de la tutelle, cette action était transportée au pupille ou à ses héritiers (34). Plus tard, elle fut donnée directement au pupille ou contre lui sous forme d'action utile (35).

Du temps d'Ulpien et de Modestin, la notion du *procurator præsentis* s'était singulièrement élargie : on entendait par là tout mandataire *in litem*, dont la constitution était certaine (36). Quant à la *causæ cognitio*, qui devait précéder la délivrance de l'action *judicati utilis*, il semble qu'on doive la regarder avec Mühlenbruch (37) comme une pure formalité, si bien qu'Ulpien a pu dire que le *dominus* acquiert l'action par l'intermédiaire du *procurator* (38).

A l'époque de Justinien, la transformation était accomplie et l'action utile donnée au *dominus* était depuis longtemps complètement semblable à celle qu'il aurait acquise, s'il eût agi en personne.

6° Le *procurator in litem* a le droit d'appeler de la sentence, puisqu'elle est rendue contre lui (39). Le délai d'appel varie suivant qu'il s'agit d'un *procurator in rem suam* ou d'un *procurator in rem alienam* : il est de deux jours dans le premier cas, de trois dans le second (40). La faculté donnée au *procurator* n'enlève pas, bien entendu, au *dominus* le droit d'appeler lui-même (41).

34. Papinien. « Sententia dicta judicati transfertur ad pupillum actio... » L. 6. *Quando ex facto tut.*, XXVI, 9.

35. Antonin Caracalla. 215. « Juliana. cujus tibi curatores condemnati sunt, si vicesimum quintum annum ætatis egressa est, actio judicati utilis adversus ipsam bonaque ejus exercenda est. » L. 1. C. *Quando ex facto tut.*, V, 59.

Ulpien. « Si tutor condemnavit, sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio judicati datur. » L. 2. *De adm. et per.*, XXVI, 7.

36. Modestin. « Hoc enim casu, litteris ejus approbatis, velut præsentis procuratorem intervenire intelligendum est. » L. 65, *De procur.*, III, 5. Cf. L. 21, *Ratam rem*, XLVI, 8; L. un., C. *De satisd.*, II, 57. — Gide, *Études sur la novation*, p. 284.

37. Cession, p. 69.

38. « Idem ergo dicendum erit, et si datus ad petendum procurator reo deferente juraverit, dari mihi oportere; nam actionem mihi parit. » L. 9 § 6, *De jurcj.*, XII, 2.

39. Macer. « Si procurator, qui judicio interfuit, victus sit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit videamus.... et ideo et per procuratorem appellare potest. » L. 4 § 5, *De appell.*, XLIX, 1.

40. L. 1 § 12, *Quando appell. est*, XLIX, 4.

41. L. 4 § 2, *De appell.*, XLIX, 1.

Le *dominium litis* ne confère en principe au *procurator in litem* aucun droit de disposition sur l'objet du litige : il ne peut ni recevoir un paiement, ni consentir une novation ou un pacte de remise (42). Si le *procurator in rem suam* est investi de ces droits, il les tient non du mandat *in litem*, mais de la vente réalisée par la *litis contestatio*. Du reste, à la fin de l'époque classique, la *litis contestatio* n'est plus nécessaire pour opérer le transfert de la créance sur la tête du cessionnaire : une simple *denuntiatio* suffit (45).

SECTION II.

DE L'EFFET EXTINGTIF DE LA *LITIS CONTESTATIO* EN CAS D'INTERVENTION DE REPRÉSENTANTS.

225. La constitution d'un *procurator in litem* n'empêche pas l'effet extinctif de la *litis contestatio* de se produire avec toute son énergie. L'application de la règle *Bis de eadem re ne sit actio* est subordonnée à la réunion de ces trois conditions : identité d'objet, identité de cause, identité de personnes. La dernière de ces conditions ne fait pas défaut : on sait en effet que les Romains entendaient d'une façon assez large l'identité des personnes et qu'ils regardaient le mandant et le mandataire comme *eædem personæ* (44).

Il n'y a pas à tenir compte ici de la distinction entre le *procurator in rem suam* et le *procurator in rem alienam*. D'une part, les actions exercées par le *procurator in rem suam*

42. *Paul.* « Sed si tantum ad actionem procurator factus sit, conventio facta domino non nocet, quia nec solvi possit. § 1. Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur; et ideo servandum erit pactum conventum. » L. 13, *De pactis*, II, 14. Cf. L. 86, *De solut.*, XLVI, 3.

43. L. 3, C. *De nov.*, VIII, 42. Cf. Gide, *Études sur la novation*, p. 331.

44. *Ulpien.* « Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei judicatæ hæ personæ continerentur, quæ rem in judicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit. » L. 11 § 7. *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

avaient, à l'égard du *dominus* le même résultat que celles qui étaient poursuivies par tout autre mandataire ; et, d'autre part, si le *dominus* avait déjà agi une première fois, le *procurator in rem suam* se trouvait dépouillé de tout droit et il n'avait d'autre ressource que son recours en garantie contre le cédant (45).

La seule question dont on se préoccupât, était de savoir si le représentant avait été légitimement constitué. Elle recevait une solution un peu différente, suivant qu'il s'agissait du représentant du défendeur ou de celui du demandeur : l'un en effet procure à celui qu'il représente sa libération ; l'autre au contraire dépouille celui pour lequel il intervient du droit d'agir.

§ 1. Mandataires conventionnels du défendeur.

226. Il est un principe de bon sens, reconnu par toutes les législations, et que Gaius formule ainsi : *Naturalis, simul et civilis ratio, suavit, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriolem non posse* (46). L'application de ce principe à notre matière ne fait aucune difficulté et de même qu'il est permis à un tiers d'éteindre la dette d'autrui par un paiement ou par une novation, toute personne peut procurer au débiteur sa libération en faisant *litis contestatio* avec son créancier (47). L'action ainsi dirigée contre ce représentant sans mandat ou *defensor* est considérée comme une véritable action *de ea re*, si bien que le demandeur a consommé son droit d'agir par la *deductio* opérée contre lui (48). Ce droit universellement reconnu

45. L. 4, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4.

46. L. 59, *De neg. gest.*, III, 5.

47. *Pomponius*. « *Solutione vel iudicium pro nobis accipiundo et inviti, et ignorantis liberari possumus.* » L. 25, *De solut.*, XLVI, 3.

Ulpian. « *Si filius quasi defensor patris iudicium suscepit, et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem; namque filius eum iudicio suscepto liberavit.* » L. 10 § 1, *De in rem verso*, XV, 4.

48. *Ulpian*. « *Adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.* » LL. 11

à toute personne de défendre à l'action intentée contre un tiers, à son insu et même malgré lui, se justifie par ce double motif que la position du *dominus* ainsi libéré est améliorée et que l'intervention du *defensor* soustrait celui pour lequel il se présente, aux conséquences rigoureuses de l'*indefensio* (49).

227. S'agit-il d'un représentant avec mandat, d'un *cognitor* ou d'un *procurator*, il est tout naturel que l'action dirigée contre lui éteigne irrévocablement le droit du créancier, puisque la formule n'est délivrée que du consentement de ce dernier (50).

228. Le préteur, en permettant à toute personne de se substituer ainsi au débiteur, veillait à ce que les poursuites dirigées par le créancier contre ce tiers ne restassent pas inefficaces; il exigeait de tout représentant la caution *judicatum solvi*, sans laquelle nul n'était considéré comme *alienæ rei idoneus defensor* (51). Si le *cognitor* était personnellement dispensé de cette obligation, c'est que le *dominus* devait fournir la caution *judicatum solvi* à sa place (52).

229. La règle générale, qui impose à tout *defensor* l'obligation de donner caution, s'explique aisément : le créancier, en intentant son action contre un tiers, se dépouille du droit de faire valoir plus tard sa créance contre le véritable obligé; il est juste qu'il acquière en compensation la garantie de la solvabilité du tiers, qui prend la dette à sa charge. Cette garantie ne peut résulter ici que de la prestation d'une caution, parce que celui qui défend pour autrui, comme le remarque

§ 7, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. — Cf. Bekker, *Consumption*, p. 141; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 429.

49. L. 1, *De neg. gest.*, III, 5.

50. *Cic. Pro Quintio*, 19, 20, 22.

51. « Ab ejus vero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisfari debet, quia necesse alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur: sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere jubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. » Gaius, IV, 101. Cf. L. 46 § 2, *De procur.*, III, 5.

Ulpian. « Defendere, hoc est satisfacere; sic enim videtur defendere, si satisfacet. » L. 5 § 3, *Jud. solvi*, XLVI, 7. Cf. L. 63, *De jud.*, V, 1.

52. Gaius, IV, 101; *Fr. Vat.*, 317.

Paul, n'est jamais considéré comme riche, fût-ce même un personnage consulaire (53).

§ 2. *Mandataires conventionnels du demandeur.*

230. Le principe de droit naturel, qui a été rappelé au début du paragraphe précédent, exigeait que l'on restreignit autant que possible la faculté de représenter le demandeur, puisque exercer l'action d'une personne, c'est la dépouiller d'un droit.

De là cette nouvelle conséquence du principe, à savoir que l'intervention d'un tiers sans mandat reste inefficace à l'égard du demandeur, dont le droit d'agir n'est jamais consommé par une *deductio in iudicium* opérée à son insu ou contre son gré (54). Si parfois cependant il est dérogé à cette règle et si l'on permet à un représentant d'agir à l'insu ou contre le gré de la personne qu'il représente, ces exceptions se justifient par l'une de ces deux circonstances, que l'intéressé est incapable d'agir par lui-même ou qu'obligé de céder l'action, il n'a pas réalisé cette cession.

231. Non seulement le droit romain repoussait toute intervention d'un tiers sans mandat, mais il ne considéra longtemps comme investi du droit d'opérer la *deductio in iudicium* que le représentant constitué par acte solennel, le *cognitor*. Lui seul peut consommer le droit d'agir du *dominus*, absolument comme si celui-ci eût plaidé en personne (55). Ce

53. *Paul.* « Qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur. » L. 166, *De reg. jur.*, I, 17.

Ulpien. « Is, qui suscepit defensionem, et si locupletissimus est... » L. 51 § 2, *De procur.*, III, 3.

Paul. «... etsi consularis sit... » L. 52, *cod.*

Ulpien. «... non videtur defendere, nisi satisfacere fuerit paratus. » L. 53, *cod.*

54. *Ulpien.* « Sed hæc ita, si mandato domini procurator egit; ceterum, si mandatum non est, quum neque in iudicium quidquam deduxerit, nec tu ea comprobasti, quæ invito te acta sunt, tibi non præjudicant. » L. 27 pr., *De procur.*, III, 3. Cf. L. 51, *De jud.*, V, 1.

55. « Quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit. » *Gaius*, IV, 98.

La l. 22 § 8, *Ratam rem*, (XLVI, 8), paraît s'être rapportée primitivement au

pouvoir exorbitant s'explique par le caractère solennel de la constitution du *cognitor*, qui ne laissait aucun doute sur les intentions de la personne représentée et substituait complètement le mandataire au *dominus* (56).

232. Une jurisprudence plus récente, négligeant la forme pour ne s'attacher qu'au fond des choses finit par admettre à plaider tout mandataire *in litem* qui pourrait justifier d'une façon quelconque de sa qualité. Voici quelles ont été à cet égard les transformations successives de la législation romaine.

Le préteur commença d'abord par accorder une action à toute personne qui voulait faire valoir le droit d'un tiers, quand le défendeur y consentait. L'action ainsi exercée par un représentant non autorisé n'étant point consommée, le défendeur était exposé à être poursuivi de nouveau (57). Mais si le *procurator* ne pouvait assurer au débiteur sa libération, il pouvait lui procurer l'équivalent d'une libération : c'était la caution *de rato*, par laquelle il s'engageait à le défendre contre les poursuites ultérieures du créancier (58). Le préteur finit par accorder à tout *procurator*, qui offrait caution suffisante, la même formule qu'au *cognitor* et à contraindre le débiteur à lier l'instance avec lui.

233. On a soutenu qu'à l'époque de Gaius l'action intentée par le *procurator* ne consommait jamais le droit du *dominus* (59). Ce jurisconsulte impose, en effet, à tout *procurator* l'obligation de fournir la caution *de rato*, parce qu'il

cognitor. Keller, *Litis Cont.*, p. 330, note 10; Krüger, *Consumtion*, p. 90. *Contra* Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, II, p. 433, note 116.

56. « Cum enim certis et quasi sollempnibus verbis in locum domini substituaturn *cognitor*, merito domini loco habetur. » Gaius, IV, 97.

57. Gaius, IV, 98. — Toutefois le renouvellement de l'action, d'après Julien, serait considéré comme un dol si l'intéressé avait profité d'une façon quelconque de l'action ainsi exercée à son insu. L. 74 § 2, *De judiciis*, V, 1.

La caution *de rato* ne pouvait être réclamée du représentant qu'avant la *litis contestatio*; si le défendeur négligeait de l'exiger et laissait délivrer la formule, il était déchu du droit de la demander. L. 40 § 3, *De procur.*, III, 5.

58. « Procurator vero si agat, satisdare jubetur ratam rem dominum habiturum: periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. » Gaius, IV, 98.

59. Keller, *Litis Cont.*, p. 330; Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, II, p. 433.

serait à craindre, dit-il, que le *dominus* n'agit une seconde fois contre le défendeur. L'existence d'un semblable danger suppose forcément que le *procurator* n'a pas éteint le droit de la personne qu'il représente. Quant aux textes antérieurs à Gaius, qui semblent contenir une doctrine contraire à celle que l'on veut faire prévaloir, on fait remarquer qu'ils appartiennent à la compilation de Justinien et sont par suite suspects d'interpolation.

Cette opinion, qui a été abandonnée par un de ses plus illustres défenseurs (60), ne nous paraît pas conforme à la véritable pensée de Gaius, telle qu'elle nous est révélée par les meilleures leçons du manuscrit de Vérone. Si Gaius, dans le § 98, impose d'une manière générale à tout *procurator* l'obligation de fournir la caution *de rato*, dans le § 84, il s'est montré moins affirmatif et il ne l'a exigée que dans la plupart des cas (61). Il y a donc quelques hypothèses où cette caution n'est point nécessaire et où, en conséquence, la *deductio in iudicium* se produit nonobstant l'intervention d'un *procurator*. D'ailleurs Julien ne disait-il pas, avant Gaius, dans le livre LVI de ses *Digesta*, que le *dominus* peut se voir repousser *ipso jure* ou *per exceptionem*, quand c'est un *verus procurator*, qui a agi pour lui auparavant (62) ?

Dans le livre LI de ce même ouvrage, Julien allait encore

60. Keller, *Civilpr.* § 61, trad. Capmas, p. 275, note 719.

61. « Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur; sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur: quin etiam sunt qui putant eum quoque procuratorem videri cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum: quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet, quia sæpe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur. » Gaius, IV, 84.

62. « Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatæ dominum summovertet. Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso jure, aut propter exceptionem actio inutilis esset. » L. 22 § 8, *Ratam rem*, XLVI, 8.

On a voulu substituer dans ce texte à l'expression *verus procurator* le mot *cognitor* (Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 455, note 116); mais cette expression se rencontre très fréquemment à l'époque classique; elle a donc été employée par Julien. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 550, note 10; Krüger, *Consumtion*, p. 90.

plus loin et il attribuait le même effet extinctif à la *litis contestatio* intervenue entre le défendeur et un représentant sans pouvoirs, mais dont les actes avaient été ratifiés par le *dominus* (65). Gaius, dans le § 84, rapporte l'opinion de quelques jurisconsultes, qui regardaient comme un *procurator* le *negotiorum gestor*, dont les actes avaient été approuvés par le *dominus* ; Julien était sans doute du nombre de ces jurisconsultes novateurs (64).

234. Si, à l'époque de Gaius, le *procurator in litem* ne peut opérer la *deductio in iudicium* que par exception, on lui reconnaît ce droit de la façon la plus absolue du temps d'Ulpien (65).

Voici la marche qu'a suivie le préteur.

Lorsque le *dominus* voulait renouveler son action sous prétexte qu'elle était fondée en droit pur, tout en convenant qu'il avait donné mandat à son représentant, le préteur protégeait le défendeur à l'aide d'une exception de dol ou d'une exception *in factum* (66). Cette pratique une fois établie, on

65. « Si te negotiis meis obtuleris, et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei iudicatæ non obstat. » L. 25 § 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 153. *Contra* Keller, *Litis Cont.*, p. 554; Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, II, p. 454, note 117.

64. Nous n'invoquerons pas à l'appui de l'opinion que nous avons adoptée un rescrit d'Antonin le Pieux de l'an 150 (L. 1, C. *De procur.*, II, 15). Cette constitution, dont il ne reste que quelques mots, semble plutôt se rapporter à l'obligation générale qui incombait à tout mandataire de promettre *ratam rem dominum habiturum*; la généralité de ce terme *negotium* indique qu'il s'agit ici d'actes de gestion quelconques et non spécialement de la conduite d'un procès. Keller, *Litis Cont.*, p. 521; Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, II, p. 454, note 117.

65. *Lib. IV ad Edictum*. « Nam et nocere constat, sive ei mandavi, ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit; ut et Puteolanus libro primo Assessoriorum scribit, quum placuit, eum etiam rem in iudicium deducere. » L. 12, *De pactis*, II, 14.

Lib. IX ad Edictum. « Hæc ita, si mandato domini procurator egit; ceterum, si mandatum non est, quum neque in iudicium quidquam deduxerit, nec tu ea comprobasti... » L. 27 pr., *De procur.*, III, 5.

Lib. LXXV ad Edictum. « Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatæ hæ personæ continerentur, quæ rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est... » L. 11 § 7, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 523; Bethmann-Hollweg, *Rœm. Civilpr.*, II p. 456.

66. L. 74 § 2, *De judiciis*, V, 1.

fut conduit à admettre que si le mandat était porté à la connaissance du défendeur de la même manière que la constitution du *cognitor* et si sa persistance jusqu'à la *litis contestatio* était assurée, il produirait un plein effet à l'égard du *dominus*, c'est-à-dire que le droit de celui-ci serait consommé. Il n'y a plus alors aucune raison d'imposer dans ce cas au *procurator* la caution *de rato*. C'est ce qui a lieu lorsque le *procurator* intervient pour une personne présente (*procurator præsens*) et produit un pouvoir écrit (67), lorsqu'il a été constitué par déclaration du *dominus* au greffe du *præses provinciæ* ou des magistrats municipaux (*procurator apud acta factus*) (68), lorsque la constitution du *procurator* est contenue dans une requête adressée à l'empereur (69), et enfin quand elle a été notifiée par lettre à l'adversaire (70). La caution *de rato* n'est exigée qu'autant que le mandat est douteux (71). Les jurisconsultes du III^e siècle exposent ainsi le droit en vigueur de leur temps : la *litis contestatio* intervenue entre le défendeur et le *verus procurator* réalise la *deductio in iudicium* et consomme par suite le droit du demandeur. Ils ne se contentent pas d'admettre que le titulaire du droit puisse, avant toute instance, par un simple mandat dépourvu de formes mettre un tiers en mesure d'in-

67. *Papinien*. « Cum autem certum est, mandatum perseverare, id est cum præsens est dominus, satisfactionis [de rato] necessitas cessat. » *Fr. Vat.*, 333.

68. *Paul*. « ... Apud acta constituto procuratori hæc satisfactio remitti solet. » *Fr. Vat.*, 317.

Dioclétien et Maximien. 294-305. « Non est incerti juris eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisfacere; hoc enim casu veluti præsentis procuratorem intervenire intelligendum est. » L. un., C. *De satisfd.*, II, 57. Cf. *Paul. Sent.*, I, 3 § 1.

69. *Ulpien*. « Ne satisfactio ratam rem dominum habiturum exigatur in his, que nomine ejus ageret, qui eum se fecisse procuratorem libello Principi dato professus est, prodest. » L. 21, *Ratam rem*, XLVI, 8. Cf. *Paul. Sent.*, I, 3 § 1.

70. *Modestin*. « Si procuratorem absentem dominus satisfactione relevare velit, literas suas ad adversarium dirigere debet, quibus significet, quem adversus eum procuratorem, et in qua causa fecerit, ratumque habiturum, quod cum eo actum sit. Hoc enim casu, literis ejus approbatis, veluti præsentis procuratorem intervenire intelligendum est. » L. 65, *De procur.*, III, 5. Cf. *Paul. Sent.*, I, 3 § 1.

71. *Papinien*. « Absentis procuratorem satisfacere debere de rato habendo, recte responsum est. Multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest, vel morte, vel revocato mandato. » *Fr. Vat.*, 333.

roduire une action efficace à son égard. Ils vont encore plus loin : ils décident, avec Julien (72), que si l'action a été intentée par un *falsus procurator*, c'est-à-dire par un *negotiorum gestor*, et que le *dominus* ratifie, cette ratification opérera une *deductio in iudicium*, qui rétroagira au jour de la *litis contestatio* (75).

§ 3. Mandataires légaux des parties.

235. Le mandat *in litem* ne résulte pas toujours d'un acte de volonté de l'intéressé ; il peut être conféré par la loi. Ainsi les tuteurs et curateurs sont autorisés à intenter les actions des personnes, dont les intérêts leur sont confiés, et à consommer par suite leur droit d'agir (74).

Il est difficile de préciser l'époque, à partir de laquelle les tuteurs et curateurs ont été considérés comme les représentants naturels des incapables et investis du droit de réaliser la *deductio in iudicium*. D'une part, Gaius assimile les tuteurs et curateurs aux *procuratores* et il rapporte que l'Édit perpétuel (75) leur imposait l'obligation de fournir la caution *de*

72. L. 25 § 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2; L. 22 § 8, *Ratam rem*, XLVI, 8. Cf. Gaius, IV, 84.

73. *Papinien*. « Si is, qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est, et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit, facit, ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit. » L. 66, *De procur.*, III, 3.

Ulpien. « Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen, etsi quis, quin procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta. » L. 56, *De iudiciis*, V, 1. Cf. L. 27 pr., *De procur.*, III, 3.— L. 1, C. *Quib res jud.*, VII, 56.

74. *Paul*. « Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive iusjurandum detulerit, ratum id haberi debet; nam, ... et agendo rem in iudicium deducunt. » L. 17 § 2, *De iurej.*, XII, 2.

Paul. « Tutor ad utilitatem pupilli... rem in iudicium deducere potest. » L. 22, *De adm. et per.*, XXVI, 7.

Ulpien. « Vulgo observatur ne tutor caveat, ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit. » L. 23, *eod.*

Ulpien. « ... Hæ personæ continerentur, quæ rem in iudicium deducunt: inter hos erunt... tutor, curator furiosi vel pupilli... » L. 11 § 7, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

75. « Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt. » Gaius, IV, 99.

rato. D'autre part, Julien, le rédacteur de l'Édit perpétuel, semble considérer comme hors de doute que l'exercice de l'action par un curateur doive exclure toute action ultérieure de l'intéressé, à condition toutefois que le curateur ait fourni la caution *rem furiosi salvam fore* (76), mais il ne parle pas de la caution *de rato*. De même Ulpien justifie par l'autorité de Julien l'usage où l'on était de son temps de ne point exiger la caution *de rato* des tuteurs et curateurs (77). Quant à considérer la doctrine de Julien comme une opinion isolée, ainsi que le fait Keller, cela ne nous paraît guère possible (78).

Si Gaius semble encore assujettir les tuteurs et curateurs à fournir dans la plupart des cas la caution *de rato*, ce fait s'explique par son respect pour des règles traditionnelles, qui pouvaient être utiles dans bien des cas. La sécurité du défendeur exigeait que celui qui agissait comme représentant du *furiosus* non seulement justifiât de cette qualité, mais encore qu'il pût à ce titre consommer le droit de l'incapable ; ce qui n'était possible qu'autant qu'il avait fourni la caution *rem pupilli salvam fore*. Le défendeur se trouvait dispensé de rechercher si le représentant offrait cette garantie (79), quand on subordonnait pour ce dernier la possibilité d'agir à la prestation de la caution *de rato*. Gaius dit d'ailleurs que cette exigence résultait des termes de l'Édit, mais qu'on s'en écartait toutes les fois qu'il n'y avait aucune incertitude sur la capacité du représentant (80). De Gaius à Ulpien, la situation s'est modifiée et ce qui était l'exception est devenu la règle : la caution *de rato* n'est exigée des tuteurs et curateur, au milieu du III^e siècle, que s'il y a des raisons spéciales de douter de leur qualité (81).

76. L. 7 § 2. *De cur. fur.*, XXVII, 10. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 158.

77. L. 23, *De adm. et per.*, XXVI, 7.

78. Keller, *Litis Cont.*, p. 541.

79. *Dioclétien et Maximien*. 287. « Si igitur tutor, qui pro tutelari officio non caverat [salvam tutelam fore], iudicio expertus est, adversus eum lata sententia juri tuo officere non potuit, nec ea, quae ab eo gesta sunt, ullam firmitatem obtinent. » L. 5, C. *De tut. vel cur. q. satis non dedit*, V, 42. Cf. L. 4, C. *In quib. causis in int.*, II, 41.

80. « Sed aliquando illis satisfactio remittitur. » Gaius, IV, 99.

81. *Ulpien*. « Quid tamen, si dubitetur an tutor sit, vel an duret tutor, vel

236. Les personnes morales avaient des représentants judiciaires nommés *actores* pour les municipes et *actores, magistri* ou *syndici* pour les autres *universitates* (82). L'*actor* ou le *syndicus* était assimilé au *procurator præsentis* : il était investi du droit de consommer les actions, qui appartenaient à la cité ou à l'*universitas* (83), et n'était pas tenu de fournir la caution de *rato* à moins qu'on ne lui contestât sa qualité (84).

237. Un autre cas de représentation judiciaire indépendante de la volonté des parties et qui appartient au droit le plus ancien se rencontre dans les actions populaires, quand elles sont poursuivies par tout autre que la personne lésée (85). L'exercice d'une action de ce genre consomme les droits de l'intéressé (86). Tout citoyen est en effet autorisé à intenter une action populaire, et il agit en cela comme représentant du peuple, ainsi que le prouve l'interdiction, qui lui est faite de se substituer un *procurator* (87). L'extinction du droit ne se produirait pas au cas où il y aurait eu collusion entre le tiers poursuivant et le défendeur (88).

an gestus illi commissus sit? Equum est, adversarium non decipi. » L. 23, *De adm. et per.*, XXVI, 7. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 159; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 457.

82. L. 3, *Quod cujus. un.*, III, 4; L. 9, *Ratam rem*, XLVI, 8. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 424; Houdoy, *Le droit municipal*, p. 464.

83. *Ulpian.* «... I æ personæ continentur, quæ rem in iudicium deducunt: inter hos erunt... actor municipum. » L. 11 § 7, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

84. *Paul.* « Actor universitatis si agat... non autem compellitur cavere de rato... si de decreto dubitetur, puto interponendam et de rato cautionem. » L. 6 § 3, *ead.* Cf. Bekker, *Consumption*, p. 159; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 457.

85. *Lex Mamilia*, cap. LIII et LV (Bruns, *Fontes*, p. 110).

86. *Ulpian.* « Sed si ex eadem causa sæpius agatur, quum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatæ opponitur. » L. 5, *De pop. act.*, XLVII, 25. Bekker, *Consumption*, p. 160.

87. L. 5, *ead.* Cf. L. 45 § 1, *De procur.*, III, 3.

88. *Paul.* « In popularibus actionibus iurjurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum fuerit. » L. 30 § 3, *De jurej.*, XII, 2. Cf. L. 29, *De hom. lib. exhib.*, XLIII, 29. — Keller, *Litis Cont.*, p. 409; Bekker, *Consumption*, p. 160. Krüger (*Consumption*, p. 91, note 29) pense que l'effet extinctif se produisait, malgré la collusion, mais que le prêteur accordait à la partie lésée une *restitutio in integrum*.

CHAPITRE XI.

Extension des effets de la *LITIS CONTESTATIO* à des personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance ou qui n'y ont pas été représentées.

SECTION PREMIÈRE.

INFLUENCE DE LA *LITIS CONTESTATIO* A L'ÉGARD DES COPROPRIÉTAIRES.

238. A l'époque classique, l'indivision des biens de famille n'était plus qu'un état de choses exceptionnel, tandis que dans les premiers siècles de Rome, les sociétés universelles entre les héritiers étaient fréquentes (1). Cette tendance générale à substituer la propriété individuelle à la propriété indivise ou collective nous explique pourquoi il est resté si peu de textes relatifs à l'effet que produiraient pour ou contre les communistes les actions engagées entre l'un d'eux et les tiers.

Ces textes prévoient deux hypothèses :

239. 1° Chacun des copropriétaires peut intenter une *vindicatio pro parte* (2); il ne consomme alors son droit d'agir que pour sa part (3). Les effets de la *litis contestatio* ne s'étendent point aux autres communistes.

240. 2° Chacun des copropriétaires peut, dans certaines hypothèses, agir ou être poursuivi *in solidum*.

1. Poissnel, *Recherches sur les Sociétés universelles chez les Romains* (Nouv. rev. hist., 1879, III, p. 448 et 567).

2. L. 5 § 2; L. 55 § 5, *De rei vind.*, VI, 1.

3. L. 9 pr., *De lib. causa*, XL, 12. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 509.

S'il s'élève une question de bornage entre deux fonds voisins et qu'un seul des copropriétaires de l'un de ces fonds ait intenté l'action *finium regundorum* ou y ait défendu, l'*adjudicatio* prononcée en sa faveur ou contre lui profite ou nuit aux autres communistes en proportion de leurs parts, parce que, dit Paul, la décision en matière de bornage est rendue moins en faveur des personnes qu'au profit du fonds (4). Si le résultat définitif de l'instance soutenue par un seul des copropriétaires s'applique à tous, il y a lieu d'admettre la même extension à l'égard des effets de la *litis contestatio*.

De même, quand une servitude prédiiale est réclamée au profit d'un fonds ou sur un fonds commun à plusieurs personnes, l'action confessoire est donnée *in solidum* à chacun des copropriétaires du fonds dominant ou contre chaque copropriétaire du fonds servant (5). L'exercice de l'action confessoire par un seul ou contre un seul consomme le droit de tous. C'est ce que suppose Marcien dans un texte, où il semble avoir en vue le cas où le communiste aurait laissé périmer son action; il ajoute que l'équité ne permet pas que cette négligence nuise aux autres (6). Ce résultat contraire à l'équité, auquel songe le jurisconsulte, semble bien être l'extinction du droit de tous par la *litis contestatio* intervenue avec un seul. D'ailleurs si la *litis contestatio* n'avait pas eu ici sou

4. Paul. « Si alter fundus duorum, alter trium sit, potest iudex uni parti adjudicare locum, de quo quaeritur, licet plures dominos habeat, quoniam magis fundo, quam personis adjudicari fines intelliguntur. » L. 4 § 5, *Fin. reg.*, X, 1.

5. L. 4 §§ 5 et 4, *Si serv. vind.*, VIII, 5. Toutefois il est fait exception pour la servitude *oneris ferendi*, si l'immeuble qui en est grevé est commun. L. 6 § 4, *eod.*

6. « S de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est æquum, hoc ceteris damno esse; sed si per collusionem cessit litem adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo, Celsus scripsit; idque ait Sabino placuisse. » L. 19, *Si serv. vind.*, VIII, 5.

Ce texte de Marcien est habituellement interprété, comme s'il prévoyait l'hypothèse d'une sentence contraire à la prétention du communiste. S'il en était ainsi, il y aurait certainement une autre expression que *litem perdere*, qui s'applique en général au plaideur qui succombe par *plus petitio*. Ici les termes de Marcien ne permettent pas de songer à une *plus petitio* (*bene quidem deberi intendit*); mais rien n'empêche de se placer dans l'hypothèse d'une instance périmée, hypothèse dans laquelle on emploie les expressions *litem amittere* et *litem perdere*.

influence ordinaire, on n'eût pas manqué d'exiger de celui des copropriétaires qui agissait la caution *de rato* destinée à protéger le défendeur.

241. Chaque copropriétaire est donc à même d'opérer la *deductio in iudicium* pour le tout en matière de servitudes. On rattache en général ce résultat au principe de l'indivisibilité des servitudes; mais de cette indivisibilité on ne peut conclure qu'une chose, à savoir que l'action confessoire devrait toujours être intentée par tous les copropriétaires du fonds dominant contre tous les copropriétaires du fonds servant. Ce principe qui nous explique comment chaque copropriétaire peut être tenu de la restitution *in solidum* (7), ne suffit pas à rendre compte de l'influence exercée par l'action poursuivie par un seul ou contre un seul des communistes.

Dans une autre opinion, chaque copropriétaire est considéré comme le représentant du fonds (8). Cette explication, qui sert à rendre compte de l'extension des effets du jugement, est insuffisante pour ceux de la *litis contestatio*.

L'effet absolu de la *deductio in iudicium* en matière de servitudes est la conséquence du caractère indivis du droit. La servitude appartient à chacun des copropriétaires dans son entier; l'action confessoire relative à cette servitude ne peut donc être intentée que *in solidum* (9) et son exercice consomme le droit tout entier: le copropriétaire affirme en effet: *ivs esse evndi agendi per evndum Cornelianvm* (10).

242. Lorsqu'il s'agit au contraire d'actions *in personam*, la *litis contestatio* n'a plus d'influence: le droit des communistes ne s'éteint alors qu'autant que l'un d'eux a reçu satisfaction, de même qu'ils ne sont libérés que par le paiement fait par

7. Ulpien. « Sed et si duorum fundus sit, qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi; et ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem hæc res non recipit. » L. 4 § 4, *Si serv. vind.*, VIII, 5.

8. Papinien. « Uno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur. » L. 31 § 7, *De neg. gestis*, III, 5. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 410.

9. Ulpien. « Præterea probandum est, si arbor communibus ædibus impendat, singulos dominos habere hoc interdictum, et quidem in solidum, quia e servitutum vindicationem singuli habeant. » L. 1 § 5, *De arb. cad.*, XLIII, 27.

10. Steinlechner, *Das Wesen der Juris Communio*, II, p. 225.

celui qui est poursuivi. Paul et Ulpien donnent cette décision à propos de l'action *aquæ pluvix arcendæ* et rien n'empêche de la généraliser (11).

SECTION II.

EFFETS DE LA *LITIS CONTESTATIO* LORSQU'IL Y A PLUSIEURS CRÉANCIERS OU PLUSIEURS DÉBITEURS.

243. L'obligation est de sa nature un droit divisible parce qu'elle tend en dernière analyse à une prestation en argent. Si au moment où elle naît, un ou plusieurs créanciers se sont trouvés en présence d'un seul ou de plusieurs débiteurs, la créance s'est divisée entre eux *ipso jure* (12). Quand un créancier ou un débiteur unique vient à mourir, la créance ou la dette, d'après la loi des Douze Tables, se divise de plein droit entre les héritiers en proportion de leurs parts héréditaires (13).

L'action intentée par l'un des créanciers ou dirigée contre l'un des débiteurs dans les obligations conjointes ne consume donc que sa part dans la créance ou ne le libère que de sa part dans la dette, sans préjudice ni profit pour les autres (14).

Plusieurs créanciers peuvent sans doute se réunir pour exercer des poursuites communes contre plusieurs débiteurs : il y aura alors un seul *judex* et peut être même une seule formule (15), mais l'instance pourra aboutir à des résultats

11. L. 11 § 1, *De aq. et aq. pluv. arc.*, XXXIX, 3.

12. Obligations *ex contractu*. — L. 4 pr., *De exerc. act.*, XIV, 1; L. 44 § 1, *De æd. ed.*, XXI, 1.

Obligations *ex delicto*. — LL. 19 et 20, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2.

13. Gordien. « Ea, quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt. » L. 6, C. *Fam. erc.*, III, 36. Cf. L. 25 § 13, *Fam. erc.*, X, 2; L. 1, C. *Si un. ex plur. her.*, VIII, 52.

14. L. 31, *De judiciis*, V, 1; L. 22, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2; L. 36, *De sol.*, XLVI, 3.

15. La formule de la *condictio certæ pecuniæ* pouvait alors être ainsi rédigée :

SI PARET GAIUM ET SEIVM LVICIO ET TITIO MS. X. M. DARE OPORTERE. INDEX GAIUM ET

différents pour chaque intéressé, qui reste d'ailleurs toujours maître de disposer de son droit et notamment de transiger (16). C'est là uniquement un procédé de simplification, dont les parties peuvent ne pas user.

Dans deux cas seulement cette unification des poursuites leur est imposée. Il y a lieu à la constitution d'un *procurator* commun d'abord quand l'une des parties meurt pendant l'instance, laissant plusieurs héritiers (17); autrement la situation de l'adversaire serait aggravée sans raison. Il en était de même quand l'action pouvait avoir des résultats différents et placer l'une des parties contre son gré dans l'indivision; tel était le cas de l'action rédhibitoire (18).

Hors ces deux hypothèses exceptionnelles, la *litis contestatio* n'étendait pas son influence d'un créancier ou d'un débiteur conjoint à un autre.

§ 1. *Effet extinctif de la litis contestatio en matière d'obligations corréales.*

244. Tandis que la *litis contestatio* n'a qu'un effet individuel à l'égard de créanciers ou de débiteurs conjoints, son influence s'étend d'une personne à une autre dans les obligations corréales (19). Dès qu'elle a eu lieu entre l'un des *correi credendi* et le débiteur commun, elle dépouille les autres créanciers du droit d'exercer toute action ultérieure (20). A l'inverse, si le créancier commun a agi contre un des *correi debendi*, aucun des autres débiteurs ne peut être poursuivi à l'avenir, quel qu'ait été d'ailleurs le résultat de la première action (21).

TITIVM LVCIO ET TITIO HS. I. M. CONDEMN. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II. p. 470, note 68.

16. Cic. *Pro Rosc. Com.*, 11, 12, 17, 18.

17. L. 48, *Fam. ere.*, X, 2.

18. L. 51 §§ 7, 8 et 9, *De æd. ed.*, XXI, 1.

19. Cette opposition est nettement marquée dans un rescrit de Dioclétien et de Maximien (295-504). L. 5, C. *De duob. reis*, VIII, 40.

20. LL. 2 et 16, *De duob. reis*, XLV, 2; L. 5, *De fid.*, XLVI, 1; L. 51 § 1, *De nov.*, XLVI, 2.

21. L. 8 § 1, *De leg. I.*, XXX; L. 29, *De lib. leg.*, XXXIV, 5; L. 116, *De verb. obl.*, XLV, 1; L. 2, *De duob. reis*, XLV, 2; L. 1, *Ratam rem*, XLVI, 8.

Ces deux règles sont généralement admises à l'époque classique; on les trouve en effet mentionnées dans les écrits d'Ulpien (22), comme dans ceux de jurisconsultes du second siècle de l'ère chrétienne, tels que Gaius (23) et Javolenus (24). Peut-être même un fragment de Labéon rapporté par Ulpien y fait-il allusion (25).

L'effet extinctif de la *litis contestatio* se produit ici, suivant la distinction traditionnelle, tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem*.

On trouve, en cette matière, une importante dérogation à la règle qui exige l'identité des personnes pour que la maxime *Bis de eadem re ne sit actio* soit applicable. L'effet extinctif de la *litis contestatio* s'étend en effet dans les obligations corréales à des personnes, qui n'ont point été engagées dans le débat.

245. Les raisons de forme tirées de la rédaction de la formule ne suffisent pas à rendre compte de cette dérogation. Il faudrait pour cela supposer une *intentio* commune; or, il est difficile qu'une seule et même formule contienne la demande

22. « Si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit; plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, quum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur. » L. 5, *De fid.*, XLVI, 1. Cf. L. 5 § 1, *De duob. reis*, XLV, 2.

23. « Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offendendo pecuniam nihil agit. » L. 16, *De duob. reis*, XLV, 2.

24. « Quum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt, ipso jure et singulis in solidum debetur, et singuli debent; ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio. » L. 2, *eod.*

Toutefois l'application du principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* à l'encontre des *correi stipulandi* n'avait pas prévalu sans difficulté. On trouve la trace de ces résistances dans un texte précité de Venuleius (L. 51 § 1, *De nov.*, XLVI, 2), qui nous apprend que de son temps, c'est-à-dire au troisième siècle, le débat était à peine clos. Cf. Accarias, *Précis*, II, p. 520.

25. *Ulpien*. « Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur, deinde post evictionem cum uno fuero expertus, si agam cum ceteris, exceptione me esse repellendum, Labéon ait. » L. 51 § 4, *De evict.*, XXI, 2.

Il semble que l'exception à laquelle Labéon et Ulpien font allusion dans ce passage devait être l'exception *rei in iudicium deductæ*; les mots *rei in iudicium deductæ* auraient été retranchés par Tribonien. Cf. L. 21 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2; L. 60, *De fid.*, XLVI, 1. — Demangeat, *Des obligations solidaires*, p. 74.

du tout tant par les *correi credendi* que contre les *correi debendi*, et que les noms de toutes les parties trouvent ainsi place dans l'*intentio*. Cela n'est pas possible dans la *condictio certi* (26). La rédaction des *actiones incertæ* permet sans doute de comprendre dans une même formule tous les créanciers ou tous les débiteurs, sans que la dette corréale se transforme aussitôt en une dette divisible; mais les cas où l'obligation corréale se poursuit au moyen d'une *actio incerta* ne sont pas les plus fréquents.

246. L'explication de l'effet libératoire de la *litis contestatio* dans les obligations corréales doit être cherchée dans la nature particulière de cette espèce d'obligations, dont le trait distinctif est d'avoir plusieurs sujets en même temps qu'un objet unique (27).

La première condition exigée pour l'application de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, l'identité de l'objet, se rencontre ici mieux peut-être que partout ailleurs. La considération de l'objet est en effet prépondérante, si bien qu'au fond il ne se forme jamais plus d'une obligation, quel que soit le nombre des contractants (28). Tous ceux qui veulent devenir *correi* doivent en effet stipuler ou promettre la même chose; autrement l'obligation corréale ne pourrait prendre naissance (29).

Quant à l'identité de cause, elle ne fait pas non plus défaut.

26. On ne peut concevoir en effet que deux rédactions possibles d'une *intentio* commune en cas de *condictio certi* :

1^o SI PARET TITIO ET MAEVIO OUI SEMPRONIUM ET SEIVM HS. X. M. DARE OPORTERE. Cf. L. 5 § 1; L. 11 pr., *De duob. reis*, XLV, 2;

2^o SI PARET TITIO AUT MAEVIO OUI SEMPRONIUM AUT SEIVM HS. X. M. DARE OPORTERE. Cf. L. 75 § 6, *De verb. obl.*, XLV, 1.

La première rédaction entraînerait la division de la créance ou de la dette; quant à la seconde, elle correspond à une *stipulatio incerta*: ce qui est incompatible avec l'hypothèse d'une *condictio certæ pecuniæ*. Cf. L. 95 pr., *De solut.*, XLVI, 5. — Bethmann-Hollweg, *Recht. Civilpr.*, II, p. 475.

27. Ihering, *Geist des rom. Rechts*, III, p. 146.

28. Javolenus. « Quum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt... » L. 2, *De duob. reis*, XLV, 2.

Pomponius. « Quum duo eandem pecuniam delent... » L. 19, *cod.*

Papinien. « Eandem rem apud duos pariter deposui... vel eandem rem duobus similiter commodavi... » L. 9 pr., *cod.*

African. « Mulier et Titius... ejusdem pecunie rei facti sunt... » L. 17 § 2, *Ad Sect. Vell.*, XVI, 1. Cf. L. 21 pr., *De cond. ind.*, XII, 6.

29. L. 9 § 1; L. 15, *De duob. reis*, XLV, 2.

Si on se place dans l'hypothèse où l'obligation corréale dérive d'une stipulation, il peut y avoir plusieurs interrogations ou plusieurs réponses (50) ; mais elles n'en constituent pas moins un seul et même acte, puisqu'elles doivent à peine de nullité se succéder sans interruption (51). Il y a donc là une stipulation unique et partant une cause unique (52). L'identité de cause se rencontre à plus forte raison dans les obligations corréales nées de contrats consensuels ou qui se forment *re*, puisque tout y dérive d'un même acte juridique.

L'identité des personnes seule semble faire défaut. Mais les Romains entendaient cette dernière condition d'une façon bien plus large que les deux autres ; il faut croire qu'ils s'étaient également départis ici de la rigueur des principes (53). Peut-être considéraient-ils le *correus credendi* qui avait agi ou le *correus debendi* poursuivi comme représentant dans une certaine mesure les autres créanciers ou les autres débiteurs. Le caractère indivis de la créance ou de la dette permet de le supposer ; en effet, chaque *correus* pouvait être regardé comme seul créancier ou seul débiteur (54).

Quoi qu'il en soit, l'unité de l'objet rend l'obligation corréale si parfaitement une, que son efficacité est épuisée, ainsi que le remarque Venuleius, par une première *deductio in iudicium* (55). C'est là une application de l'idée générale, qui servait aux jurisconsultes romains à déterminer dans quelle mesure les divers événements, qui atteignaient une obligation corréale, agissaient sur elle. Voici la règle telle que Pomponius la formule : tout événement relatif à l'objet de l'obligation exerce son influence sur l'obligation elle-même et la modifie ou l'ancartit ; au contraire, tout fait juridique, qui ne con-

50. L. 4, *eod.*

51. L. 6 § 5 ; L. 12 pr., *eod.*

52. Ulpian. « Ubi duo rei facti sunt... utique enim, quum una sit obligatio... » L. 3 § 1, *De duob. reis*, XLV, 2. Cf. L. 116, *De verb. obl.*, XLV, 1 ; L. 14, *Ratam rem*, XLVI, 8. — Steinlechner, *Das Wesen der Juris Communio*. I, p. 121.

53. Keller, *Civilpr.* § 73, tra 1. Capmas, p. 356, note 859.

54. Steinlechner, *op. cit.*, I, p. 153.

55. Venuleius. « Si duo rei stipulandi sint... Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere... » L. 31 § 1, *De nov.*, XLVI, 2.

cerne qu'une seule des personnes engagées n'a qu'un effet individuel (56). Or, la *litis contestatio* figure parmi les faits qui s'adressent à l'objet de l'obligation, ainsi que cela résulte de nombreux textes où la *litis contestatio* est mise sur la même ligne que le paiement et l'acceptilation, qui atteignent l'obligation dans son existence (57).

247. Quelques auteurs se refusent à admettre que l'identité de l'objet l'emporte ici sur la pluralité des personnes. Ils rattachent, comme nous, l'effet libératoire de la *litis contestatio* à l'idée de la consommation de l'action ; mais ils l'expliquent autrement. Ils supposent que l'obligation corréale une dans son principe donnerait naissance à plusieurs actions. Ces actions seraient des actions *de eadem re*, qui s'éteindraient toutes dès que l'une d'elles serait exercée (58). Il y aurait là quelque chose d'analogue à ce qui se produit dans les *actiones adjectitiæ qualitatis*.

Cette assimilation est loin d'être exacte : dans les obligations corréales, la situation de tous les *correi* est identique, tandis que, dans les *actiones adjectitiæ qualitatis*, les obligations respectives des divers intéressés ne sont point placées sur le même plan. Il est, en outre, difficile d'admettre la coexistence de plusieurs actions indépendantes, tant au profit des *correi* que contre eux ; ce serait, en effet, une grave atteinte portée à l'unité de l'obligation corréale, puisqu'il faudrait pour cela décomposer la stipulation unique qui donne naissance à l'obligation en autant de stipulations qu'il y aurait de parties. Paul, du reste, suppose expressément que plusieurs *correi stipulandi* n'ont à leur disposition qu'une seule et même action (59).

56. « Multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; quum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus. » L. 19, *De duob. reis*, XLV, 2.

57. LL. 2 et 5 § 1, *eod.*

58. Bekker, *Consumption*, p. 227 ; *Aktionen*, II, p. 516.

59. « Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Utpote plures sunt rei stipulandi... » L. 9 pr., *De pactis*, II, 14.

La loi 65, *De evict.* (XXI, 2), de Papinien, mentionne bien plusieurs actions ; mais elle se réfère à l'hypothèse spéciale d'une corréalité entre *covendeurs* : or,

248. L'explication que nous avons présentée de l'effet libératoire de la *litis contestatio*, et qui repose sur ce que l'on appelle parfois la théorie de l'unité de l'obligation corréale, a été l'objet de critiques très-vives (40). Si la libération des coobligés est, a-t-on dit, une conséquence de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, on ne s'explique guère que cet effet libératoire n'ait pas disparu de lui-même quand la *litis contestatio* a perdu toute influence sur le droit porté en justice, et qu'il ait fallu que Justinien le supprimât expressément en 531. Comment se peut-il, en outre, que la *litis contestatio* intervenue avec un seul des *correi* éteigne l'obligation de tous les autres, tandis qu'elle subsiste comme obligation naturelle à la charge de celui qui a été poursuivi ? Il serait logique dans la doctrine précédente, ajoute-t-on, de regarder les autres *correi* comme tenus naturellement. Or, il est bien certain que les Romains considéraient les *correi* non poursuivis comme déchargés de toute obligation même naturelle, puisque Gaius dit que le débiteur, qui paye un des *correi stipulandi* après avoir été déjà poursuivi par un autre, *nihil agit* (41).

Les auteurs, qui n'admettent point que la libération des *correi* soit une conséquence de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, rendent ainsi compte de l'influence exercée par la *litis contestatio* sur les obligations corréales.

Pour ces interprètes, ce qui caractérise l'obligation corréale, c'est qu'il n'y a pas à l'origine de titulaire de l'obligation. L'acte par lequel l'obligation se fixe activement ou passivement sur la tête d'un seul est la *litis contestatio*, qui constitue une sorte d'option analogue à celle que l'on rencontre dans les obligations alternatives (42). Cette assimilation de l'obligation corréale à une obligation alternative (*alternativa personarum*) explique pourquoi les poursuites dirigées par

ceux-ci pouvaient être poursuivis par l'action *empti* et par l'action *ex stipulatu*.

40. Fitting, *Correalobligationen* § 10, p. 61 et s.

41. L. 16, *De duob. reis*, XLV, 2.

42. Girtanner, *Bürgschaft*, p. 76 ; Fitting, *Correalobl.* § 55, p. 206.

un seul ou contre un seul des *correus* dépouillent les autres du droit d'agir ou les libère : la rétroactivité attachée à cette sorte d'option prouve qu'ils n'ont jamais été créanciers ou débiteurs. On conclut de là que le débiteur commun actionné par un autre *correus stipulandi* ou qu'un second *correus promittendi* n'a jamais besoin d'invoquer l'exception *rei in iudicium deductæ*, mais qu'il lui suffit de nier la réalité de l'*intentio* du demandeur (43).

Cette dernière proposition est formellement contredite par un passage de Scævola, qui, parlant de l'effet libératoire de la *litis contestatio*, déclare que le fidéjusseur est déchargé tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem* (44). Le *correus promittendi* ou le débiteur commun est dans la même situation que le fidéjusseur : il doit avoir besoin d'invoquer l'exception *rei in iudicium deductæ*, quand l'extinction ne s'est pas produite *ipso jure* (45). Quant à considérer l'obligation corréale comme une obligation alternative, cette manière de voir pourrait se comprendre lorsqu'elle découle d'un testament ; mais dans le cas normal, où elle procède d'une stipulation, cette notion est aussi incompatible avec les formules employées par les parties qu'avec les termes dont se servent les jurisconsultes romains en cette matière. Si quelques textes contiennent les mots *electio*, *eligere* (46), ils indiquent simplement la faculté qu'a le créancier de choisir celui des *correus promittendi* sur lequel il veut faire tomber la charge de la dette et rien de plus.

Après avoir montré combien la doctrine qui considère l'obligation corréale comme une obligation *alternativa personarum* était peu fondée, il n'est pas difficile de répondre aux objections qui ont été faites à la théorie de l'unité.

43. Fitting, *Correalobl.* § 54, p. 208 et 215.

44. « Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit ; quum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum. » L. 60, *De fid.*, XLVI, 1. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 94.

45. L. 7 § 1, *De exc.*, XLIV, 1. — Pour écarter l'argument d'analogie qu'on tire de ce texte, Fitting suppose qu'il s'applique à des cas où il s'agit de la fonction positive de l'exception *rei iudicatæ*. *Correalobl.* § 54, p. 212.

46. Paul. *Sent.*, II, 18 § 15. L. 5, C. *De duob. reis*, VIII, 40 ; L. 28, C. *De fid.*, VIII, 41.

On s'étonne que ce vestige de la procédure formulaire ait survécu si longtemps à sa disparition et que Justinien ait été obligé de l'abroger par une disposition formelle. Mais on oublie que cet empereur, ainsi qu'il le dit lui-même, ne fait que consacrer une abrogation déjà depuis longtemps réalisée dans la pratique à l'aide de conventions, qui auraient été nulles sous le système formulaire, mais qui étaient devenues efficaces depuis sa suppression (47).

Quant à l'objection tirée de ce qu'une obligation naturelle devrait subsister à la charge des *correi promittendi* libérés, elle aurait quelque valeur si les obligations naturelles n'appartenaient pas au domaine du droit prétorien. Le préteur n'avait aucun motif pour admettre ici l'existence d'une obligation naturelle; l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne présentait rien de rigoureux, puisqu'il dépendait du créancier de voir quel était celui des débiteurs contre lequel des poursuites seraient le plus efficace (48).

249. Les principes anciens sur l'effet extinctif de la *litis contestatio* en matière d'obligations corréales se trouvent encore affirmés, à la veille de la disparition de la procédure formulaire, dans deux rescrits de Dioclétien et de Maximien, dont l'un est de 287 (49) et l'autre se place entre 295 et 304 (50); mais leur application dut être de plus en plus écartée dans la pratique par des conventions contraires et ils étaient vraisemblablement hors d'usage, quand Justinien les abrogea formellement en 521. Il décida qu'à l'avenir la demande formée contre un seul des *correi promittendi* laisserait subsister l'obligation des autres et ne paralyserait en rien les droits du créancier (51).

250. Doit-on conclure du silence de Justinien que l'effet

47. Demangeat, *Des obligations solidaires*, p. 79.

48. Krüger, *Consumtion*, p. 95, note 4.

49. L. 2, C. *De duob. reis*, VIII, 40.

50. L. 5, C. *eod.*

51. « Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. » L. 28, C. *De fid.*, VIII, 41.

extinctif de la *litis contestatio* n'ait cessé qu'en matière de corréalité passive et que les poursuites exercées par un seul des *correi stipulandi* continuent encore à éteindre le droit des autres ?

Nous croyons, avec plusieurs auteurs, que l'on ne saurait ainsi tirer un argument *a contrario* de la constitution de Justinien (52). Du moment où la règle *Bis de eadem re ne sit actio* était tombée en désuétude, il était naturel que la *litis contestatio* intervenue entre le débiteur commun et l'un des *correi stipulandi* n'anéantît plus la créance des autres. Sans doute quelques textes du Digeste semblent encore reconnaître à un seul des *correi stipulandi* le droit d'éteindre l'obligation tout entière par des poursuites judiciaires (53) ; mais pour que cette considération fût décisive, il faudrait que tous les passages relatifs à la corréalité passive eussent été remaniés, tandis que les fragments qui concernaient la corréalité active fussent restés intacts ; or si quelques textes relatifs à la corréalité passive ont été retouchés (54), beaucoup d'autres heureusement nous ont transmis la doctrine ancienne (55). On ne saurait donc, si l'on tient compte du défaut de méthode, qui a présidé au travail de Tribonien et de ses collègues, tirer de conclusions certaines de la présence dans le Digeste de textes, qui semblent consacrer le principe ancien de l'extinction de l'obligation corréale par les poursuites d'un seul des créanciers. Quant à l'assimilation qu'on prétend établir entre les effets du paiement et ceux de la *litis contestatio*, en supposant qu'elle fût encore vraie en 529, ce qui est fort douteux, elle paraît avoir été abandonnée ; car les Institutes publiées quelques années plus tard ne mention-

52. Savigny, *Oblig.* § 19, I, p. 185, note *f*. *Contra* Vangerow, *Pandekten* § 575, III, p. 92. Puchta, *Pandekten* § 255, II, p. 561, note *g* ; Demangeat, *Des obligations solidaires*, p. 84 ; Accarias, *Précis*, II, p. 521, note 2.

53. LL. 2 et 16, *De duob. reis*, XLV, 2 ; L. 51 § 1, *De nov.*, XLVI, 2.

54. L. 8 § 1, *De leg. I.*, XXX, où les mots *et solutum* ont été ajoutés.

55. L. 2, *De duob. reis*, XLV, 2. Ce texte est important, parce qu'il s'applique à la fois aux *correi stipulandi* et aux *correi promittendi*. Quant à la L. 57 § 1, *De solut.*, XLVI, 5, elle est relative à un *adjectus solutionis gratia*. Cf. Savigny, *loc. cit.*

ment qu'un seul fait extinctif, dont l'influence se fasse ainsi sentir à l'égard des autres *correi stipulandi*, c'est le paiement (56). En outre dans ce paragraphe des Institutes la corréalité active et la corréalité passive sont exactement mises sur la même ligne.

251. Quand Théodose II eut introduit la prescription extinctive des actions personnelles, on se demanda si interrompue du chef de l'un des *correi stipulandi* ou à l'égard de l'un des *correi promittendi*, elle devait l'être à l'égard de tous. Justinien, en 551, mit fin à la controverse qui s'était élevée sur ce point en décidant que l'interruption profiterait ou nuirait aux autres intéressés (57). A cette époque, il est vrai, la *litis contestatio* n'avait plus conservé le privilège d'interrompre la prescription.

§ 2. *Influence de la litis contestatio sur les obligations solidaires et les obligations indivisibles.* — A. *Obligations solidaires.*

252. A côté des obligations corréales se placent deux classes d'obligations qui ont avec elles une grande affinité, les obligations solidaires d'une part et les obligations indivisibles d'autre part.

L'obligation solidaire, comme l'obligation corréale, suppose plusieurs débiteurs dont chacun peut être poursuivi pour le tout et qui sont libérés par le paiement fait par un seul d'entre eux. Tel est le cas de plusieurs personnes obligées en vertu d'un même contrat de bonne foi (58), louage (59),

56. « In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat. » Inst., *De duob. reis*, III, 16 § 1. Cf. Theophili *Paraphrasis*, éd. Reitz, II, p. 653.

57. L. 5, C. *De duob. reis*, VIII, 40.

58. Il faut supposer, bien entendu, qu'un pacte adjoint *in continenti* n'a pas transformé les débiteurs en *correi promittendi*.

59. L. 47, *Loc. cond.*, XIX, 2.

dépôt (60), commodat (61), mandat (62), ou de plusieurs tuteurs (65). Il y a encore solidarité entre les *socii delicti*, qu'il s'agisse de voleurs soumis à la *condictio furtiva* (64), ou de personnes poursuivies soit par l'action *de effusis et dejectis* (65), soit par l'action *quod metus causa* (66) en réparation d'un délit commun.

255. Si l'obligation solidaire se rapproche beaucoup de l'obligation corréale, elle s'en distingue nettement au point de vue qui nous occupe : la *litis contestatio* intervenue avec un seul des débiteurs solidaires ne libère point les autres (67). Les jurisconsultes romains réduisent ici à de justes proportions l'idée de l'unité de l'objet, qui est prépondérante dans l'obligation corréale, et ils tiennent compte de la pluralité des personnes engagées. D'ailleurs l'obligation solidaire se développa à une époque où on sentait tous les inconvénients de l'effet extinctif attaché à la *litis contestatio*. Cette espèce d'obligation était destinée à donner au créancier des garanties plus efficaces ; il était naturel qu'on ne reconnût plus à la *litis contestatio* le droit d'éteindre le droit du créancier et qu'on décidât que celui-ci ne serait dépouillé de sa créance que par le paiement (68).

60. L. 1 § 45, *Depositum*, XVI, 5.

61. L. 5 § 15, *Commodati*, XIII, 6.

62. L. 60 § 2, *Mandati*, XVII, 1.

65. L. 15, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5. — L. 2, C. *De divid. tut.*, V, 3.

64. L. 1, C. *De cond. furt.*, IV, 8.

65. L. 1 § 10, *De eff. et dej.*, IX, 5.

66. L. 14 § 15, *Quod. met. causa*, IV, 2.

67. *Julien.* « Ex duobus tutoribus, si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur. » L. 18 § 1, *De adm. et per.*, XXVI, 7.

Ulpien. « Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur ; non enim electione, sed solutione liberantur. » L. 1 § 45, *Depositum*, XVI, 5. L. 5, C. *De divid. tut.*, V, 52.

Cf. Ribbentrop, *Correalobligationen*, p. 154 et 260 ; Savigny, *Oblig.*, § 20, I, p. 202 ; Bekker, *Consumption*, p. 218 ; Demangeat, *Des obligations solidaires*, p. 97 et 208 ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 474 ; Accarias, *Précis*, II, p. 555.

68. *Ulpien.* « Quod si conventus alter [tutor] præstitisset, proficiet id, quod præstitit, ei, qui conventus non est ; licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, quibus res commodata est vel deposita, quibusque mandatum est. » L. 15, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5. Cf. LL. 5 et 4, *De eff. et dej.*, IX, 5 ; L. 11 pr., *Si mens. fals.*, XI, 6 ; L. 5 § 15, *Commodati*.

Le créancier peut donc poursuivre successivement tous les débiteurs jusqu'à ce qu'il ait reçu une satisfaction complète (69). Il lui est loisible, s'il le préfère, de les actionner devant un même *judex* et par une seule et même formule. Cette manière de procéder est même de rigueur, quand les débiteurs solidaires sont des cotuteurs et que l'un d'eux le requiert (70).

254. Quelques auteurs n'admettent point que l'on distingue entre les obligations corréales et les obligations solidaires (71). Ils ne considèrent point l'absence d'effet libératoire de la *litis contestatio* comme le trait caractéristique de cette dernière classe d'obligations. Ils reconnaissent que dans certaines hypothèses la *litis contestatio* intervenue avec l'un des débiteurs ne décharge pas les autres ; mais cette particularité s'explique, selon eux, par la diversité qui régnait dans les effets de la *litis contestatio*, sans qu'il soit besoin d'établir une distinction entre deux classes d'obligations. Si l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne se produit pas à l'égard de tous les dépositaires ou de tous les commodataires, quand un seul d'entre eux est actionné, cela tient à ce que le créancier se servait d'une formule *in factum*. Ce système doit être rejeté parce qu'il conduirait à entendre l'expression *liberari* au sens d'une libération *ipso jure*, tandis que les Romains, comme on l'a vu plus haut, appliquaient ce mot aussi bien à l'hypothèse d'une extinction directe qu'à celle d'une extinction *per exceptionem* (72).

XIII, 6; L. 1 § 45, *Depositum*, XVI, 5; L. 7 § 4, *Quod falso tut.*, XXVII, 6; L. 52 § 5, *De fid.*, XLVI, 1.

69. *Paul.* « Et ideo, si nihil, aut non totum servatum sit, in reliquos [falsos tutores] non denegandam in id, quod deest, Sabinus respondit. » L. 8, *Quod falso tut.*, XXVII, 6.

70. L. 2, *De quib. reb. ad eund. jud.*, XI, 2; L. 5, *C. Arbitr. tut.*, V, 5.

71. Maynz, *Cours*, p. 77.

72. *Scævola.* « ... Fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum. » L. 60, *De fid.*, XLVI, 1.

On écarte d'autres textes, sous prétexte qu'il sont interpolés : tel est le cas d'un rescrit de Dioclétien et de Maximien (294-305), relatif à la *condictio furtiva*, où on efface arbitrairement les mots : *si ab uno satisfactum fuerit*, (L. 1, *C. De cond. furt.*, IV, 8), bien qu'Ulprien emploie les mêmes expressions en matière de tutelle : *sufficit unum satisfacere* (L. 15, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5).

B. — *Obligations indivisibles.*

255. La corréalité passive et la solidarité présentent des traits communs ; mais l'analogie est encore plus frappante entre l'obligation corréale et l'obligation indivisible, parce qu'elle existe ici tant au point de vue actif qu'au point de vue passif.

Lorsqu'il n'y a en présence qu'un seul créancier ou un seul débiteur, l'indivisibilité n'a d'autre intérêt que d'empêcher des poursuites pour partie. Il en est tout autrement quand il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. Le cas le plus fréquent se présente quand le créancier ou le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers ; mais l'obligation peut aussi présenter ce caractère indivisible dès sa naissance.

Les poursuites ne peuvent jamais s'exercer que pour le tout. Les créanciers ont le droit d'agir tous ensemble, de même que tous les débiteurs peuvent être mis en cause en même temps, et alors l'effet extinctif de la *litis contestatio* reçoit son application naturelle (75). Mais ce procédé présentait des difficultés dans la pratique ; bien qu'atténués souvent par la constitution d'un *procurator* commun (74), ces inconvénients firent admettre de fort bonne heure la possibilité de poursuites individuelles *in solidum*.

Il convient de rechercher quelle est l'influence de ces poursuites sur l'obligation indivisible.

256. Chacun des créanciers d'une prestation indivisible a le droit d'en réclamer l'exécution pour le tout (75), mais en agissant ainsi, consomme-t-il l'obligation tout] entière et enlève-t-il aux autres créanciers le droit d'agir ultérieurement ?

75. L. 1 § 44, *Depositum*, XVI, 5. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 471 ; Maynz, *Cours*, II, p. 112.

74. L. 5 § 7, *Jud. solvi*, XLVI, 7.

75. Obligation indivisible à l'origine : L. 19, *De servit. præd. rust.*, VIII, 5. Héritie > : L. 17, *De servit.*, VIII, 1 ; L. 25 § 9, *Fam. erc.*, X, 2 ; L. 2 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1.

Plusieurs auteurs attribuent à la *litis contestatio* son effet extinctif ordinaire en matière d'obligations indivisibles. Ils sont seulement en désaccord sur les moyens employés pour venir en aide aux créanciers non poursuivants. Les uns supposent qu'on leur accordait une *restitutio in integrum* (76); les autres que celui, qui agissait le premier, devait placer en tête de la formule une *præscriptio* (77).

On fait remarquer, à l'appui de cette opinion, que dans toutes les formules d'action, dont peut se servir l'un des créanciers d'une obligation indivisible, l'*intentio* porte sur l'objet entier de cette obligation. Mais cette raison ne nous semble pas décisive. En effet l'influence exercée par la poursuite d'un seul créancier sur les droits des autres était chose trop grave pour que les Romains l'aient admise par de simples raisons de forme, à une époque surtout où les jurisconsultes commençaient à se moins préoccuper de la forme que du fond des choses, quand il s'agissait d'apprécier s'il y avait eu ou non *deductio in iudicium*. En outre il ne faut pas oublier que la demande, à défaut d'une exécution en nature forcément intégrale, ne doit aboutir qu'à une condamnation dans la mesure de l'intérêt personnel du réclamant (78). En se plaçant à ce point de vue, il est permis de douter que les Romains aient regardé les droits de plusieurs créanciers d'une dette indivisible comme *eadem res* (79). Enfin Gaius et Ulpien astreignent le créancier, qui reçoit plus que sa part, à fournir une caution destinée à garantir le débiteur contre toute poursuite ultérieure de la part des autres créanciers (80). Cette exigence ne se concevrait pas, si on les supposait dépouillés du droit d'agir par le seul effet de la *litis con-*

76. Ribbentrop, *Correalobligationen*, p. 185 et 240.

77. Savigny, *Oblig.* § 55, I, p. 571; Accarias, *Précis*, p. 251, note 1.

Cette *præscriptio* aurait été ainsi conçue :

EA RES AGATUR QUOD SEI INTEREST.

78. Paul. « Sed verius est, non venire eam [stipulationem viæ] in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non præstetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet. » L. 25 § 9, *Fam. etc.*, X, 2. Cf. L. 1 § 44, *Depositum*, XVI, 5.

79. Ubbelohde, *Untheilbare Obligationen*, p. 265.

80. L. 1 §§ 56 et 57, *Depositum*, XVI, 5; L. 14, *eod.*

testatio intervenue entre le débiteur commun et leur cocréancier.

257. Quant à l'emploi d'une *præscriptio* dans cette hypothèse, les textes n'en parlent point et d'ailleurs elle n'était pas nécessaire : chaque créancier ayant droit au tout, il pouvait ne faire figurer que son nom dans l'*intentio* (81) : il laissait ainsi aux autres créanciers le droit d'agir en leur nom.

258. A l'inverse, chacun des débiteurs d'une obligation indivisible peut être poursuivi pour le tout (82). Il y a des auteurs qui appliquent ici les mêmes règles qu'en matière de corréalité passive et ils admettent que tous les droits sont consommés, dès qu'un seul a été porté en justice (85). Ils se fondent surtout sur l'identité, qui existerait entre la formule d'action à l'aide de laquelle on eût pu agir contre le débiteur originaire et celle qui sera délivrée contre chacun de ses héritiers ; mais cette identité, qui n'est pas aussi absolue qu'on le suppose, n'implique pas du tout l'identité des obligations.

Cette doctrine ne paraît pas avoir été celle des jurisconsultes romains (84), qui disent expressément que les débiteurs d'une obligation indivisible ne sont libérés que par l'exécution en nature ou par le paiement intégral de la *litis æstimatio* (85) ; ils excluent ainsi implicitement la *litis contestatio* du nombre des modes d'extinction de l'obligation indivisible. La question du reste ne devait guère présenter

81. *Scævola*. « Si duo rei sint stipulandi, et alter alterum heredem scripsit, videndum an confundatur obligatio. Placet, non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod si intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres extitit, vel ideo, quod proprio nomine ei deberetur. » L. 95 pr., *De solut.*, XLVI, 5.

82. *Paul*. « Secunda ad opus, quod testator fieri jusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. » L. 85 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1.

Pomponius. « Si promissor [vive] decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est. » L. 17, *De serv.*, VIII, 1. Cf. L. 25 § 10, *Fam. erc.*, X, 2 ; L. 11 § 25, *De leg. III*, XXXII ; L. 80 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2.

85. Ribbentrop, *Correalobligationen*, p. 25 ; Savigny, *Oblig.* § 54, I, p. 567.

84. Cf. Ubbelohde, *op. cit.*, p. 266.

85. L. 1 § 56, *Deposit.*, XVI, 5 ; L. 2 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1 ; L. 81 § 1, *De solut.*, XLVI, 5.

d'intérêt dans la pratique : le débiteur d'une obligation indivisible poursuivi avait le droit, aux termes d'un rescrit de Marc-Aurèle et de Lucius Verus, d'obtenir un délai afin de mettre en cause ses codébiteurs (86); on arrivait ainsi presque toujours à une exécution en nature ou à une condamnation pour le tout qui éteignait le droit du créancier.

259. On doit donc conclure que les Romains traitaient l'obligation indivisible à certains égards comme l'obligation solidaire et qu'ils refusaient ici à la *litis contestatio* son effet extinctif ordinaire. Il existait néanmoins entre les divers titulaires d'une obligation indivisible un certain lien; ce qui permet de leur appliquer la constitution par laquelle Justinien décide que la prescription interrompue par un seul de plusieurs créanciers ou contre un seul de plusieurs débiteurs serait réputée l'être à l'égard de tous (87).

SECTION III.

EFFETS DE LA *LITIS CONTESTATIO* EN MATIÈRE DE CAUTIONNEMENT.

260. Le cautionnement est avec la corréalité une des parties du droit romain où la *litis contestatio* a le plus longtemps fait sentir son influence. Cicéron dans une de ses lettres à Atticus fait allusion à cet effet extinctif de la *litis contestatio* en matière d'*adpromissio* (88), et sa persistance nous est attestée par un document de six cents ans postérieur, la constitution de Justinien de 551.

Dès qu'il y a eu *litis contestatio* entre le créancier et le débiteur principal toute action contre les *adpromissores* est éteinte (89). A l'inverse, quand un *adpromissor* est poursuivi,

86. L. 11 §§ 25 et 24, *De leg. III*^o, XXXII.

87. L. 5, C. *De duob. reis*, VIII, 40.

88. *Ad Atticum*, XVI, 15.

89. Cic. *Ad Att.*, XVI, 15. — L. 21 § 4, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2; L. 15, *De fid.*, XLVI, 1; L. 1, *Ratam rem*, XLVI, 8. — L. 2, C. *De fid. tut.*, V, 57; L. 15, C. *De fid.*, VIII, 41.

Paul. *Sent.*, II, 17 § 16. Les mots *et solventes* ont été ajoutés dans ces deux dernières constitutions par les commissaires de Justinien. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 437, note 5.

il ne peut plus être intenté d'action ni contre 'le débiteur principal (90), ni contre d'autres *adpromissores* (91).

261. La règle formulée en ces termes généraux ne serait pas toujours vraie. A l'égard des *sponsores* et des *fidepromissores*, il faut tenir compte des dispositions de la loi *Furia de sponsu*, en vertu de laquelle ils n'étaient plus tenus que pour une part virile (92); dès lors les poursuites dirigées contre un *sponsor* ou un *fidepromissor* ne libéraient le débiteur principal ou les autres cautions que jusqu'à concurrence de la part du *sponsor* ou du *fidepromissor* actionné. Mais la loi *Furia* n'était appliquée qu'en Italie; dans les provinces, les anciens principes étaient restés en vigueur (95): les *sponsores* et les *fidepromissores* pouvaient donc y être poursuivis pour le tout. Toutefois depuis Hadrien, le créancier qui avait reçu plusieurs cautions devait, s'il intentait une *actio certa*, en restreindre l'*intentio* à la part du *sponsor*, du *fidepromissor* ou du fidéjusseur poursuivi.

Il n'est pas douteux que la libération des *adpromissores* ne soit une conséquence de l'effet extinctif de la *litis contestatio*; le langage de Cicéron et de Justinien est très explicite sur ce point (94). Mais il est difficile de se rendre compte des motifs qui ont fait admettre une extinction réciproque des obligations du débiteur principal et des *adpromissores*.

262. Il ne faut pas chercher l'explication de ce fait dans des raisons de forme tirées de la rédaction des formules employées contre les *adpromissores*. Elle ne nous sont d'ailleurs que très imparfaitement connues. Gaius rapporte bien une *præscriptio* spéciale à l'action contre le *sponsor* ou le fidé-

90. L. 28, C. *De fid.*, VIII, 41.

91. L. 7, *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7. — L. 28, C. *De fid.*, VIII, 41.

92. Gaius, III, 121.

95. Gaius, III, 121 et 122.

94. « Possumus enim, ut sponsores non appellentur procuratores introducere: neque enim illi litem contestabuntur, quo facto non sum nescius sponsores liberari. » Cic. *Ad Att.*, XVI, 15.

Justinien. 551. « Generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum, fidejussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfactum sit creditori, sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniæ persolvantur vel alio modo ei satisfiat. » L. 28, *De fid.*, VIII, 41.

jusseur ; mais on ne peut supposer que ce soit là la seule modification subie par la formule et qu'elle ait eu même *intentio* que l'action contre le débiteur principal (95).

Il n'y avait en effet aucune raison de faire figurer le nom du débiteur principal dans l'*intentio* comme dans les *actiones adjectitiæ qualitatis*.

L'obligation du père, du maître ou du préposant étant d'origine prétorienne, ne pouvait trouver place dans l'*intentio*, tandis que l'obligation de la caution dérivait d'une stipulation et était purement civile ; il n'y avait donc pas besoin de recourir à des détours pour faire valoir contre celle-ci son obligation. En outre, si l'action contre l'*adpromissor* et l'action contre le débiteur principal eussent eu même *intentio*, on ne concevrait pas que les jurisconsultes romains pussent distinguer entre le cas où le fidéjusseur était poursuivi en son propre nom et celui où il l'était en qualité de *procurator* du débiteur principal (96), puisque la formule devrait être conçue de la même manière dans les deux cas. Enfin quand le créancier investi d'une *actio certa* agissait contre un de plusieurs fidéjusseurs, il devait depuis Hadrien diviser son action ; or, cette restriction portait ici sur l'*intentio*, qui devenait ainsi différente de l'*intentio* de l'action contre le débiteur principal.

265. Les raisons de forme étant insuffisantes à expliquer ici l'effet libératoire de la *litis contestatio*, on en a cherché la cause dans le caractère accessoire des *adpromissiones*. On le rencontre bien dans la *sponsio* et dans la *fidepromissio* ; mais on le retrouve à un moindre degré dans la fidéjussion (97),

95. Bekker, *Consumption*, p. 552.

96. L. 65 § 1, *Pro socio*, XVII, 2. — Keller (*Litis Cont.*, p. 441) se fonde en outre sur le fait que le *sponsor* pouvait accéder à une obligation nulle, le fidéjusseur à une obligation naturelle, et que dans ces hypothèses l'*intentio* ne saurait mentionner l'obligation du débiteur principal. Mais le prêteur ne pouvait-il pas avoir recours ici à une fiction comme dans les *actiones adjectitiæ qualitatis*. Cf. L. 12 § 1, *De duob. reis*, XLV, 2.

97. *Sævola*. « Sed et si reus heredem fidejussorem scripserit, non confunditur obligatio ; et quasi generale quid retinendum est, ut, ubi ei obligationi, quæ sequelæ locum obtinet, principalis accedit... » L. 95 § 2, *De solut.*, XLVI, 5.

qui est à certains égards considérée comme une obligation indépendante et en quelque sorte principale (98). Or, c'est en matière de fidejussion que l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'est fait sentir le plus longtemps et avec le plus d'énergie. L'idée d'obligation accessoire est donc insuffisante pour expliquer ce fait. D'ailleurs, en supposant même qu'on puisse, à ce point de vue, s'en rendre compte, l'explication serait toujours incomplète, puisqu'elle ne s'appliquerait qu'à la libération des *adpromissores* par les poursuites dirigées contre le débiteur principal sans rendre raison des effets de l'action intentée contre un des *adpromissores* à l'égard des autres ou du débiteur principal. Il est tout naturel que les événements, qui atteignent l'obligation principale dans son existence, réagissent sur l'obligation accessoire ; on conçoit moins bien que l'extinction de cette dernière puisse exercer quelque influence sur la dette principale (99).

264. Une autre explication rattache l'effet libératoire de la *litis contestatio* à un rapport de corréalité qui existerait entre les divers *adpromissores* et le débiteur principal (100). Mais les textes semblent bien ne pas mettre sur la même ligne le débiteur principal et l'*adpromissor*, comme ils le font pour les *correi promittendi* (101). Il arrive en outre souvent aux jurisconsultes romains de comparer entre elles ces deux classes de coobligés. Enfin si un rapport de corréalité eût été toujours sous-entendu entre le débiteur principal et les *adpromissores*,

98. *Ulpien.* « Fidejussor et ipse obligatur, et heredem obligatum relinquit, quum rei locum obtineat. » L. 4 § 1. *De fid.*, XLVI, 1.

Bekker, *Consumption*, p. 205 et 206 ; Appleton, *Etude sur les sponsores, les fidepromissores et les fidejussores* (*Rev. de législation*, 1876, p. 566).

99. Nous n'insisterons pas sur une objection qui a été faite contre cette première explication. La *litis contestatio*, a-t-on dit, laisse subsister une obligation naturelle ; or une obligation naturelle peut être garantie par un fidejussor ; si donc une fidejussion peut accéder dès l'origine à une obligation naturelle, pourquoi ne serait-elle pas maintenue, quand l'obligation qu'elle garantit de civile est devenue prétorienne ? Cette objection n'est pas décisive, parce que la persistance d'une obligation naturelle est un tempérament d'équité introduit par le préteur, qui était dès lors maître de lui attribuer tels effets qu'il jugeait bon. Cf. Girtanner, *Bürgschaft*, p. 74.

100. Keller, *Litis Cont.*, p. 150.

101. *Julien.* « Si reus et fidejussor solverint pariter, in hac causa non differunt a duobus reis promittendi. » L. 20. *De cond. ind.*, XII, 6.

on ne s'expliquerait pas qu'il eût été nécessaire de l'établir expressément pour échapper aux dispositions de la loi Cornelia encore en vigueur du temps de Gaius (102).

265. L'effet libératoire de la *litis contestatio* en matière d'*adpromissio* tient, selon nous, à ce que les Romains considéraient les actions contre le débiteur principal et contre les *adpromissores* comme des actions *de eadem re* (103). A l'origine, quand la règle *Bis de eadem re ne sit actio* exigeait pour son application une certaine identité de forme, ils s'efforcent de rapprocher autant que possible les formules données contre l'*adpromissor* et contre le débiteur principal. C'est pour cela que le *sponsor* et le *fidepromissor* ne peuvent accéder qu'à des obligations verbales (104) ; l'action contre l'*adpromissor* étant toujours fondée sur une stipulation, il fallait bien que l'action contre le débiteur fut créée *verbis*.

Quand la fidéjussion, qui pouvait garantir toute espèce d'obligation, se fut introduite, on ne dut plus songer à une assimilation même lointaine des actions contre le débiteur principal et contre l'*adpromissor*. On s'était, il est vrai, peu à peu dégagé des préoccupations formalistes, qui avaient présidé longtemps à l'application de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*, et on en était venu à considérer comme actions *de eadem re* des actions qui présentaient des formules différentes, pourvu qu'elles réunissent d'ailleurs les conditions de fond exigées. Ces conditions ne sont pas toutes remplies ; ainsi l'identité de cause et l'identité de personnes font défaut ; mais l'identité d'objet se rencontre ici dans toute sa force. Toute *adpromissio* doit avoir même objet que la dette principale. Cela résulte de la teneur même des formules par lesquelles s'engageaient les *adpromissores* : *IDEM DARI SPONDES, IDEM FIDEPROMITTIS, IDEM FIDE TVA ESSE IVBES* (105). C'est ce qu'indique encore la nullité dont est frappée l'obligation du fidéjusseur

102. Gaius, III, 121. — L. 4, C. *De duob. reis*, VIII, 40. Cf. Appleton, *op. cit.*, p. 562.

103. Cf. L. 18 § 5, *De const. pec.*, XIII, 5.

104. Gaius, III, 119. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 191.

105. Gaius, III, 116.

contractée *in durio rem causam* (106). Cette identité de l'objet, qui est si rigoureusement exigée pour la validité des *adpromissiones*, est aussi une des conditions de l'application de la règle ; elle prend en matière de cautionnement une influence prépondérante, si bien qu'on ne tient presque plus compte de la pluralité des obligations en ce qui touche l'effet extinctif de la *litis contestatio*. L'obligation du débiteur principal et celle des *adpromissores* ayant un objet identique, on s'explique que l'influence de la *litis contestatio* puisse s'étendre d'une obligation à l'autre.

266. Les principes anciens sur l'effet extinctif de la *litis contestatio* en matière d'*adpromissio* avaient de graves inconvénients : ils mettaient à la charge du créancier l'insolvabilité de celui des débiteurs principaux ou accessoires, qu'il avait poursuivi, sans lui assurer aucun recours contre les autres. Dans la pratique, on remédiait à ce danger par des conventions spéciales. Enfin Justinien, en 551, dépouilla la *litis contestatio* de son effet libératoire et décida que le créancier conserverait son droit intact jusqu'à parfait paiement (107).

267. A côté de l'*adpromissio*, qui n'était plus représentée à la fin de l'époque classique que par la fidéjussion, on trouve des formes plus larges de cautionnement, le *mandatum pecuniae credendae* et le *constitut*. Le trait caractéristique de ces deux modes de cautionnement est qu'ils sont soustraits à l'influence de la *litis contestatio* et qu'ils assurent ainsi au créancier des garanties plus solides.

268. Les poursuites dirigées contre le débiteur principal ne libèrent pas plus le *mandator pecuniae credendae* que l'action intentée contre ce dernier ne décharge le débiteur principal (108) ou les autres *mandatores* (109). C'est une consé-

106. L. 8 §§ 7 et 8 ; L. 16 § 1 ; L. 54 ; L. 49 § 2 ; L. 70 § 1, *De fid.*, XLVI, 1.

107. L. 28, C. *De fid.*, VIII, 41.

108. *Paul.* « Quamvis enim, iudicio convento principali debitore, mandator non liberetur... » L. 71 pr., *De fid.*, XLVI, 1. Cf. L. 15, *cod.* ; L. 27 § 5, *Mandati*, XVII, 2 ; L. 95 § 10, *De solut.*, XLVI, 5. — *Paul. Sent.*, II, 17 § 16.

109. *Papinien.* « Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus

quence naturelle de la forme employée pour ce genre de cautionnement : le *mandator* est tenu d'après les principes généraux du contrat de mandat à indemniser le mandataire, dans l'espèce le créancier, de tout le préjudice qui a pu résulter pour lui de l'exécution du mandat. Son obligation n'a donc pas même objet que la dette principale ; ce qui exclut toute influence réciproque de ces diverses obligations l'une sur l'autre.

269. Le caractère indépendant du cautionnement se présentait d'une façon moins accentuée dans le *constitut*. Aussi Ulpien nous apprend-il qu'on s'était demandé s'il ne fallait point conserver ici à la *litis contestatio* son effet ordinaire ; mais cette opinion n'avait pas prévalu et, du temps d'Ulpien, on ne reconnaissait à la *litis contestatio* aucune influence en matière de *constitut* (110).

judicio eligatur, absolute quoque secuta non liberantur... » L. 52 § 5, *De fid.*, XLVI, 1.

Justinien. 551. « Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur... » L. 28, C. *De fid.*, VIII, 41. Cf. Girtanner, *Bürgschaft*, p. 71.

110. *Ulpien.* « Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione [de constituta pecunia] egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit. » L. 18 § 5, *De pec. const.*, XIII, 5.

CHAPITRE XII.

De la rescision des effets de la *LITIS CONTESTATIO* et de leur extinction par suite de la péremption de l'instance.

270. Les effets principaux de la *litis contestatio* sont l'extinction du droit porté en justice et la création d'un droit nouveau, qui vient prendre sa place. Ces deux effets ont une durée très différente. Le premier est perpétuel et s'oppose à tout renouvellement de l'action intentée, tant qu'une rescision ne le fait pas disparaître. Le second au contraire cesse, ainsi que tous les autres effets de la *litis contestatio* destinés à amener une condamnation, dès que ce résultat est atteint et qu'une sentence est rendue. Dans certains cas cependant l'effet obligatoire de la *litis contestatio* peut prendre fin auparavant par suite d'une rescision ou de la péremption de l'instance.

On va examiner dans les deux sections de ce chapitre les hypothèses exceptionnelles, où les effets de la *litis contestatio* cessent de se produire en l'absence de tout jugement : ce qui a lieu en cas de rescision et de péremption de l'instance.

SECTION PREMIÈRE.

RESCISION DES EFFETS DE LA *LITIS CONTESTATIO*.

271. La *litis contestatio* fait subir des transformations considérables au droit porté en justice. Lorsque de ces change-

ments il résulte une lésion pour l'une des parties (1), celle-ci peut, s'il y a des motifs sérieux, obtenir le rétablissement de l'ancien état de choses, grâce à l'intervention du préteur ou de tout autre magistrat revêtu de l'*imperium*. Le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* est un principe de droit strict, qui peut avoir des conséquences très rigoureuses. Ces résultats peu équitables se présentent toutes les fois que l'action intentée n'aboutit pas à une condamnation ou n'aboutit qu'à une condamnation dont le chiffre est inférieur au montant des droits du demandeur. Si l'on peut quelquefois reprocher à ce dernier une négligence, il y a bien des cas où il ne lui eût pas été possible de faire insérer dans la formule une *praescriptio* destinée à limiter la portée de son action et à lui assurer la faculté de la renouveler. En outre l'application rigoureuse de la règle de l'effet extinctif de la *litis contestatio* était fort gênante dans la pratique, puisqu'elle rendait impossible toute cession d'action postérieure à la *litis contestatio* intervenue entre le créancier et le coobligé poursuivi. Si l'extinction opérée par la *deductio in iudicium* pouvait être très préjudiciable au demandeur, il arrivait quelquefois que la naissance de l'obligation engendrée par la *litis contestatio* causât un grave préjudice au défendeur, qui avait accepté une *formula iniqua*.

272. Pendant longtemps il n'y eut point de remède à ces conséquences iniques des principes admis en matière de *litis contestatio*; mais quand l'équité commença à prévaloir dans toutes les parties du droit romain, le préteur fut conduit à rescinder dans bien des cas les effets de la *litis contestatio*. Cette réforme, qui se produisit d'abord en faveur du défendeur (2), se fit peu à peu et il est impossible d'en suivre la marche (3). Il semble cependant que le développement de cette

1. Ulpien. « Sed et in iudiciis subvenitur sive dum agit, sive dum convenitur, captus sit. » L. 7 § 4, *De min.*, IV, 4.

2. « At si in condemnatione plus petitum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed reus cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur ut minuatür condemnatio : si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum actor consequitur quod posuit... Nec ex ea parte prætor in integrum restituit; facilius enim reis prætor succurrit quam actoribus... » Gaius, IV, 57.

3. Il semble que le développement de cette jurisprudence ait dû marcher pa-

jurisprudence ne date guère que du premier siècle de notre ère : en effet, dans les textes qui s'occupent de cette matière, on invoque l'autorité de Labéon et de Proculus et on ne cite pas de jurisconsultes antérieurs (4). Il ne paraît pas y avoir eu de règles spéciales posées à ce sujet dans l'édit du préteur, sauf pour l'édit *Quod falso tutore*, et les cas de rescision furent laissés à la discrétion du magistrat.

§ 1. Conditions de la rescision.

275. Le préteur soumet cette rescision aux conditions ordinaires de la *restitutio in integrum*. Il vient au secours des parties quand celles-ci ont éprouvé un préjudice et qu'il existe en outre une *justa causa*, qui motive son intervention.

1° Préjudice. — Le demandeur se trouve lésé s'il réclame trop dans l'*intentio* et succombe par *plus petitio* (5), s'il fait insérer dans la *condemnatio* un chiffre inférieur au montant de son droit (6), s'il intente une action moins avantageuse que celle qu'il pouvait exercer, l'action *de peculio* par exemple au lieu de l'action *quod jussu* (7). Le défendeur éprouve un préjudice quand il accepte une formule dont la *condemnatio* est supérieure au montant de sa dette (8), ou néglige de faire insérer dans la formule une exception qui lui

rallèlement avec l'emploi de la *restitutio in integrum* en matière de *res judicata*. Or ce n'est qu'assez tard qu'on voit la *restitutio in integrum* venir faire échec au principe de l'autorité de la chose jugée. L'exemple le plus ancien qu'on en connaisse est de l'an 676 de Rome (76 avant J.-C.). Cette mesure était alors considérée comme tout à fait exceptionnelle, puisqu'on eut recours à un sénatus-consulte pour l'autoriser. *Senatusconsultum de Asclepiade* (Bruns, *Fontes*, p. 150).

4. Labéon : L. 1 § 10, *Quando de pecul.*, XV, 2.

Proculus : L. 18, *De int. in jure*, XI, 1 ; L. 4 § 5, *Quod cum eo*, XIV, 5.

Celsus : L. 4 § 5, *Quod cum eo*, XIV, 5.

5. « Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit, nec a prætore in integrum restituitur, exceptis quibusdam casibus, in quibus prætor non patitur... » Gaius, IV, 53. *Inst.*, *De act.*, IV, 6, § 53.

6. Gaius, IV, 57.

7. *Ulpien.* « Is, qui de peculio egit, quum posset *Quod jussu*, in ea causa est, ne possit *Quod jussu* postea agere; et ita Proculus existimat. Sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei; que sententia habet rationem. » L. 4 § 5, *Quod cum eo*, XIV, 5.

8. Gaius, IV, 57.

eût permis de repousser les prétentions de son adversaire ou tout au moins en eût réduit le chiffre (9). On va même plus loin quand il s'agit de mineurs et la lésion peut, selon Ulpien, consister dans les embarras et les frais que leur occasionnerait un procès (10).

274. 2° *Justa causa*. — Les causes de rescision des effets de la *litis contestatio* sont celles de toute *restitutio in integrum*. Il y en a toutefois quelques-unes, qui par leur nature même étaient inapplicables ici : il ne pouvait être question de l'absence, puisque la *litis contestatio* ne saurait intervenir qu'entre parties présentes (11) ; quant à la violence, elle ne se conçoit guère avec l'intervention du magistrat qui dirige la procédure *in jure*. Aussi les textes n'indiquent-ils que trois causes de rescision : l'erreur, le dol et la minorité.

1) Erreur. Il peut y avoir une simple erreur matérielle : le demandeur réclame dans l'*intentio* plus qu'il ne lui est dû et succombe par *plus petitio*, ou bien la *condemnatio* est conçue en des termes trop étroits par rapport aux parties de la formule qui la précèdent. Dans ces deux cas, l'échec du demandeur provient de sa faute ; il ne peut jamais être restitué contre les erreurs de calcul contenues dans la *condemnatio* (12) ; quant aux erreurs renfermées dans l'*intentio* on vient à son secours seulement dans les hypothèses fort rares, où la *plus petitio* a été le résultat d'une ignorance invincible. Tel était le cas où un légataire réclamait son legs en entier et où l'on découvrait plus tard des codicilles, qui révoquaient ce legs pour partie ou contenaient d'autres legs, qui joints au premier excédaient les trois quarts de l'hérédité et tombaient par conséquent avec lui sous le coup de la loi Falcidie (13).

9. Gaius, IV, 125.

10. Ulpien. « Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, quum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam quum intersit ipsorum litibus et sumtibus non vexari. » L. 6, *De min.*, IV, 4, Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 744.

11. L'absence était au contraire une cause de *restitutio in integrum* contre la *res judicata*. L. 7 § 12, *De min.*, IV, 4. — LL. 4 et 10, C. *Quom. et quando jud. sent.*, VII, 43.

12. « Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum actor consequitur quod posuit... Nec ex ea parte prætor in integrum restituit. » Gaius, IV, 57.

13. « Sane, si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constan-

On se montrait au contraire bien plus facile à l'égard du défendeur, qui avait accepté une formule dont la *condemnatio* était supérieure au montant véritable de sa dette (14), ou qui avait négligé par erreur de faire insérer dans la formule une exception péremptoire. On discutait, du temps de Gaius, s'il pourrait être restitué contre l'omission d'une exception dilatoire (15).

A côté de ces erreurs de forme, il peut y avoir des erreurs de fond qui portent soit sur les faits juridiques qui servent de base à l'action (16), soit sur la qualité des personnes engagées dans l'instance. Ainsi lorsqu'un créancier a agi contre l'héritier de son débiteur dans les délais où le fils émancipé de ce débiteur pouvait demander la *bonorum possessio contra tabulas* et a été repoussé par l'exception *SI NON IN EA CAUSA TABULAE TESTAMENTI SINT...*, il peut ensuite se faire restituer son action contre l'héritier si la *bonorum possessio* n'est pas réclamée; il s'est en effet trompé de débiteur, puisque l'héritier, comme le dit Julien, ne doit rien tant que le fils émancipé peut obtenir la *bonorum possessio contra tabulas* (17). De même celui qui a poursuivi un pupille assisté d'un faux tuteur obtient, s'il a été de bonne foi, la rescision de l'effet extinctif de la *litis contestatio* (18).

L'erreur peut enfin porter sur la solvabilité du défendeur. Dans certains cas rares, elle motive une rescision qui permet au

tissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur veluti, si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiant ut plus petiisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. » Inst. *De act.*, IV, 6, § 55.

14. Gaius, IV, 57.

15. « Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendæ exceptionis gratia; dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quæritur. » Gaius, IV, 125.

16. L. 15 pr., *De instit. act.*, XIV, 5; L. 1 § 10, *Quando de pecul.*, XV, 2; L. 11 pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 112.

17. Julien. « Qui cum herede egit, exceptione summotus est : AT SI NON IN EA CAUSA TABULÆ TESTAMENTI SINT, UT CONTRA EAS EMANCIPATO BONORVM POSSESSIO DARI POSSIT; emancipato omittente bonorum possessionem non inique postulabit creditor restitui sibi actionem adversus scriptum heredem. » L. 15, *De obl. et act.*, XLIV, 7. Cf. L. 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

18. L. 1 § 6; LL. 2 et 7 § 5. *Quod falso tutore.*, XXVII, 6. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 574-578.

demandeur d'agir à nouveau et d'obtenir une satisfaction complète : tel serait le cas où un créancier qui a plusieurs débiteurs conjoints poursuit l'un d'entre eux pour le montant intégral de la dette et où celui-ci, qui s'est ainsi obligé pour le tout par l'effet du *judicium acceptum*, devient plus tard insolvable (19).

2) Dol. On vient au secours du demandeur quand l'insuccès de son action provient du dol, soit de son représentant (20), soit de l'adversaire (21). La rescision lui est même accordée, quand il a intenté une action moins avantageuse que celle qu'il aurait pu exercer, pourvu toutefois que son erreur soit le résultat d'un dol pratiqué contre lui (22). Il est possible enfin qu'on restitue le demandeur contre les conséquences d'une péremption d'instance amenée par le dol de son adversaire (23).

3) Minorité. La rescision a lieu au profit des mineurs sans restriction, qu'ils jouent le rôle de demandeur ou de défendeur (24), qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi (25). On n'exige pas pour eux, comme pour les majeurs, que l'erreur où ils sont tombés ait été invincible (26); il suffit qu'ils aient

19. *Julien*. « Qui ex parte dimidia heres erat, quum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisfactionis onus evitare posset, respondit se solum heredem esse et condemnatus est; quærebat actor, quum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore judicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit, rescisso judicio posse agi; idque est verum. » L. 18, *De int. in jure*, XI, 1. Cf. L. 27 pr., *De fid.*, XLVI, 1. — Bekker, *Consumption*, p. 309.

20. L. 7 § 9, *De dolo malo*, IV, 5; L. 45 § 1, *De min.*, IV, 4, Cf. Bekker, *Consumption*, p. 307.

21. *Paul*. « Quum a te pecuniam peterem, eoque nomine judicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tanquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses, eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolvereris; quærentibus nobis, an in te doli judicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succurri potest; nam ex integro agere possum, et, si objiciatur exceptio rei judicatæ, replicatione jure uti poterò. » L. 25, *De dolo malo*, IV, 5.

22. L. 4 § 5, *Quod cum eo*, XIV, 5. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 309.

23. L. 7 § 1, *De in int. rest.*, IV, 1; L. 18 § 4, *De dolo malo*, IV, 5. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 152, note 11.

24. L. 7 § 4, *De min.*, IV, 4.

25. On accorde ainsi la rescision à un mineur, qui a agi contre un pupille assisté par un faux tuteur, bien qu'il connût cette circonstance. L. 4, *Quod falso tut.*, XXVII, 6.

26. Le mineur demandeur est restitué contre les conséquences d'une *plus petitio* ou la rédaction défectueuse de la *condemnatio*, qui porte *minus*, Gaius, IV, 57. — *Inst. De act.*, IV, 6, § 53.

éprouvé une lésion, quelque peu importante qu'elle soit (27). Cette lésion provient habituellement de la faute ou de la collusion de leur curateur et quelquefois même de leur ancien tuteur (28). Il se peut aussi que le mineur en exerçant l'action *tutelæ* ait omis quelques chefs ou que la réserve n'en ait pas été possible à l'aide d'une *præscriptio*. Des rescrits impériaux autorisèrent les mineurs à faire rescinder dans ce cas l'effet extinctif de la *litis contestatio* et à réclamer ce qui leur restait dû par l'action *tutelæ* (29). Enfin Alexandre Sévère, dans un rescrit de 225, pose en principe que la *restitutio in integrum* pourra être accordée aux mineurs contre tout acte de procédure qui les léserait, quoiqu'ils aient été dûment assistés de leur curateur ; ce qui s'applique notamment à la *litis contestatio* (30).

§ 2. Moyens employés pour opérer cette rescision.

275. La rescision des effets de la *litis contestatio* s'opère par voie de *restitutio in integrum*. Elle doit être demandée dans les délais ordinaires au magistrat (31), qui a délivré la première formule, parce que l'affaire est considérée comme étant toujours pendante devant lui. Les moyens qu'il employait étaient différents.

Le plus souvent, il rescindait le *judicium acceptum* (32),

27. L. 6, *De min.*, IV, 4 ; L. 25, *De adm. et per.*, XXVI, 7 ; L. 20 § 1, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 522, note 3. Contra Machelard, *Obligations naturelles*, p. 597.

28. L. 45 § 1, *De min.*, IV, 4 ; L. 25, *De adm. et per.*, XXVI, 7 ; L. 46 § 1, *eod.* ; L. 20 pr., *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5. Cf. Machelard, *Obligations naturelles*, p. 595.

29. *Septime Sévère et Antonin*. 210. « Licet iudice accepto cum tutore tuo egisti, ipso jure actio tutelæ sublata non est ; et ideo si rursus eundem iudicem petieris, contra utilem exceptionem rei judicatæ, si de specie de qua agis, in iudicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris. » L. 2, C. *De judiciis*, III, 1. Cf. L. 1, C. *Si adv. rem jud.*, II, 27. — Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, II, p. 511.

30. *Alexandre Sévère*. 225. « Minoribus annis viginti quinque etiam in his, que præsentibus tutoribus vel curatoribus in iudicio vel extra iudicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit. » L. 2, C. *Si tut. vel cur.*, II, 25.

31. L. 20 § 1, *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 5. Cf. L. 1 § 1, *Ex quib. causis maj.*, IV, 6.

32. *Julien*. « Quærebat actor, quum ipse solvendo non esset, an rescisso supe-

délivrait une nouvelle formule, et organisait un *judicium restitutorium* (33), qui devait se poursuivre dans les mêmes conditions que la première instance (34). Quelquefois, au lieu de restituer l'action primitive, il accordait une action utile (35).

A côté de ce procédé, il y en avait de plus simples. L'un d'eux est indiqué par Ulpien (36); la *restitutio in integrum* est réalisée à l'aide d'une *translatio judicii*: le demandeur, qui a succombé par suite d'une collusion de son *procurator*, fait substituer dans la formule primitive son nom à celui de son mandataire infidèle. Un autre moyen consiste à délivrer une nouvelle formule au demandeur et à paralyser à l'aide d'une *replicatio doli* l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ*, qu'y fait insérer le défendeur. Cette dernière forme de procéder paraît s'être introduite vers la fin de l'époque classique; on ne la trouve mentionnée que dans un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla de l'année 210 et dans les écrits de Paul (37). C'est là un moyen pour le magis-

riore *judicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit, rescisso *judicio* posse agi; idque est verum.* » L. 18, *De int. in jure*, XI, 1.

Paul. « Hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore *judicio*, in alterum detur ei actio. » L. 47 § 5, *De peculio*, XV, 1.

33. *Gaius.* « Item quæritur, si *judicium* acceperit defensor, et actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium *judicium* accipere; et magis placet cogendum. » L. 46 § 5, *De procur.*, III, 5.

Ulpien. « ... Sumtuum in hoc *judicio* rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo. » L. 7 § 5, *Quod falso tut.*, XXVII, 6.

34. *Julien.* « Postulabit creditor restitui sibi actionem adversus scriptum heredem. » L. 15, *De obl. et act.*, XLIV, 7. Cf. L. 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2.

Papinien. « Ea res materiam litis adversus alterum curatorem instaurandæ non dab t... » L. 20 pr., *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 3.

35. *Ulpien.* « Licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit... tamen Julianus utilem ei actionem competere Proculus ait. » L. 13 pr., *De instit. act.*, XIV, 5.

Paul. « Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile *judicium* ait. » L. 47 § 3, *De peculio*, XV, 1.

Papinien. « Sed æquitatis ratione suadente per utilem actionem ei subveniri... » L. 20 pr., *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 3.

36. L. 7 § 9, *De dolo malo*, IV, 5. Cf. Bekker, *Consumption*, p. 507.

37. *Septime Sévère et Antonin.* 210. « ... Contra utilem exceptionem *rei judicatæ*... non inutiliter replicatione doli mali uteris. » L. 2, C. *De judiciis*, III, 1. »

Paul. Lib. XI ad Edictum. « ... Si objiciatur exceptio *rei judicatæ*, replicatione jure uti poteris. » L. 25, *De dolo malo*, IV, 5.

Paul. Lib. IX Responsorum. « Paulus respondit... posse eundem adolescentem

trat de se dispenser d'un *causæ cognitio* et de remettre au *judex* l'examen des motifs, qui peuvent justifier dans l'espèce une *restitutio in integrum* : on considère que le fait d'invoquer l'effet extinctif de la *litis contestatio* contre le demandeur constitue un dol toutes les fois qu'il y a *justa causa* (38). Ce dernier procédé finit par être placé sur la même ligne que le premier, la délivrance d'une nouvelle formule pure et simple ; il semble même qu'on lui donne la préférence dans une constitution de Dioclétien et de Maximien (39).

276. Les textes ne fournissent aucun renseignement sur les rapports respectifs de ces divers moyens d'opérer la *restitutio in integrum*. Keller a supposé que les deux procédés principaux, l'établissement d'un *judicium restitutorium* et l'insertion de la *replicatio doli* avaient chacun un champ d'application limité et correspondaient à la division des *judicia* en *judicia legitima* et en *judicia quæ imperio continentur* (40). Il faut sans doute tenir compte de cette distinction : l'emploi de la *replicatio doli* est impossible à l'égard des *judicia legitima* puisqu'il faut ici faire revivre le droit, qui est éteint, et qu'il ne suffit pas de rendre à la formule sa force première. Mais ce serait exagérer l'importance de cette distinction que de supposer que les deux procédés aient toujours été employés parallèlement. Les textes qui mentionnent l'usage de la

propter eam causam tuteke experiri, et adversus exceptionem rei judicatæ doli mali uti replicatione. » L. 46 § 5, *De adm. et per.*, XXVI, 7.

Ces textes se réfèrent à l'exception *rei judicatæ* ; mais comme il s'agit là de la fonction négative de cette exception, on peut étendre leurs décisions à l'exception *rei in judicium deductæ*. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 512.

38. Ulpien. « Si minor viginti quinque annis detulerit, et hoc ipso captum se esse dicat, adversus exceptionem jurisjurandi replicari debet, ut Pomponius ait. Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum prætorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere ; nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. Præterea exceptio ista, sive cognitio statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi. » L. 9 § 4, *De jurej.*, XII, 2. Cf. Krüger, *Consumption*, p. 135.

39. Dioclétien et Maximien. 294-305. « Si ex persona minorum in integrum restitutio adversus transactum propter ætatis auxilium imploretur, tibi quoque, agenti ex integro, vel replicatione contra exceptionem pacti, vel, si peremptam constet pristinam obligationem, ex instauratione negotii tributa actione, consulendum est. » L. 2. C. *Si adv. trans.*, II, 52.

40. Keller. *Litis Cont.*, p. 554. Cf. Machelard, *Obligatio us naturelles*, p. 400.

replicatio doli sont relativement récents puisqu'ils datent des premières années du troisième siècle. Il est donc permis de conjecturer qu'à l'origine le préteur recourait à l'établissement d'un *judicium restitutorium* même pour les *judicia quæ imperio continentur* (41) et de voir dans l'emploi de la *replicatio doli* un procédé plus simple qui dispensait le magistrat de tout examen. Ulpien proteste en effet contre la tendance qu'avaient les magistrats de son temps à accorder toujours l'insertion de la *replicatio doli*; il veut qu'ils procèdent à un examen de l'affaire; il semble que l'on doive voir là un vestige d'un état de choses antérieur (42).

277. Quelques interprètes modernes ont donné à l'emploi de la *replicatio doli* une importance considérable (43), qui restreint singulièrement le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Suivant eux, il n'aurait pas été nécessaire de se mettre en garde contre ce principe dans les *judicia quæ imperio continentur* en recourant à l'addition d'une *præscriptio*. Le demandeur, qui agissait avec l'intention avouée de n'exiger que les prestations échues, était toujours recevable à réclamer le surplus et autorisé, indépendamment de toute *restitutio in integrum*, à écarter l'exception *rei in judicium deductæ* ou l'exception *rei judicatæ* par la *replicatio doli*. Cette opinion, dont Huschke est le principal représentant, nous paraît contredite par le témoignage formel de Gaius, qui présente toujours l'effet extinctif de la *litis contestatio* comme aussi énergique dans les *judicia quæ imperio continentur* que dans les *judicia legitima*; si la *replicatio doli* eût eu un rôle si important, il n'eût pas manqué de le signaler en indiquant les différences qui existaient entre ces deux classes de *judicia*. Les partisans de cette opinion sont forcés de reconnaître qu'elle ne s'appuie pas sur des textes bien positifs; ils

41. En l'absence de textes, il est difficile de savoir si le préteur dans ce cas refusait d'insérer l'exception *rei in judicium deductæ* et délivrait un *judicium purum* ou si la *replicatio doli* venait prendre place dans la formule à côté de l'exception *rei in judicium deductæ* et en paralyser l'effet.

42. L. 9 § 4, *De jurej.*, XII, 2.

43. Huschke, *Gaius*, p. 184; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, II, p. 512.

invoquent les passages de Paul précités (L. 25, *De dolo malo*, IV, 3; L. 46 § 5, *De adm. et per.*, XXVI, 7) et la constitution de Septime Sévère et de Caracalla; mais ces textes sont la condamnation même de leur système puisqu'ils supposent une *restitutio in integrum* (44). D'ailleurs une constitution de Gordien montre que même à la fin de l'époque classique le créancier, qui n'avait pas obtenu une condamnation s'élevant à la totalité de ce qui lui était dû, était dépouillé du droit d'agir à nouveau. Il s'agissait dans l'hypothèse d'un *judicium imperio continens*, puisque l'empereur suppose qu'au cas où le créancier viendrait à renouveler son action il serait repoussé par l'exception *rei judicatæ* (45). Enfin si la doctrine proposée par Huschke était vraiment celle des jurisconsultes romains et s'il suffisait d'une intention évidente de la part du demandeur pour lui assurer plus tard la ressource d'une *replicatio doli*, il eût été tout au moins prudent dans la pratique de faire insérer une *præscriptio* dans la formule; car on n'était pas toujours sûr que le *judex* de la seconde action fût convaincu de l'existence de cette intention.

SECTION II.

EXTINCTION DES EFFETS DE LA *LITIS CONTESTATIO* PAR SUITE DE LA PÉREMPTION DE L'INSTANCE.

278. Parmi les effets de la *litis contestatio* ceux qui ont un caractère positif, et en particulier ceux qui sont destinés à amener une condamnation, ne cessent en général qu'avec la sentence. Il peut cependant survenir des événements, qui les empêchent d'atteindre ce but et les fassent disparaître aupa-

44. Paul. « Placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succuri potest; nam ex integro agere possum. » L. 25, *De dolo malo*. IV, 3. Cf. Krüger, *Consumtion*, p. 154.

45. Gordien. « Si quum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. » L. 4, C. *Depositum*, IV, 34.

Quant à la l. 23, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2, elle est trop peu en harmonie avec les principes pour qu'il n'y ait pas lieu de la regarder comme interpolée. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 558; Machelard, *Obligations naturelles*, p. 405, note 1.

ravant. Le plus important est, avec la *restitutio in integrum*, la péremption de l'instance (46), dont le contre-coup se fait sentir même sur l'obligation créée par la *litis contestatio* et sur l'interruption de prescription qu'elle a opérée.

279. La formule délivrée par le magistrat ne conserve son efficacité que pendant un laps de temps assez court. Ce délai varie suivant qu'il s'agit de *judicia legitima* ou de *judicia quæ imperio continentur*.

Les *judicia legitima*, c'est-à-dire les instances organisées entre parties ayant, ainsi que le *judex*, la qualité de citoyens romains (47), n'ont été soumis jusqu'à Auguste à aucune péremption (48). Ce prince par la loi *Julia judiciorum privatorum* leur assigna une durée de dix-huit mois : toute instance qui n'était pas terminée dans ce délai était réputée non avenue. C'est ce résultat que Gaius exprime sous cette forme vulgaire : *Lis anno et sex mensibus moritur* (49). Les prescriptions de la loi Julia étaient encore en vigueur dans le courant du III^e siècle : il y est fait allusion dans les écrits de Paul et d'Ulpien (50).

Les *judicia quæ imperio continentur*, qui étaient de beau-

46. Les autres événements, qui font cesser les effets de la *litis contestatio*, sont la *capitis deminutio* (Gaius, III, 83), notamment l'adrogation de l'une des parties par l'autre (LL. 4 et 11, *De judiciis*, V, 1) et la succession de l'un des plaideurs à l'autre. Il y a des causes d'extinction spéciales à l'action *rei uxoriæ* et à l'action *rerum amotarum* : c'est le rétablissement de la vie commune en cas de divorce et la *publicatio dotis* (L. 19, *Sol. matr.*, XXIV, 3; L. 24 § 7, *eod.*; L. 30, *De act. rer. amot.*, XXV, 2).

47. Gaius, IV, 104.

48. Puchta, *Instit.*, § 159, II, p. 67, note b. Keller est moins affirmatif : il semble disposé à admettre qu'avant Auguste une règle commune était appliquée aux *judicia legitima* et aux *judicia quæ imperio continentur* (*Civilpr.* § 70, trad. Capmas, p. 323, note 855). Tite-Live, dans le passage relatif aux Bacchanales (XXXIX, 18) ne fait sans doute aucune distinction; mais ses termes sont assez vagues pour qu'on puisse les entendre de la prescription des actions annales.

49. Gaius, IV, 104. L. 18 § 4, *De dolo malo*, IV, 3.

50. Paul. « Dolo cujus effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat... ne aliter observantibus lex circumscribatur. » L. 18 § 4, *De dolo malo*, IV, 3.

Ulpien. « ... Ita tamen ut legitimum tempus non excedat. » L. 32, *De judiciis*, V, 1. Cf. L. 30 § 1, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2; L. 3 § 1, *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8; L. 2, *De div. temp. præscr.*, XLIV, 3; L. 8 § 1, *Ratam rem*, XLVI, 8. — Keller, *Litis Cont.*, p. 162.

coup les plus nombreux, ont toujours eu une durée fort restreinte. La formule puise ici toute sa force dans l'*imperium* du magistrat ; elle ne reste efficace qu'aussi longtemps que ce magistrat est revêtu de ses fonctions. Dès qu'il sort de charge, les pouvoirs du *judex* expirent et avec eux disparaissent tous les effets qu'a pu produire la délivrance de la formule (51). Or les magistratures à Rome étaient annuelles ; il s'ensuit que la durée du *judicium imperio continens* ne pouvait jamais dépasser une année. Mais le délai de péremption n'était pas fixé ici d'une manière uniforme comme pour les *judicia legitima* : le délai pouvait être plus ou moins long suivant que le magistrat avait délivré la formule en entrant en charge ou lorsque ses pouvoirs étaient sur le point d'expirer. Aussi les personnes prudentes avaient-elles l'habitude de se présenter devant le préteur dès son entrée en charge ; de là ce concours de plaideurs qui, au dire de Juvénal, se pressaient autour du magistrat au commencement de l'année judiciaire (52). L'établissement de l'Empire vint modifier cet état de choses. La règle du renouvellement annuel des magistrats fut abandonnée pour les provinces impériales dès le temps de Tibère (53) ; le changement des gouverneurs de ces provinces fut entièrement subordonné au caprice de l'empereur. On dut dès lors admettre que les pouvoirs du *judex* n'expireraient plus avec la cessation des fonctions du *præses provinciarum*, qui pouvait être révoqué à chaque instant, et c'est en effet ce que décident Scævola et Paul (54). Le principe ancien de la péremption des *judicia quæ imperio continentur* resta donc en vigueur à l'époque classique à Rome, en Italie, dans les municipes et les colonies italiques et enfin dans les provinces du peuple (55). Il est probable que cette règle cessa d'être observée dans ces

51. Gaius, IV, 105. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 152.

52. Juvén. *Sat.* XVI, v. 42 et 45 ; Servius *Ad Æneid.*, II, v. 102.

53. Tacit. *Ann.*, I, 80. Cf. Keller, *Litis Cont.*, p. 164 ; Machelard, *Obligations naturelles*, p. 368.

54. L. 49 § 1, *De judiciis*, V, 1. Ce texte semble en opposition avec un passage d'Ulpien (L. 15 § 1, *De jurisd.*, II, 1) ; mais cette apparente contradiction tient à ce qu'Ulpien parle des provinces du peuple et Paul des provinces impériales. Machelard, *op. cit.*, p. 368.

55. Keller, *Litis Cont.*, p. 164 ; Machelard, *op. cit.*, p. 370.

provinces quand on les eût peu à peu soumises au même régime que les provinces impériales.

280. On ignore à quelle époque et dans quelles circonstances cette institution a disparu. On retrouve, il est vrai, au Bas-Empire, une péremption d'instance. Le délai de cette péremption qui était d'abord de deux ans, à compter de la *litis contestatio* (56), fut porté à trois par Justinien en 550 (57). Ces constitutions établissent des pénalités contre les juges qui laisseraient périmer les instances pendantes devant eux (58), mais elles n'indiquent point quelles sont les conséquences de cette péremption. On sait seulement que l'expiration du délai de deux ou trois années devait amener l'échec du demandeur (59) et mettre fin probablement aux effets de la *litis contestatio*.

281. Nous avons suivi les développements et les transformations successives de la *litis contestatio* aux divers âges du droit romain et nous avons vu l'influence, autrefois si grande, de cette institution, aller toujours déclinant à partir du milieu du III^e siècle de l'ère chrétienne. A l'époque de Justinien, elle ne présente plus guère qu'un intérêt de pure procédure : elle enlève le droit de proposer les exceptions dilatoires : elle donne naissance au contrat judiciaire et permet au demandeur d'obtenir une sentence qui sorte tous ses effets ; elle marque encore le moment où le juge doit se placer pour apprécier si les prétentions des plaideurs sont ou non fondées.

56. L. 1, C. Th. *De dolo malo*, II, 15. Cf. L. 8, C. *h. t.*, II, 21.

L. 6, C. Th. *De naufragiis*, XIII, 9. Cf. L. 5, C. *h. t.*, XI, 5. — Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, III, p. 195. *Contra* Wieding, *Libellpr.*, p. 462-472.

57. Justinien. 550. « Censemus itaque omnes lites... non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas. » L. 13 § 1, C. *De judiciis*, III, 1.

58. L. 6, C. Th. *De naufragiis*, XIII, 9 ; L. 5 C. *h. t.*, XI, 5 ; L. 13 § 8, C. *De judiciis*, III, 1.

59. Justinien. 550. « Sin vero causæ vel pupillorum vel adultorum sint, vel aliorum sub cura agentium, masculorum vel feminarum, ut per tutores, vel curatores, vel actores, vel eorum procuratores agantur, et eorum desidia triennium fuerit elapsum, et causa ceciderint, litem quidem nihilominus suum habere vigorem... » L. 13 § 11, *De judiciis*, III, 1. Accarias, *Précis*, II, p. 911. *Contra* Maynz, *Cours*, I, p. 545.

Mais elle a été dépouillée de ses effets les plus importants qui ont été transportés aux actes introductifs d'instance, la *conventio* et la *rescripti impetratio*. Elle n'empêche plus d'opposer les exceptions péremptoires ; elle n'interrompt plus la *præscriptio longi temporis* ; elle a cessé de perpétuer les actions temporaires, de faire passer aux héritiers les actions inhérentes à la personne, d'imprimer au droit porté en justice le caractère litigieux ; elle ne fixe plus, comme autrefois, les éléments du litige, puisque les parties peuvent maintenant augmenter ou modifier leurs demandes ; enfin le plus caractéristique de ses effets, la consommation de l'action, a irrévocablement disparu. Les siècles suivants pourront, ainsi que nous allons le voir, rendre à la *litis contestatio* la plupart de ses effets ; mais ils ne ressusciteront jamais la règle *Bis de eadem re ne sit actio*.

DEUXIÈME PARTIE

LA

DEMANDE EN JUSTICE ET SES EFFETS

EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER.

La *LITIS CONTESTATIO* * dans les textes d'origine romaine du VI^e au XII^e siècle.

SECTION PREMIÈRE.

LA *LITIS CONTESTATIO* DANS LA *LEX ROMANA VISIGOTHORUM*.

282. La nature et les effets de la *litis contestatio* dans la procédure des *cognitiones extraordinariae* se maintinrent, partiellement au moins, dans la *Lex Romana Visigothorum*, qui régissait presque exclusivement tous ceux qui vivaient *sub lege romana* pendant les premiers siècles du moyen âge.

La *litis contestatio*, dit cette loi, ne peut avoir lieu que

* La plupart des effets, qui sont produits aujourd'hui par la demande en justice, étant restés rattachés dans notre ancienne jurisprudence à la *litis contestatio* ou à la phase de l'instance qui y correspondait, il a paru nécessaire d'exposer les transformations successives des actes introductifs d'instance dans les diverses périodes de notre droit.

devant les *rectores provinciarum*, les *defensores civitatum* et les autres magistrats, qui ont le droit de faire tenir des registres publics, *acta* (1). Elle résulte de la production par écrit de la demande et de la défense, pourvu toutefois qu'il soit établi que les plaideurs sont majeurs (2). La demande est formée par voie de requête (*libellus conventionis*) adressée au juge et souscrite par le demandeur (3) ; le *libellus* est insinué *apud acta* et signifié à la partie adverse (4) ; celle-ci présente sa défense par écrit (*libellus contradictionis*, *libellus contradictorius*), à moins qu'elle ne se contente d'une déclaration verbale *apud acta* (5). Le défendeur doit répondre dans le délai de quatre mois, à peine d'être condamné par défaut (6).

En matière sommaire, il n'y a point de *litis contestatio per scripturam* : les parties se bornent à exposer de vive voix devant le juge leurs prétentions respectives et l'on procède

1. « Contestari apud rectores provinciæ vel defensores aut omnes apud quos gesta conficiuntur, litem jubemus, ne ullus nomen absentis aut mortui vel qui non potuerit inveniri, in litis contestatione recipiat, ne falsitatis inveniatur occasio. » *L. Rom. Vis., C. Th. Int.*, II, 4 § 2.

2. « Posteaquam per scripturam lis fuerit contestata, et per publicam conventionem, quisquis ille est, qui pulsatur, agnoverit, tunc lis inchoata dicatur, si tamen litigantium perfectæ probantur ætates. » *L. Rom. Vis., C. Th. Int.*, II, 4 § 4. Cf. Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr.*, I, p. 201.

3. « ... Nec requiratur in iudicio, ut prius titulum litis petitor scribat... » *L. Rom. Vis., C. Th. Int.*, IV, 21 § 1.

« Tam civile negotium quam criminale accusationis professio manu accusatoris conscripta præcedat. » *Ibid.*, IX, 1 § 4.

4. « .. Per publicam conventionem, quisquis ille est, qui pulsatur, agnoverit... » *L. Rom. Vis., C. Th. Int.*, II, 4 § 2.

« ... Non expectetur, ut prius, quod repetit, apud acta proponat... » *Ibid.*, II, 4 § 6.

5. « Cognovimus, multos causas suas per potentium personas excusare vel prosequi, ita ut libellos vel titulos eorum nominibus, qui dignitate præclari sunt, quo facilius terreant possessores, in his domibus, quæ ab eis repetuntur, affigant, aut certe, si aliquid repetatur, nomine magnorum et clarissimorum virorum prolatis libellis contradictoriis se specialiter excusare. » *L. Rom. Vis., C. Th., Int.*, II, 14 § 1.

6. « Licet in negotiis, quæ per actionem elicitam inchoari videntur, legitimus ad respondendum temporum semper cursus observandus sit... » *L. Rom. Vis., C. Th. Int.*, II, 4 § 5. Cf. *Ibid.*, II, 6 §§ 2 et 5.

« ... Si petitor adversarium suum pulsatum in iudicio deferre voluerit... et non festinet intra quatuor menses, in quibus tamen iudex ad audiendas causas vacare dignoscitur... si quis pulsatus in iudicio adesse noluerit, post trinam conventionem sciat se contumacis sententiam subiturum. » *L. Rom. Vis., Nov. Val., III Int.*, XII.

immédiatement à l'administration des preuves (7). Dans les matières sommaires rentraient les actions possessoires, les questions de fidéicommiss et de tutelle, la *querela inofficiosi testamenti*, les dettes constatées par acte écrit, les affaires d'une valeur inférieure à 100 *solidi* et toutes les questions qui concernaient les églises.

285. La *Lex Romana Visigothorum* ne rappelle que quelques-uns des effets de la *litis contestatio* : ce qui ne saurait prouver du reste qu'on ne continuât point à y attacher la plupart de ceux qui étaient précédemment admis. Voici les effets de la *litis contestatio* qui sont mentionnés dans le recueil gallo-romain.

1° Lorsqu'un *cognitor* ou un *procurator in litem* vient à mourir avant la *litis contestatio*, son mandat ne passe point à ses héritiers, qui peuvent seulement réclamer les frais et déboursés de leur auteur ; l'instance est reprise par le mandant. Le compilateur wisigoth se borne ici à reproduire presque littéralement les termes du rescrit de Théodose II et de Valentinien III, qui en 424 avait introduit cette doctrine dans la législation romaine (8).

2° Si dans une instance en revendication d'un esclave, un tiers veut intervenir en soutenant qu'il est le véritable propriétaire, cette intervention sera toujours admise ; mais quand elle ne se produira qu'après la *litis contestatio*, le tiers sera tenu de payer une amende (9).

3° L'action en pétition d'hérédité ne passe point aux héri-

7. « Mox apud judicem sine ulla temporum mora, quæ per hoc videtur afferri, causam suam proponat, et omnes partes suæ probationis exhibeat. » *L. Rom. Vis., C. Th. Int., II, 4 § 6.*

8. « Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime ejus querantur heredes, ne supervacua domino causæ laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causæ fuerat, actiones. Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquatur, nisi tantum expensarum nomine vel factorum litis causa sumptuum. »

INT. « Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus, post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem : nisi tantum sumptuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit : lis vero ad mandatarem redit. » *L. Rom. Vis., C. Th., II, 12 § 7.*

9. *L. Rom. Vis., C. Th. Int., II, 4 §§ 3, 5, 6 et 7 ; IV, 21 § 1.*

tiers du demandeur, si celui-ci est mort avant la *litis contestatio*. En s'appropriant cette règle qu'ils empruntent aux Sentences de Paul, les auteurs de la *Lex Romana* ne font guère que paraphraser le texte du jurisconsulte (10).

Réciproquement, pour que les héritiers d'une personne coupable d'un délit puissent être poursuivis, il faut que leur auteur soit décédé après la *litis contestatio* (11).

4^o Enfin les rédacteurs de la *Lex Romana* y insèrent un fragment de constitution portant que le possesseur de mauvaise foi défendeur à une instance en pétition d'hérédité devra restituer tous les fruits qu'il a perçus sans qu'il y ait à tenir compte de l'influence de la *litis contestatio*. C'était là le droit de l'époque classique ; la mention *Interpretatione non eget*, qui accompagne ce texte dans le recueil wisigoth, indique que les principes du droit romain sur ce point étaient toujours restés en vigueur (12).

SECTION II.

LA *LITIS CONTESTATIO* DANS LES TRAITÉS DE DROIT ROMAIN DU V^e ET DU VI^e SIÈCLE.

284. Ces données peuvent être complétées à l'aide de textes presque contemporains de la *Lex Romana*, les petits traités *De natura actionum*, *De actionum varietate et vita seu longitudine*, et un *Compendium juris*, qui ont été récemment publiés (15).

10. SENT. « *Petitio hereditatis, cujus defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur.*

INT. Si auctor de petitione hereditatis sibi debitæ ita silentium Igessit, ut nullam proponeret actionem, heres ejus ab hereditatis ipsius petitione repellitur. » *L. Rom. Vis., Paul. Sent.*, I, 15 § 9.

11. « *Licet ante litem contestatam deluncto eo, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non possint pœnali actione conveniri...*

INT. Ceterum in tali re heredes nec ad pœnam nec ad aliam quameunque satisfactionem non tenentur obnoxii. » *L. Rom. Vis., C. Hermog.*, II.

12. « *Imp. Antoninus A. Aurelio Pontio Ingenuo. Fructus ante litem contestatam perceptos male fidei possessores restituere placuit.*

Interpretatione non eget. » *L. Rom. Vis., C. Greg.*, III, 5. Cf. Hanel, *Lex Romana Visigothorum*, p. 452.

15. II. Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*. Halle, 1876, in-8°, p. 56 et 117; p. 62 et 128; p. 45 et 134.

D'après le plus ancien de ces textes, les parties sont présentées au juge par les *exsecutores* (14). La demande et la défense sont consignées par écrit et transcrites par les scribes, en vertu de l'ordre des assesseurs, sur les registres du tribunal (15).

285. La *litis contestatio* fait courir les intérêts (16) ; elle perpétue les actions, sauf l'action *de dolo* (17), et sert de point de départ à la péremption de l'instance, dont le délai est de trois ans en matière civile (18), conformément à la constitution de Justinien de 530 (19). Enfin, pour triompher dans l'interdit *Utrubi*, il faut posséder *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* au moment de la *litis contestatio* intervenue sur l'action en revendication (20).

14. « Exsecutorum est corniculariis obedire, reos vel actores absentes citare, reum vel actorem sibi datum praesidi exhibere... » *Compendium juris*, IV § 111 (Fitting., p. 145).

15. « Scribarum sub assessoribus consistentium est — assessorum tamen precepto — libellos intentionis atque depulsionis... describere et libellos citatorios corniculariis sub eis constitutis tradere. » *Compendium juris*, IV, § 109 (Fitting, p. 145).

16. « In usuris spectantur causa, modus, tempus. Causa: vel quia debentur, vel per officium iudicis inducuntur. Debentur: vel naturaliter tantum, vel naturaliter et civiliter... Que civiliter et naturaliter tamen debentur peti [quidem non] possunt, nisi justa exceptio opponatur. Que inducuntur: vel intencione iudicii, vel ex causa iudicati, vel post litem contestatam. » *Compendium juris*, IV §§ 53-56 (Fitting, p. 159).

17. « Set omnium accionum, sive in rem sive in personam sint, commune videtur: si lis intra tempus accionis fuerit contestata, quecumque sit accio, ab eo tempore ex quo novissime litigatores post litem contestatam tacuerunt usque ad XL annos vivit, excepta de dolo accione. » *De natura actionum* § 72 (Fitting, p. 127).

18. « Spacium autem et tempus omnium quas supra diximus accionum intelligi debet ante litem contestatam. Nam si lis sit contestata, si quidem accio criminalis sit, non ultra biennium post litem contestatam durare connooscitur: sin autem fuerit civilis, non ultra triennium vivere consuevit. » *De accionum varietate* § 38 (Fitting, p. 151).

19. L. 15, C. *De judiciis*, III, 1.

20. « Item interdictum utrobi et uti possidetis, que gratia retinende possessionis inventa sunt, ut ille per interdictum utrobi, rei mobilis qui tempore litis mote de proprietate nec vi nec clam nec precario ab adversario possessionem detinet. » *De natura accionum* § 58 (Fitting, p. 121).

SECTION III.

LA *LITIS CONTESTATIO* DANS LES TRAITÉS DE DROIT ROMAIN DU X^e AU XII^e SIÈCLE

286. En suivant l'ordre chronologique des traités de droit romain rédigés en Occident, dans la première partie du moyen âge, et publiés jusqu'à ce jour, on trouve le *Libellus de verbis legalibus* pour le nord-ouest de la France (21), le *Corpus legum sive Brachylogus juris civilis* (22) rédigé à Orléans à la fin du onzième ou au commencement du douzième siècle (23), les *Petri Exceptiones legum romanarum* (24), les Appendices de ce traité pour le sud-est (25) et enfin la Glose de Turin sur les Institutes (26). Il est permis de rapprocher et de combiner ces divers textes, qui appartiennent presque tous à la même région et sont vraisemblablement les uns et les autres du onzième ou du commencement du douzième siècle.

La *litis contestatio* a lieu, d'après ces traités, lorsque le juge a commencé à entendre la cause au fond par l'exposé que les deux parties lui en présentent ; c'est la *litis contestatio* du droit de Justinien, telle qu'elle est définie dans la l. un., C. *De litis contestatione* (III, 9), dont les termes mêmes sont passés dans les *Petri Exceptiones* (27).

21. II. Fitting, *Juristische Schriften*, p. 30 et s. ; p. 181 et s. — L'auteur de ce traité était probablement originaire de la Normandie : il emploie en effet des termes propres à la langue juridique de cette province, tels que *disrationalio*, *disrationalare*. Cf. Fitting, *op. cit.*, p. 40.

22. *Corpus legum sive Brachylogus juris civilis*, ed. Bæcking, Berolini, 1829, in-8°.

23. Cf. sur la provenance orléanaise du *Brachylogus* et la date probable de sa rédaction, II. Fitting, *Ueber die Heimat und das Alter des sogenannten Brachylogus*. Berlin et Leipzig, 1880, in-8°.

24. Savigny, *Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter*, II, p. 321-428 Cf. VII, p. 51.

25. Fitting, *Juristische Schriften*, p. 151 et s.

26. Savigny, *Geschichte des röm. Rechts*, II, p. 429-476.

27. « Principium vero litis est litis contestatio. Lis autem contestata tunc videtur, cum utraque parte presente unus proponit, alius contradicit. » *Brachylogus*, lib. IV, tit. XIII, § 1, (Bæcking, p. 151). Cf. Wieding, *Libell-process*, p. 724.

« Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex in iudicio per narrationem ab

287. Les *Petri Exceptiones*, le *Brachylogus* et les autres traités contemporains attribuent à la *litis contestatio* la plupart des effets qui y étaient attachés dans le droit du Bas-Empire. Elle lie les parties et les oblige à suivre l'instance (28). S'il s'agit d'un *judex extraordinarius*, elles ont trente jours pour le récuser à compter de la citation ; la *litis contestatio* les dépouille de ce droit de récusation (29). De même, il ne peut plus être proposé d'exception dilatoire après la *litis contestatio* : celui qui enfreindrait cette prohibition serait frappé d'une amende d'une livre d'or au profit du juge (30). Après cette phase de la procédure, le tribunal doit prononcer une sentence définitive (31), quand même l'une des parties ferait défaut (32).

La *litis contestatio* constitue le possesseur de mauvaise foi (33) ; elle interrompt la *præscriptio longi tempo-*

utraque parte causam audire cœperit. » *Petr. Exc.*, lib. IV, cap. 21 (Savigny, *op. cit.*, p. 411).

« Contestatio litis est utrinque contentionis initium. » *Lib. de verbis legalibus* § 8 (Fitting p. 184). — La *litis contestatio* y est aussi appelée *allegatio* : « Allegatio est utriusque partis assertio ; allegare enim ille dicitur qui rationes inducit ad commotum suæ causæ. » *Ibid.* § 2 (Fitting, p. 182).

28. « Tunc enim post litem contestatam utraque pars ad iudicium venire cogitur. » *Petr. Exc.*, lib. IV, cap. 21 (Savigny, p. 411).

29. « Omnibus est licentia, recusare extraordinarium iudicem ante litem contestatam intra tringinta dies ab eo, quo in jus vocatus est, si suspectus sit. Postquam vero ab utraque parte causa audiri cœperit, non datur recuandi licentia. » *Petr. Exc.*, lib. IV, cap. 15 (Savigny, p. 409). Cf. L. 16, C. *De judiciis*, III, 1.

30. « Dilatoriam autem exceptionem semper in initio litis opponendam et probandam esse firmamus. Si vero quis tam stultus fuerit, quod non eam in initio, sed post litem contestatam ante iudicium dilationem petierit, et petendo perseveraverit, libram auri iudici dare compellitur. » *Petr. Exc.*, lib. IV, cap. 25 (Savigny, p. 413). Cf. L. 12, C. *De except.*, VIII, 36.

31. « Prius debent iudices... plene et diligenter excutere causam, quæ agitur ante eos et post litem contestationem definitive proferre sententiam... » *Petr. Exc.*, lib. IV, cap. 5 (Savigny, p. 404).

32. « Si vero actor præsens sit, et reus, ut dictum est, contumaciter abfuerit, prædicta observatione non prætermittenda, mittatur actor in possessionem quam petit, redditus sibi impensis. Hæc omnia intelligenda sunt post litem contestatam, nam ante contestationem aliter iudicatur. » *Petr. Exc.*, lib. IV, cap. 21 (Savigny p. 412). Cf. L. 13 § 2, C. *De judiciis*, III 1.

33. « Predo vel malæ fidei possessor est qui sciens alienam rem esse nullo iure possidet, et item post contestatam litem predo vel malæ fidei possessor intelligatur. » *Lib. de verbis legalibus* § 58 (Fitting, p. 202).

ris (34), perpétue les actions temporaires (35) et fait courir le délai de péremption d'instance (36). Les termes de cette disposition, qui se trouve dans l'un des Appendices aux *Petri Exceptiones*, reproduisent presque littéralement un texte beaucoup plus ancien du traité *De actionum varietate*, qui procède lui-même de deux constitutions du Code de Justinien, les lois *Properandum* (37) et *Criminales causas* (38).

Enfin la Glose de Turin nous atteste que les principes anciens sur le bénéfice de division étaient restés en vigueur : si un fidéjusseur vient à perdre sa fortune avant la *litis contestatio*, les conséquences de son insolvabilité, nous dit le glossateur, sont supportées par les autres fidéjusseurs ; mais, s'il ne devient insolvable qu'après la *litis contestatio*, sa part dans la dette ne tombe point à la charge de ses cofidéjusseurs (39).

D'après un passage du *Brachylogus*, les effets de la *litis contestatio* pouvaient être produits par la *precum porrectio* et l'*episcopalis commonitio* (40).

288. Une formule, qui paraît être de la même époque que les derniers textes cités, donne quelques détails sur les formes

34. « Longi temporis prescriptio post moram litis contestatæ completa non proficit. » *Lib. de verbis legalibus* § 16 (Fitting, p. 187).

« Continuatio temporis sine litis controversia dominum facit. » *Ibid.* § 10 (Fitting, p. 186).

35. « Hac autem contestatione actiones, quæ temporales erant, vel quæ in heredem transire non poterant, seu quæ jam fere præscriptione exclusæ erant, et in heredem et perpetuæ efficiuntur, nec ulla nisi tricennali præscriptione post litis contestationem habitam excluduntur. » *Brachylogus*, lib. IV, tit. XIII § 2, (Bœcking, p. 151).

36. « Spatium autem et tempus certum istarum actionum quas supra diximus intelligi debet ante litem contestatam. Nam si lis fuerit contestata, et quidem actio fuerit criminalis, non cognoscitur durare ultra biennium post litem contestatam, ut C. ut intra certum tempus criminalis questio terminetur, l. criminales causas. Si autem fuerit civilis, [non] ultra triennium vivere consuevit, ut. C. de judiciis, l. properandum. » *Petr. Exc. leg. rom. App.* II § 55 (Fitting, p. 169).

37. L. 13, C. *De judiciis*, III, 1.

38. L. 3, C. *Ut intra cert. temp.*, IX, 44.

39. « Si post litem contestatam fidejussor inops fuerit, pars ipsius ceteros fidejussores non onerat ; si vero ante litem contestatam solvendo non sit, tunc onus illius ad ceteros pertinet, et ipsi pro illo tenentur. » Glose de Turin, 414 (Savigny, *Geschichte des röm. Rechts*, II, p. 469).

40. « Hoc idem facit precum porrectio (*alias* oblatio), episcopalis admonitio, et quædam alia. » *Brachylogus*, lib. IV, tit. XIII § 5 (Bœcking, p. 151).

suivies alors pour la *litis contestatio*. Elle présente de l'analogie avec les formules dites lombardes, qu'on trouvera plus loin ; nous croyons utile d'en traduire quelques passages, avec les restitutions que réclame un texte très altéré.

« Contre Titius, détenteur de mon fonds Cornélien, qui m'appartient en vertu d'une vente et tradition à moi faite par Mevius, je, Gaius, ai déposé devant le juge Publius cette demande contre Titius. »

Monitoire du juge. — « Sur l'interpellation de Gaius, réclamant qu'il soit donné audience contre toi, Titius, nous avons cru nécessaire de t'en adresser monitoire, afin qu'après avoir délibéré sur cette demande, tu y donnes satisfaction ou que tu te défendes en la repoussant conformément à la loi. »

Libelle de défense. — « Je dis que la demande dirigée contre moi par Gaius n'a aucun fondement ; car j'espère prouver qu'il n'a jamais reçu tradition du fonds qu'il réclame (41). »

Avant de passer à l'étude des textes plus nombreux et mieux coordonnés d'une autre époque, il semble utile de résumer les dispositions éparses dans les traités que l'on vient de citer.

La *litis contestatio* s'opère lorsque le juge a commencé à entendre la cause au fond. Elle comporte la production d'une demande et d'une défense consignées par écrit, la comparution des parties devant le juge et l'affirmation de leurs conclusions. Sur ce dernier point, les traités des dixième, onzième et douzième siècle s'écartent du système de la *Lex Romana Visigothorum*, qui se contentait de la simple production par écrit de la demande et de la défense.

41. « Adversus Titium denarios c. debente michi aureos ex mutuo vel cornelianum meum fundum possidentem ex venditione et traditione Mevii ad me pertinere, ego Gaius apud judicem Publium hanc postulationem contra Ticiam deposui.

De inemptica (sic) amonitoria. — « G. agi (sic) ex interpellatione audientiam (sic) contra sibi fieri inplorantis ammonere te necessarium duximus, ut ejus conventionem considerata aut consensus satisfiat postulanti, aut contradices legitime te defendas.

De libello contradictionis. «... Intentionem itaque Gaii contra me late falsitatem inesse dico, quia fundum, quem suppetit, nunquam sibi traditum esse confido. » *Petr. Exc. leg. Rom. App.* II. B (Fitting, p. 170. Cf. p. 78 et 85).

CHAPITRE II.

L'INTERPELLATIO dans les coutumes germaniques.

289. Le terme *litis contestatio* ne se trouve que très accidentellement dans les textes d'origine germanique, féodale ou coutumière. On n'en attache pas moins une grande importance à cette phase de la procédure, où les deux parties exposent contradictoirement devant le juge leurs prétentions respectives. Ce point décisif est ordinairement désigné dans les textes latins par les mots *interpellatio*, *allegatio* (1); dans les textes français, jusqu'à la fin du treizième siècle, c'est « l'entamement de plet », le « plet entamé », le « plet men » (*lis mota*). On ne retrouve guère qu'au quatorzième siècle le terme *litis contestatio* ou *litiscontestatio*, qui devient à partir du seizième siècle la *contestatio en cause*.

SECTION PREMIÈRE.

FORMES DE L'INTRODUCTION D'INSTANCE A L'ÉPOQUE MÉROVINGIENNE.

290. Les plus anciennes coutumes germaniques attribuent aux parties agissant en personne un rôle considérable dans la conduite de la procédure; mais elles obviennent en partie aux inconvénients que pourrait amener ce droit d'initiative et cette liberté d'action laissés aux plaideurs, en les astreignant à des

1. On a déjà rencontré le terme *allegatio* dans le *Libellus de verbis legalibus* (§ 2) et dans l'un des appendices aux *Petri Exceptiones* (II, B). Cf. Fitting, *Jurist. Schriften*, p. 182 et 110.

règles rigoureuses et à des formules sacramentelles, dont ils ne peuvent se départir (2). On a vu le même fait se produire dans la plus ancienne procédure romaine ; on le retrouvera dans les premiers essais de la procédure féodale.

D'après les coutumes, qui retracent le plus fidèlement les usages germaniques, la citation en justice ou ajournement s'opère par la *mannitio*, et dans quelques cas par la *testatio*, actes qui sont l'un et l'autre une sommation à comparaître en justice faite par le demandeur en personne, agissant comme à Rome de son autorité privée et assisté de trois témoins (3). La *bannitio*, faite en vertu de l'ordre ou avec l'autorisation du juge, ne s'introduira et ne se généralisera que lorsque le gouvernement monarchique et l'autorité judiciaire seront plus fortement constitués. Pendant longtemps l'emploi de la citation privée ou de la citation judiciaire paraît abandonné aux choix du demandeur ; au commencement du neuvième siècle, l'ancienne forme de la *mannitio* continue à être nécessaire dans les questions les plus graves, notamment dans les contestations sur la liberté, l'esclavage, la propriété, les successions, tandis que dans les autres cas, c'est la *bannitio* qui est employée (4).

291. Le défendeur comparait dans le *mallus* devant les juges, sur la citation faite en l'une ou l'autre de ces formes. Alors s'accomplissait, chez certaines tribus tout au moins, le *stapsaken* (*stabs sagen*), cérémonie tout à la fois religieuse et juridique, où les deux parties affirmaient chacune leur prétention et se provoquaient au combat, après avoir pris les dieux à témoin de leur bon droit dans un lieu consacré aux divinités de la tribu. Le demandeur tenait vraisemblablement à la main une baguette (5).

2. Cf. H. Brunner, *Wort und Form* (*Sitzungsberichte der philos.-hist. Cl. der kais. Akademie der Wissenschaften*, LVII, 1867, p. 655).

3. Cf. Siegel, *Deutsches Gerichtsverfahren*, I, p. 65 ; Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr.*, I, p. 111 et 112 ; Sohm, *Process der Lex Salica*, p. 14 ; p. 126 ; *Altdeutsche Gerichtsverfassung*, p. 115.

4. Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr.*, II, p. 116 ; Sohm, *Altdeutsche Gerichtsverfassung*, I, p. 116.

5. Il serait superflu de faire ressortir l'analogie qui existe entre le *stapsaken* et la *manuum consortio* de l'ancienne procédure romaine.

« Pour cet acte que les Bavarois appellent *stapsaken* (dit le duc Tassilon dans son édit *De popularibus legibus*), où nous retrouvons les vieux usages et l'idolâtrie des païens, nous voulons qu'à l'avenir on procède ainsi. Celui qui réclame ce qui lui est dû, dira : *Tu m'as enlevé telle chose contre tout droit, tu dois me la rendre et payer tant de sous comme composition.* — Le défendeur dira au contraire : *Je ne t'ai point pris cette chose, et je ne dois point payer de composition.* — Le demandeur reprendra ensuite la parole et dira : *Élevons nos mains droites pour invoquer le juste jugement de Dieu.* — Et alors ils élèveront l'un et l'autre leur main droite vers le ciel (6). »

On n'hésite plus aujourd'hui à reconnaître que cette cérémonie du *stapsaken* ne constituait point un mode de preuve, mais qu'elle n'était que l'affirmation solennelle des prétentions de deux parties, affirmation symbolisée par des signes extérieurs et réglée par les rites de la religion (7).

Le *stapsaken* était également usité dans les tribus franques. On en retrouve les traits essentiels dans le titre LXVII de la loi Ripuaire. Ce texte nous apprend que dans les questions d'état ou de propriété immobilière, après le *malo ordine*, c'est-à-dire très vraisemblablement après avoir prononcé la formule sacramentelle, par laquelle on affirmait son droit et l'illégitimité des prétentions de l'adversaire (8), le demandeur devait jurer devant le perron du roi avec douze hommes libres rangés en cercle ; pour ce serment, il tenait à la main une baguette et prononçait des paroles sacramentelles (9).

6. « De eo quod Bawarii stapsaken dicunt, in quibus verbis ex vetusta consuetudine paganorum idolatria reperimus, ut deinceps non aliter nisi ut dicat qui quærit debitum : *Hæc mihi injuste abstulisti, quæ reddere debes, et cum tot solidis componere*; reus vero contra dicat : *Non hoc abstuli, nec componere debeo*; iterata voce requisitor debiti dicat : *Extendamus dexteram nostras ad justum judicium Dei*; et tunc manus dexteram utrique ad cælum extendant. » Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 296; *Mon. Germ. Hist.*, LL. III, p. 465. Cf. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 927.

7. Siegel, *D. Gerichtsverfahren*, I, p. 119; Sohm, *Proc. der L. Sal.*, p. 148.

8. Les mots *malo ordine* se sont conservés pendant plusieurs siècles dans la formule de la *litis contestatio* germanique.

9. « Si quis pro hereditate vel pro ingenuitate certare cœperit post malo ordine cum sex in ecclesia conjuret, et cum duodecim ad stappulum regis in cir-

Les coutumes suivies au sixième et au septième siècle dans les contrées, où saint Boniface trouvait encore au huitième, un si grand nombre de païens, devaient conserver plus longtemps que toutes les autres l'usage de ces pratiques, où l'action sacerdotale était si profondément empreinte. Aussi la loi Ripuaire exige-t-elle encore que le demandeur atteste la citation donnée au défendeur par un serment prêté au bois sacré (*in haraho*) (10). Une autre loi plus récente, mais appartenant à la même région, la petite coutume des Francs Chamaves nous montre aussi pour l'affranchissement, qui confère l'ingénuité, douze hommes libres formant le *circulus* (*manuum rota, hant-rada*), dans un lieu consacré aux divinités de la tribus (*in loco qui dicitur sanctum*) (11).

292. Les autres lois germaniques, qui ont subi davantage l'influence du christianisme, et qui étaient en vigueur dans les contrées où dominait l'élément gallo-romain, ne retiennent des formes primitives que l'affirmation solennelle des prétentions des parties, et la dénégation énergique qu'elles opposent à la demande de leur adversaire. Les lois, les formules et les diplômes des deux premières races nous donnent presque toujours les mêmes termes pour cette affirmation et cette dénégation; la persistance remarquable de ce protocole peut donner à penser qu'il reproduit en partie le type primitif, dont l'élément païen aurait disparu.

culo et in hasla, hoc est in ramo, cum verborum contemplatione conjurare studeat. » *L. Rip.*, tit. LXVII, cap. 5 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 187). *Hasla* signifie littéralement une baguette de coudrier (all. mod. *hasel*). L'explication donnée par Grimm (*D. Rechtsalterthümer*, p. 810), qui entend par là une enceinte entourée de haies, est aujourd'hui abandonnée.

10. « Si autem manitus fuerit ad secundum mallum, aut ad tertium, seu ad quartum, vel quintum, usque ad sextum et venire distulerit, pro unoquoque mallo, si ille qui cum manit, cum tribus rachinburgiis in haraho conjuraverit quod legitime manitus fuerit, quindecim solidis culpabilis judicetur. » *L. Rip.*, tit. XXXII, cap. 2. Cf. *h. t.*, cap. 5 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 172). — Grimm, *D. Rechtsalterthümer*, p. 794 et 905.

11. « Qui per hantradam hominem ingenuum dimittere voluerit, in loco qui dicitur sanctum sua manu duodecima ipsum ingenuum dimittere faciat. » *Lex Francorum Chamavorum* § XI (éd. Th. Gaupp, Breslau, 1855, in-8). — Ce passage est célèbre, parce que Pertz a cru devoir faire du mot *sanctum* un nom de lieu, *Xanten*, et appeler ce texte, que les anciens éditeurs avaient pris pour un capitulaire, *Jus pagi Xantensis*.

Le demandeur et le défendeur exposent successivement leurs prétentions réciproques en termes très brefs. On constate presque toujours que les deux parties sont en présence et que par suite le débat est contradictoire. L'affirmation du demandeur est habituellement exprimée par les mots *interpellare, repetere*. Les motifs allégués de part et d'autre sont extrêmement sommaires : on se borne même le plus souvent à affirmer que l'adversaire tient l'objet du litige *malo ordine*, termes empruntés à la formule primitive, et qui avaient encore conservé quelque chose de leur ancien caractère sacramental (12). Le défendeur répond qu'il ne détient point l'immeuble litigieux *malo ordine*, mais en vertu d'un titre en bonne forme (*per testamentum*), d'une prescription plus que trentenaire ou de toute autre cause légitime d'acquisition (13).

On trouve le mot romain *contestari* après le terme ordinaire *interpellavit* dans un texte qui se réfère à la loi Salique (14). Bethmann-Hollweg n'hésite pas à voir dans les

12. Grimm, *D. Rechtsalterthümer*, p. 4. — Cette formule persiste jusqu'au dixième et même jusqu'au onzième siècle : on la trouve ainsi dans des chartes de l'abbaye de Conques en Rouergue de cette époque.

954, 2 janvier. « ... Se recognoverunt tres fratres illi quod malo ordine Nignano et Benjamin contrapellabant. » G. Desjardins, *Cartul. de Conques*, p. 158, n° 155.

1015, 28 août. « ... Villa, quæ vocatur Palaiz, cum suis terminis teneret malum ordine. » *Ibid.*, p. 25, n° 18. Cf. *Ibid.*, p. 152, n° 175.

13. « Si quis interpellatus chartam præ manibus habuerit, nulla ei malo ordine invasio requiratur; quia dum interpellatur, respondeat ad interrogationes, et sine tangano loquatur et dicat: *Non malo ordine sed per testamentum hoc teneo.* » *L. Rip.*, tit. LIX, cap. 8 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 185).

« Repetebat ei eo quod illa terra, quem apud homine illo concambiavit, qui est in pago illo, in grafia illa, in loco qui vocatur ille, post se malo ordine retineret injuste. Et ipse homo in presente adstabat, et ac causa nullatenus potuit denegare nec tradere rationes, per quem ipsa terra habere debeat. » *Append. Marculfi*, 7 (De Rozière, *Formules*, II, p. 565, n° 461). Cf. *Form.*, 462, 472, 478, 479, 486, etc.

679-680, 30 juin. « Theudericus, rex Francorum, vir inluster. Cum ante dies in nostri vel procerum nostrorum presencia, Compendio, in palacio nostro... ibique veniens simena, nomene Acchildis, Amalgario interpellavit dum dicerit eo quod porcione sua, in villa noneobanti Bactilione-Valle, quem de parti generici sua Bertane quondam, ligebus obvenire debuerat, post se malo ordine retenerit. Qui ipse Amalgarius taliter dedit in respunsis, eo quod ipsa terra, in predicto loco Bactilione-Valle, de annis triginta et uno, inter ipso Amalgario vel genitore suo Gaeltramno quondam, semper tenerant et possiderant. » J. Tardif, *Monuments historiques*, p. 18, n° 22. Cf. n° 48, 55, etc.

14. « Dum resederet autem comes ille in mallo suo publico ad universas

formules de ce genre une véritable *litis contestatio* (15).

293. Le texte de la loi Ripuaire, que nous avons cité plus haut (tit. LIX, ch. 8) mentionne une formalité dont le sens et le but sont encore incertains. Cette loi déclare que le défendeur interpellé doit parler *sine tangano*. On retrouve la même disposition dans le titre XXX, ch. 1 et dans le titre LVIII, ch. 19 et 20 (16). Un chapitre de la loi Salique nous prouve que le *tanganus* n'était pas exclusivement propre aux Francs Ripuaires (17).

Quel est le sens littéral des mots *tanganus*, *tanganare*? Selon Grimm, *tanganare* signifie demander, requérir (all. mod. *verlangen*); c'est le sens du mot « tangonner », qui se retrouve dans nos chansons de geste (18); Müllenhoff l'explique par *adjurare*, *interpellare* (19); Sohm y attache l'idée de sommation, de contrainte (20); Siegel croit que cette mise en demeure était accompagnée de serments, qui obligeaient la partie à répondre mot pour mot (21).

causas audiendas vel recta iudicia terminanda, ibique veniens advocatus illius episcopi aliquem hominem, nomine illo, interpellavit, contestans quia secundum legem Salicam esset servus ipsius ecclesiæ vel ipsius episcopi.» *Form. Lindembrog.*, 169. (De Rozière, *Form.*, II, p. 585, n° 485.) — Le mot *testare* revient à diverses reprises dans le titre XLV du *Pactus legis Salicæ antiquior* dans une acception qui n'est pas sans analogie avec celle des expressions romaines *contestari*, *contestatio*.

15. *Germ. Civilpr.*, I, p. 245. La formule qu'il cite est probablement du septième siècle. Voici la demande et la défense des parties : « Ille contra illum asseruit dicens : *Rem illam, quam jure patris mei debitam mansit, cur eam in tuo servitio habeas edicito*. E contra ille ait : *Cur istam, quam a nobis reposcere conaris, per illo et illo capitulo nobis collata sunt, et per tot annos nominata res jure patris mei illius et nostro servitio mansit; sed si justa quod asseris res illa esse patris tui illius jure fuisse debita affirmas, convincere te oportet*. » De Rozière, *Form. Wisig.*, 40.

16. « Dominus ejus [servi] in iudicio pro eo interrogatus respondeat et sine tangano loquatur. » *L. Rip.*, tit. XXX, cap. I (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 171).

« Hoc etiam constituimus, ut nullum hominem regium, Romanum vel tabularium interpellatum in iudicio non tangant. » *Ibid.*, tit. LVIII, cap. 19 (Walter, *op. cit.*, I, p. 182).

17. « Hic ego vos tangano ut legem dicatis secundum lege salica. » *L. Sal. Pact.*, LVII § 1.

18. « Moulte me tangonne. » *Roman de Challemaine*. Cf. Grimm, *D. Rechtsalterthümer*, p. 5.

19. G. Waitz, *Das alte Recht der Salischen Franken*, App., p. 293.

20. Sohm, *Proc. der L. Sal.*, p. 145 et s.; p. 150.

21. Siegel, *D. Gerichtsverfahren*, I, p. 121 et s.

Si le défendeur interpellé *cum tangano* refuse de répondre au demandeur, il encourt par ce seul fait une amende de trois sous et peut-être de quinze sous (22). Les hommes du roi, c'est-à-dire les affranchis du roi (23), les Gallo-Romains, les affranchis *per tabulas*, c'est-à-dire *secundum legem romanam*, qui avaient l'évêque pour patron (24), étaient à l'abri de cette procédure éminemment germanique et païenne, qui reproduisait peut-être le rite primitif du *stapsaken*, et était vraisemblablement accompagnée, comme le pense Siegel, d'un serment prêté dans ces enceintes sacrées, dont on croit retrouver les traces sur les bords du Rhin (25).

Le même texte, qui interdit d'employer le *tanganus* contre les hommes du roi, les Gallo-Romains et les affranchis, qui vivent sous la loi romaine, ajoute : *Nec alsaccia requirat* (26). Les derniers commentateurs reconnaissent dans le mot *als* un terme employé ailleurs avec le sens de temple, église ; l'*alsaccia* (*als-sache*) serait la « cause des lieux saints » et la défense de recourir à cette ancienne forme nous révèle encore le caractère religieux de cette phase initiale de la procédure (27). L'explication de ce terme, qui nous reporte à une époque antérieure à la conversion des Francs, est confirmée par la suite du ch. xix du titre LVIII de la loi Ripuaire : « Si l'un de ces affranchis du roi, de ces Gallo-Romains ou affranchis *per tabulas* est régulièrement interpellé et qu'il compare, il rappellera dans sa réponse les termes de la demande ; mais il ne les rappellera point devant l'autel (*ante altare*), comme un Ripuaire (28). Les *servi* du roi et des églises répondront aussi pour eux-mêmes en justice et prêteront les

22. *L. Sal. Pact.*, tit. LVII. Cf. Siegel, *op. cit.*, I, p. 155. — Le *solidus* — sou d'or — représentait à cette époque environ 100 fr., si l'on tient compte de la valeur intrinsèque et du pouvoir des espèces monétaires au septième siècle.

23. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, p. 179, note 1.

24. *L. Rip.*, tit. LVIII, cap. 1.

25. « *Servi autem regis vel ecclesiarum... sacramenta absque tangano conjurent.* » *Ibid.*, tit. LVIII, cap. 20 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 182).

26. *L. Rip.*, tit., LVIII, cap. 19 (Walter, *loc. cit.*).

27. Sohm, *Proc. der L. Sal.*, p. 149.

28. « *Et si in presenti legitime mallatus fuerit, ea verba commemoret, et non ei sicut Ripuario ante altare verba commemoret.* » *L. Rip.*, tit. LVIII, cap. 19 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 182).

serments sans le *tanganus* (29) ». Lorsque le débat avait lieu entre deux hommes libres appartenant à la tribu des Ripuaires, il s'engageait donc encore *cum tangano*; cette cérémonie transformée par le christianisme s'accomplissait *ante altare* et conservait ainsi son caractère primitif.

On a conjecturé, comme il a été dit plus haut, que le *tanganus* avait pour but et pour effet principal d'obliger le défendeur à répondre — mot pour mot — à la demande (30). La loi Ripuaire dispense en effet les parties de cette formalité dans un cas où il était impossible pour le défendeur de répondre en niant — mot pour mot — l'affirmation du demandeur. Elle suppose que le maître d'un esclave est interpellé en justice pour le fait de cet esclave; s'il ne croit pas pouvoir ajouter foi aux déclarations de celui-ci, il parlera *sine tangano* et il répondra à l'interpellation qui lui sera adressée devant le juge: « J'ignore si mon esclave a commis ou non le fait qu'on lui reproche (31) ». Il lui était impossible en pareil cas de reproduire littéralement la demande de son adversaire — *verba commemorare*—et de répondre en transformant la proposition affirmative en proposition négative: « Je N. nie que mon esclave appelé Seius ait déplacé les bornes du champ appartenant à toi Titius, et situé dans tel lieu. » Pour une dénégation aussi solennelle et aussi positive, il eût fallu que le maître eût une confiance absolue dans les dires de son esclave.

La loi Ripuaire prévoit encore, dans un autre passage, le cas, où l'acheteur d'un immeuble en vertu d'un titre en bonne forme est attaqué en justice, et où le demandeur affirme que le défendeur détient l'immeuble *malo ordine*. Ce défendeur peut encore parler *sine tangano*, parce qu'avec l'emploi de cette forme, il aurait dû se borner strictement à répondre

29. « Servi autem regis vel ecclesiarum non per actores, sed ipsi pro semet ipsis in iudicio respondeant, et sacramenta absque tangano conjurent. » *Ibid.*, c. 20 (Walter, *loc. cit.*).

30. Siegel, *D. Gerichtsverfahren*, p. 121 et s.; p. 151 et s.

31. « Quod si quis in iudicio pro servo interpellatus fuerit, si servus talis non fuerit, unde dominus ejus de fiducia securus esse possit, dominus ejus in iudicio pro eo interrogatus respondeat, et sine tangano loquatur, et dicat: *Ego ignoro utrum servus meus culpabilis, an innocens de hoc extiterit.* » *L. Rip.*, tit. 50 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I. p. 171).

qu'il ne possédait point le champ *malo ordine*. Pour simplifier la marche de la procédure et faciliter la tâche des juges, on lui permet de s'affranchir de la forme sacramentelle et d'introduire dans sa réponse l'argument décisif qu'il peut présenter pour établir sa légitime possession. Il devra donc dire : « Je ne détiens point ce champ sans titre régulier, je le tiens en vertu d'un acte en bonne forme (52). »

Il ne faudrait pas croire toutefois que la dispense du *tanganus* affranchit complètement les parties de ce formalisme rigoureux qu'on retrouve aux débuts de la procédure romaine et de la procédure féodale, comme aux premiers jours de la procédure germanique. Un texte déjà cité déclare bien que lorsqu'il n'y aura pas de *tanganus*, le défendeur ne sera pas tenu de rappeler ou reproduire les paroles de la demande devant l'autel : *non ante altare verba commemoret* (53); mais il devra néanmoins les répéter (*commemorare*). Toutefois, comme il n'est plus lié par ces rites qui l'obligeaient à répondre — mot pour mot, — après avoir reproduit la demande de son adversaire, il pourra y ajouter les affirmations ou énonciations sommaires, qui appuient sa dénégation et qui vont lui permettre de reprendre l'offensive en établissant son droit par l'un des modes de preuve en usage. On ne doit pas perdre de vue que dans le droit germanique l'*onus probandi* incombe au défendeur et non au demandeur, *ei qui negat non ei qui dicit* (54). Le changement qui s'opérait dans les rôles des parties lors de leur premier débat devant le juge rendait très praticable un système qui étonne de prime abord les esprits habitués aux doctrines romaines. Aussi les formules du septième et du huitième siècle, ainsi que les diplômes de la même époque sont tous rédigés d'après le type que donne la loi Ripuaire pour la défense motivée (55).

52. « Si quis interpellatus chartam præ manibus habuerit, nulla ei malo ordine invasio requiratur : quia dum interpellatur, respondeat ad interrogationes, et sine tangano loquatur, et dicat : *Non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo.* » *L. Rip.*, tit., L'X, c. 8 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 185).

53. *L. Rip.*, tit. LVIII, c. 19 (Walter, *Corp. jur. germ.*, I, p. 182).

54. Siegel, *D. Gerichtsverfahren*, I, p. 167.

55. *Form. And.*, 46 (De Rozière, *Formules*, II, p. 575, n° 473 § 1).

SECTION II.

FORMES DE L'INTRODUCTION D'INSTANCE A L'ÉPOQUE CAROLINGIENNE.

294. Sous les Carolingiens, le *tanganus* a disparu avec la plupart des rites d'origine païenne ; la *litis contestatio* du droit germanique est encore empreinte de formalisme, mais elle continue à se prêter aux additions et développements sommaires que chaque affaire peut réclamer. Elle ne subit qu'une modification importante, conséquence logique de la transformation générale de la procédure, où l'intervention du juge devient de plus en plus marquée.

Dans la période précédente, c'est le demandeur en personne, qui, de son autorité privée, cite son adversaire en justice par la *mannitio* ou la *testatio*. Dès la fin de la première race, l'intervention du juge devient nécessaire dans certains cas pour cette citation ; sous les Carolingiens, la *bannitio* est la forme ordinaire des ajournements.

295. Pendant la période mérovingienne et même un peu au-delà, lorsque les parties sont devant le juge, c'est toujours le demandeur qui prend la parole et interpelle son adversaire. Telle est encore la forme suivie, en 750 et en 775, dans des jugements rendus au nom de Pépin, maire du palais, et de Charlemagne (56). La marche de la procédure est encore la même qu'au temps de Chilpéric II et de Thierry II (57). Mais dans une *notitia iudicii* de 785, on voit les juges prendre une part plus active au débat. Le demandeur Arloin, mandataire de l'archevêque de Narbonne, s'adresse aux juges et leur dit : « Veuillez m'entendre avec le comte Milon ici présent, attendu qu'il retient *malo ordine* et contre tout droit telles

36. 750, 20 juin. « Cum resedisset inluster vir Pippinus, majorem domus, Attiniaco... ibique veniens Fulradus, abba de monasterio sancti domni Dionisii... advocato Ragane abbatissa, nomene Legitemo, interpellabat, repetebat ei eo quod ipsa Ragana... res sancti Dionisii post se, malo ordine, retenebat injuste... » J. Tardif, *Mon. hist.*, p. 44, n° 53. Cf. *Ibid.*, p. 59, n° 75.

37. *Ibid.*, p. 18, n° 22; p. 40, n° 48.

terres situées dans le Narbonnais. » — Alors, continue ce document, nous, *missi* et juges, avons interrogé ledit comte Milon : « Que réponds-tu à Arloin ici présent, mandataire en cette cause dudit archevêque? » — Alors le comte Milon dit : « Ces terres, mon seigneur le roi Charles me les a données en bénéfice (38). » On retrouve le même formulaire dans une *notitia judicati* de 844, et dans tous les plaids de cette époque (39).

296. Cette double transformation dans la procédure, qui dégage les plaideurs de l'étroit formalisme où les enfermait le droit primitif, et fait intervenir les juges dans cette phase de l'instance, se retrouve dans les formules lombardes rédigées pour une part notable d'après les lois franques (40).

« Pierre, dit le juge au défendeur dans une de ces formules, tu es interpellé par Martin, attendu que tu détiens *malo ordine* à son préjudice un champ dans tel lieu. » Le défendeur n'est plus obligé de répondre mot pour mot à cette interpellation que lui transmet le juge; il affirme son droit et en indique l'origine : « Ce champ m'appartient en propre en vertu de la charte que Marcouard m'en a faite (41). »

38. « Cumque ibidem residerent præscripti missi et iudices... veniens homo nomine Arluinus, qui est assertor vel causilicus et mandatarius Danielo archiepiscopo... et dixit : Jubete me audire cum isto præsentem Milone comite, quia tales villas qui sunt in pago Narbonense... eis retinet malum ordinem injuste. Tunc nos missi, vassi dominici et iudices interrogavimus jamdicto Miloni comite : Qui respondis ad isto Arloino, qui est mandatarius de jamdicto archiepiscopo de hac causa? Tunc Milo comes in suum responsum dixit : Ipsas villas senior meus Karolus rex mihi eas dedit ad beneficio. » Baluze, *Capitul.*, II, col. 1394 et 1395.

39. « In eorum præsentia veniens Stremirus archipresbyter, mandatarius, qui est prædicto episcopo [Gerundensi], et dixit : Jubete me audire cum isto præsentem Andrea domos, curtes, hortos, et pomiferos et terras... Iste Andreas eos retinet injuste et contra legem. Tunc supradicti comites, vicecomes vel iudices interrogaverunt prædicto Andrea quid ad hæc responderet. » *Ibid.*, II, col. 1512.

40. Le dernier éditeur de ces formules, M. Boretius, leur assigne pour date le onzième siècle. C'est bien probablement l'époque de la rédaction des compilations où elles se trouvent, et notamment du *Liber Papiensis*; mais elles semblent souvent rédigées d'après des formulaires plus anciens. Telle est, par exemple, la formule où l'on trouve le passage suivant : « Si est Romanus, similiter dic; sed si est Salichus, si est Roboarius, si est Francus, si est Gothus vel Alamannus venditor, pone cartulam in terram. » *Mon. Germ.*, LL. IV, p. 595. Cf. Savigny, *Geschichte des röm. Rechts*, III, p. 510, note 6.

41. * *Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine terram in*

Cette forme de procéder pouvait s'adapter à toutes les contestations possibles, et elle permettait au défendeur de reprendre l'offensive. Le juge, qui n'a fait qu'engager l'action, se borne à entendre ce dialogue : « De quel droit m'interpelles-tu? » continue le défendeur dans la formule qu'on vient de citer. — « En vertu d'une charte qui m'a été faite par le même Marcouard. — Cette charte est contraire à la loi. reprend le défendeur; après m'avoir fait tradition, il ne pouvait vendre le même champ à un autre. — J'affirme que tu savais qu'il m'avait déjà vendu ce champ. » Et ici, le demandeur se trouve obligé de prouver cette affirmation pour ne pas laisser au défendeur la faculté de se disculper par le serment avec cojurateurs, preuve admissible en pareil cas.

Par cette série d'affirmations et de négations qui présentent une analogie marquée avec les *positiones* et les *articuli* des siècles suivants, on arrivait à décomposer en ses divers éléments la question débattue et à bien préciser le point de fait ou de droit, qui constituait véritablement le litige.

Dans la procédure criminelle, on suivait la même marche qu'en matière civile : « Pierre, tu es interpellé par Martin pour avoir tué son père. — Je ne répons point, parce que je suis mort, » dit le défendeur, en excipant de la mort civile dont il était frappé. Le demandeur, dans la suite du dialogue, s'applique à établir la responsabilité pécuniaire de l'inculpé (42).

Le défendeur pouvait du reste se dispenser de répondre par des faits contraires et se borner à dire que l'interpellation était faite à tort, — *De torto*. — Cette forme était plus fré-

tali loco.—*Ipsa terra mea propria est per cartam, quam michi fecit Marcoardus. Et quid tibi pertinet? — Per cartam, quam michi fecit Marcoardus. — Contra legem est, quia, postquam fecit michi unam traditionem, non potuit tibi facere aliam. — Hoc dico ego quod tibi fuit cognitum, quando mihi vendidit, et tacuisti unum annum per illusionem. Et probet. Si dixerit : Non fui infra patriam; probet ipse, qui habet posteriorem cartam. Si dixerit ipse, qui habet priorem cartam: Tibi fuit cognitum, quod michi erat vendita ipsa terra, probet.» Lib. Pap., Loth. 31 (Walter, Corp. jur. germ., III, p. 642; Mon. Germ., LL. IV, p. 545).*

42. « Petre, te appellat Martinus, quod tu occidisti patrem suum. — Non tibi respondeo, quia ego sum mortuus. » Lib. Pap., Kar. mag. 46 (Walter Corp. jur. germ., III, p. 590 et 591; Mon. Germ., LL. IV, p. 497).

quemment employée en matière criminelle qu'en matière civile (43).

On ajoutait à juste titre une grande importance à bien poser les questions et à répondre habilement. Le rédacteur des formules donne souvent des exemples d'affaires mal engagées; il s'interrompt pour dire : « C'est répondre comme un âne, » et il ajoute : « Voici comment il faut dire (44). »

SECTION III.

EFFETS DE L'INTRODUCTION D'INSTANCE.

297. Nous n'avons parlé jusqu'ici que des formes de cette sorte de *litis contestatio* et de la citation, qui la précède. Les textes ne permettent guère d'en déterminer les effets avec certitude.

On sait seulement que la *mannitio* obligeait les parties à comparaître, sous peine d'une amende de 15 sous (45). La *bannitio* comme tout autre ordre émané du roi ou du comte, astreignait celui qui l'avait reçue à se présenter au tribunal; la désobéissance à cet ordre était punie d'une amende (46).

43. « *Petre, te appellat Martinus quod tu edificasti unum molinum in sua terra. — De torto, vel : Feci, sed mea est.* » *Lib. Pap.*, Roth. 151. Cf. 7, 10, 12 et 179 (*Mon. Germ.*, LL. IV, p. 517. Cf. p. 294, 295, 293 et 551).

44. « *Hæc res secundum asinos est. Sed ita esse debet.* » *Lib. Pap.*, Grim. 4 (*Walter, Corp. jur. germ.*, II, p. 755; *Mon. Germ.*, LL. IV, p. 400).

« *Et hæc est responsio secundum asinos. Sed ita sit.* » *Lib. Pap.*, Liutpr. 69 (*Walter, op. cit.*, II, p. 786; *Mon. Germ.*, LL. IV, p. 456).

45. « *Si quis legibus ad mallum mannitus fuerit, et non venerit, si eum sunnis non detenuerit, quindecim solidis culpabilis judicetur. Ille vero qui alium mannit, et ipse non venit, similiter quindecim solidis culpabilis judicetur.* » *L. Rip.*, tit. XXXII, cap. 1 (*Walter, Corp. jur. germ.*, I, p. 172). Cf. *L. Sal. Pact.*, I § 1.

46. « *Si quis comes ad placitum suum hominem bannit, et ibi non venerit, in fredo solidos quatuor componat.* » *L. Chamar*, § 40, éd. Th. Gaupp, p. 55.

« *Ut bannus, quem per semetipsum dominus imperator bannivit, sexaginta solidos solvatur. Cæteri vero banni, quos comites et judices faciunt secundum legem uniuscuiusque componantur.* » *Cap. excerpta*, 802, 57 (*Mon. Germ.*, LL. I, p. 101). Cf. Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr*, II, p. 115; Sohm, *Alldeutsche Gerichtsverfassung*, I, p. 114.

L'*interpellatio* empêchait incontestablement de décliner la compétence du juge, devant qui elle avait eu lieu, et elle fixait rigoureusement les points à prouver. Il ne semble pas qu'on puisse aller plus loin sans s'égarer dans des conjectures qu'une saine critique ne saurait accepter.

CHAPITRE III

La citation et la **LITIS CONTESTATIO** en droit canonique.

298. L'enseignement du droit romain dans les universités créées et organisées au douzième et au treizième siècle réagit promptement sur la pratique judiciaire. Les imperfections de l'ancienne procédure germanique étaient si sensibles qu'on devait s'efforcer d'y substituer des formes plus savantes, plus compliquées sans doute, mais qui protégeaient bien plus efficacement les droits des parties. Les règles de la procédure romaine, que les tribunaux ecclésiastiques avaient conservées, furent promptement adoptées par les juridictions civiles où prédominent peu à peu des jurisconsultes élevés à la même école que les canonistes. Au douzième et surtout au treizième siècle, on voit se multiplier les traités de procédure pratique appelés communément *Ordines judiciorum*, *Ordines judiciarii*, précurseurs des styles du quatorzième et du quinzième siècle.

Ces traités rédigés le plus souvent pour l'usage des juridictions ecclésiastiques, mais presque exclusivement composés à l'aide du droit romain, exercent une influence notable sur les travaux de nos jurisconsultes coutumiers (1) et sur la jurisprudence du Parlement, du Châtelet, des bailliages, sénéchaussées et prévôtés. Les justices seigneuriales elles-mêmes

1. Beaumanoir, qui a moins cédé que tous les autres à ce courant d'idées, et qui ne cite jamais de texte de droit romain, semble avoir suivi le plan du plus célèbre traité de procédure de l'époque, l'*Ordo judicarius* de Tancrede. Cf. Daniels, *Geschichte des franz. Civilprocessrechtes*, I, p. 57.

ne peuvent échapper à cette action. C'est dans ces *Ordines judiciorum* et dans le *Speculum juris* de G. Durand qu'on peut retrouver le plus sûrement, après la renaissance des études juridiques, les règles de la procédure dérivée du droit romain et spécialement de la *litis contestatio*, règles que la pratique des juridictions civiles et l'influence du droit coutumier modifieront sur divers points, mais qui n'en persisteront pas moins dans leur ensemble jusqu'à l'ordonnance civile de 1667.

SECTION PREMIÈRE.

FORMES DE LA CITATION ET DE LA *LITIS CONTESTATIO*.

299. La *litis contestatio* est le commencement du procès, *exordium judicii*, *litis initium*. Avant que la procédure ne soit arrivée à cette phase, on ne peut pas dire que l'action soit intentée ou qu'on veuille l'intenter. Le débat engagé jusqu'alors entre les parties était appelé *controversia* par les praticiens français(2).

Le premier acte de la procédure est la présentation au juge du *libellus conventionis*, requête qui contient l'exposé de la demande en termes très généraux. Si le juge reconnaît que le *libellus* est régulier, il fait citer le défendeur à comparaître devant lui. La citation a lieu soit verbalement soit par lettres; cette dernière forme de citation est la plus usitée : tantôt elle consiste en une lettre adressée directement à la personne assignée, tantôt un ordre écrit et scellé est envoyé au nom de l'official à un notaire de la cour ou à un curé du diocèse, qui est chargé de citer la partie à tel jour (3). Lors de la première

2. « *Judicium per litis contestationem sumit exordium.* » Tancr., pars III, tit. I (éd. Bergmann, p. 196).

« *Quia litis contestatio est litis initium, et ante illam non dicitur quis agere, sed velle agere.* » G. Dur., *Specul.*, lib. I, part. IV, *De salariis*, § 1, n° 10.

Grégoire IX. « *Quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam... processum ipsorum, de fratrum nostrorum consilio, irritum duximus nunciandum.* » C. 1, X, II, 5.

3. « *Et tunc vel libellum judici offerat, vel simplici verbo conquerendo factum proponat. Ut c. 4. q. 4 §. Si quis se injuriam (c. 2. § 4). Et judex statim reum*

comparution des plaideurs devant le juge, celui-ci faisait lire le *libellus* et en donnait copie au défendeur; puis un délai (*induciae dilatoriae*) était d'ordinaire accordé à celui-ci pour lui permettre de délibérer sur le point de savoir s'il voulait ou non acquiescer à la demande. A l'expiration de ce délai, les parties revenaient en justice et si le demandeur ne pouvait invoquer aucune exception déclinatoire, on procédait à la *litis contestatio* (4).

500. La *litis contestatio* consistait dans un exposé sommaire de la demande au fond fait de vive voix devant le juge compétent (5) et dans la réponse du défendeur, qui affirmait ou niait ce que le demandeur alléguait contre lui (6), ou proposait une exception autre qu'une exception déclinatoire (7).

citare debet literis vel nuntio, nisi rationabilis causa impediatur, ut dicemus in titulo proximo.» Taner., pars II, tit. II (éd. Bergmann, p. 131). Cf. Hupertz, *De litis contestationis juris canonici indole ac natura*, p. 3; Mûchel, *Litiscontestatio in canon. Civilprocess.*, p. 11; P. Fournier, *Officialités*, p. 147.

4. « § 1. Reus primo citatur a iudice. § 2. Et ei venienti ad iudicium offertur libellus. Quo oblato inducie deliberandi dantur ipsi. In quibus deliberabit an velit contendere an liti cedere. § 3. Finitis induciis reus debet redire ad iudicium. Et si non competunt ei exceptiones per quas possit declinare id est effugere iudicium, respondere tenetur actori super petitione sua, affirmando vel negando quod actor proponit contra ipsum. Et affirmatio vel negatio rei dicitur litis contestatio. » *Summa de ordine et processu iudicii spiritualis*, cap. II (Rockinger, *Briefsteller und Formelbücher*, II, p. 1000).

5. « § 1. Litis contestatio est principalis negotii apud suum iudicem hinc inde facta narratio. (Ut Cod. de iud. 3, 1, l. rem non novam. 14. § patroni. 1. X. 1. de dol. et contum. 2, 10. c. prout. 4. X. 3. de juram. calum. 1, 26. c. un.

§ 2. Litis contestatio fit per narrationem et responsionem partium in iudicio factam. Ut Cod... » Taner., pars III, tit. I (éd. Bergmann, p. 196).

Grégoire IX. 1250. « Cum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in iure propositam et responsionem secutam contestatio litis fiat. » C. 1, X, II, 5.

« Litis contestatio est principalis negotii apud competentem iudicem facta narratio et ad eam secuta responsio. » G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.* § 1. Cf. Hupertz, *op. cit.*, p. 11; Mûchel, *op. cit.*, p. 9, note 5; P. Fournier, *op. cit.*, p. 170.

6. « Finitis induciis [deliberandi] reus venire debet ad iudicium. Respondere tenetur actori super petitione sua, affirmando vel negando illud quod actor contra eum proposuit sive proponit. Et ista affirmatio vel negatio dicitur litis contestatio. » *Summa Dominici* (Rockinger, *Briefsteller und Formelbücher*, II, p. 522, note 9).

7. « Post hæc namque lis contestatur, que fit per narrationem actoris et responsionem rei. Ut Cod. de lit. cont. 3, 9 et Cod. de iud. 3. 1. l. rem non. 14, § patroni 1. Sed ita intellige ut reus sit præsens et respondeat competenter, id est vel negando, vel excipiendo, sed non declinando iudicium. » Pillius, *De ord. iud.*, pars II, § 1 (éd. Bergmann, p. 22).

Pour provoquer cette déclaration du défendeur, aussitôt que les parties avaient comparu devant le juge, l'avocat du demandeur se levait et lisait le *libellus* de son client, dont la partie adverse avait reçu copie. On recommandait à celle-ci de bien suivre cette lecture pour s'assurer que son expédition concordait avec l'original. S'il y avait dans le *libellus* quelque chose d'ambigu ou d'obscur, l'avocat du défendeur devait demander des explications (8).

Sur la réquisition du demandeur de faire procéder à la *litis contestatio*, le juge l'interpellait en ces termes : « Demandez-vous, comme il vient d'être lu, et croyez-vous que vous demandiez à bon droit. » S'il disait oui, le juge ordonnait au défendeur de répondre. Celui-ci déclarait que : faisant la *litis contestatio*, il niait les allégations du *libellus*, ou qu'il ne savait point devoir, ou être tenu de faire ce qu'on lui demandait, en ajoutant au besoin qu'il se réservait tous ses droits et moyens de légitime défense, ou enfin qu'il reconnaissait la légitimité de la demande (9).

8. « Partibus igitur in præsentia iudicis constitutis, tunc surgat advocatus actoris et legat libellum actoris, cujus copiam reus habere debet... » Gratia, *De jud. ord.*, pars II, tit. I § 1 (éd. Bergmann, p. 357). — Tancredè dit cependant : « In multis enim locis libellus de more non datur, et valet, quod ibi in iudicio tractatur. » Pars III, tit. I § 5 (éd. Bergmann, p. 199).

« Reus autem cautus sit ut inspiciat an copia libelli concordet cum originali et facta collatione diligenti... inspiciat advocatus rei diligenter an contineat aliqua ambigua vel obscura, et prius quam respondeat, ea faciat declarari. » G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 1, n° 8.

9. « Quibus omnibus expeditis... actor dicat : *Domine iudex, postulo, ut faciatis litem contestari super libello meo*; et tunc iudex quærat ab actore : *Petis tu, sicut lectum est, et credis juste petere*. Si dicit quod sic, tunc reo præcipiat, ut respondeat, et litem contestetur... *FORMA. Litem contestando non credo in libello proposita, vel nescio me teneri ad ea, quæ in libello petantur et narrantur, et similia...* et protestetur sic : *Salvis omnibus juribus et defensionibus mihi competentibus...* Et notandum quod *litis contestatio* debet in actis redigi... » G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, tit. *De lit. cont.*, § 1 n° 8-10.

« Visis igitur a reo omnibus his et consideratis, quæ in libello debent considerari, actor reiteret petitionem suam in hunc modum : *Peto litem contestando, quæ in meo libello continentur*. Tunc debet iudex dicere reo, quod respondeat. Reus vero. . Si vero reus non possit actorem reconvenire, vel etiam nolit, respondeat petitioni actoris sub hac forma : *Litem contestando nego in libello posita, vel Nescio, vel Non credo me teneri ad prædicta, vel per similia verba.* » Gratia, *De jud. ord.*, pars II, tit. I, §§ 1 et 3 (éd. Bergmann, p. 357).

« § 1. Finitis induciis deliberaudi partes, id est actor et reus, ad iudicium redeunt. Et reus respondebit libello, sic dicens : *Domine iudex, hoc quod pro-*

Il fallait autant de réponses qu'il y avait de chefs dans le *libellus* (10). Toutefois, à Rome, on se contentait d'une réponse générale portant désignation de tous les faits articulés et de toutes les demandes (11). On ne pouvait pas se borner du reste à nier l'exposé des faits ou à nier la demande. Tout *libellus* contenait une ou plusieurs allégations de fait (*narratio*), par exemple : « Attendu que je vous ai prêté dix livres ; » et une *petitio* : « Je demande que vous soyez condamné à me les rembourser. » Pour qu'il y eût *litis contestatio*, il fallait que le défendeur s'expliquât sur la *narratio* et la *petitio* (12) et qu'il eût en outre l'intention de contester la cause (13).

301. La négation du défendeur devait viser directement la *petitio* du demandeur : c'est ce qui explique qu'il ait été décidé, après vive controverse, qu'on n'opérait pas la *litis*

ponit actor contra me nego ita esse, vel confiteor ita esse. § 2. Et nota quod hujusmodi affirmatio vel negatio rei vocatur *litis contestatio*. Unde sic diffinitur : *litis contestatio est principalis negotii, id est cause, apud suum judicem hinc inde facta narratio. Fit enim litis contestatio per narrationem actoris propositam et per contradictionem rei oppositam. Ut si dicat actor ad reum : Tu debes mihi XX. marcas, et reus dicat : Non debeo, ecce per hec verba lis est contestata.* » *Summa de ordine...* cap. VIII (Rockinger, *Briefsteller und Formelbücher*, II, p. 1019).

10. « Et si plura sint in libello capitula, ad singula respondendum est, ad hoc ut plena sit *litis contestatio*, quia quot sunt in libello articuli, tot sunt petitiones. » G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 2, n° 1.

11. « Plena est ergo *litis contestatio*, quæ fit in Romana curia ubi sic libello respondetur.

FORMA. *Litem contestando nego narrata prout narrantur, et dico petita fieri non debere.* Nam talis responsio omnia capitula petitionis complectitur, dum omnia generaliter negat... quod dominus meus admittit, ubi plura sunt in libello distincte posita. » *Ibid.*, § 2, n° 1 et 2.

12. « Quid si reus dicat : *Nego narrata, vel Nego petita?* Respondeo : non est *litis contestatio*. Nam in libello duo sunt, scilicet factum seu *narratio*, vel *petitio*, ut si dico : *Cum tenearis mihi in decem ex causa mutui*, ecce factum seu *narratio* : *Peto te mihi condemnari*, ecce *petitio*. Si ergo negetur alterum tantum, non est *lis contestata* unde debet subjici : *Et dico petita fieri non debere.* » *Ibid.*, § 2, n° 4.

13. « Ex premissis patet quod in *litis contestatione* requiruntur animus et verba. Animus scilicet ut intendat quis *litem contestari*... Verba scilicet quod dicat verba apta ad hoc...

Sed nunquid per responsionem juris secutam ad petitionem facti fit *litis contestatio*? Ut cum petis a me fundum, quem dicis me tibi vendidisse, ego respondeo : *Non competit tibi petitio predicti fundi, vel Non debet tibi dari, quia non tenuit venditio, eo quod non fuit in ea juris solennitas observata* ; et sic de jure respondeo, cum dico : *Non debet...* Dic quod bene fit *litis contestatio* per talem responsionem... » *Ibid.*, § 2, n° 16-19.

contestatio en proposant une exception péremptoire. L'opinion qui considérait la présentation d'une exception péremptoire comme suffisante pour produire la *litis contestatio*, s'appuyait sur un passage d'une décrétale d'Urbain III de 1186 (14). Elle avait été adoptée par Pillius (15), Tancrede (16) et Richard l'Anglais, qui recommande, lorsqu'on veut faire valoir des exceptions, d'ajouter : « *Hoc antea dico litem non contestando* (17). » G. Durand se prononce dans le sens opposé : il fallait, selon lui, d'abord *litem contestari*; on proposait ensuite les exceptions péremptoires, qui pouvaient être présentées jusqu'au jugement (18). Tel est aussi le sentiment de Gratia (19). Cette seconde opinion fut consacré par des décrétales d'Innocent IV (20) et de Boniface VIII (21), qui décidèrent que la production d'une exception péremptoire n'emportait pas *litis contestatio*.

302. La *litis contestatio* est obligatoire même en matière sommaire, ainsi que l'atteste G. Durand. Cette procédure est

14. Urbain III. 1186. « Quod si venire contempserit, causam (utpote lite, que ingeritur, contestata) definitiva sententia terminetis. » C. 4, X, II, 14.

15. « Post hæc namque lis contestatur... Sed ita intellige, ut reus sit præsens et respondeat competenter, id est vel negando, vel excipiendo, sed non declinando iudicium. » Pillius, *De ord. jud.*, pars II (éd. Bergmann, p. 22).

16. « Dicunt enim [Azo et Pillius], quia, sive reus confiteatur, sive neget, sive excipiendo factum proponat, non præjudicat ei, dummodo litem non intendat contestari... In hoc tamen cum eis sentio... » Taner., pars III. tit. I § 2 (éd. Bergmann, p. 196).

17. « Vocati autem si respondere voluerint, respondeant, sicque fit *litis contestatio*.

Sed si exceptionibus uti voluerit, de quibus suo loco dicemus, vel aliqua alia propositione, sub hac forma proponat : *Hoc antea dico litem non contestando*, nec fiet sibi præjudicium. » Ricardi Anglici *Ordo iudiciar.*, éd. Witte, p. 8.

18. « Sed nunquid per exceptionem peremptoriam petitioni oppositam fit *litis contestatio*?... Videtur quod non... Primo etiam debet lis contestari et postmodum usque ad conclusionem possunt peremptoriæ exceptiones opponi. » G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 2, n° 24.

19. « Diversi diversa sentiunt in hoc casu. Et quidam habent, quod sic...; et quidam, quod non, quod mihi placet magis, ex eo, quod per exceptionem iudicium ordinari legitime non potest. » Gratia, *De jud. ord.*, pars II, tit. I § 3 (éd. Bergmann, p. 358).

20. Innocent IV. 1245. « Exceptionis peremptoriæ... ante litem contestatam objectus... *litis contestationem* non impediat, nec retardet. » C. 1, in VI^o, II, 3.

21. Boniface VIII. 1298. « Si oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur : nequaquam per hoc *litis contestatio* intelligitur esse facta. Imo ea non obstante (nisi sit de illis exceptionibus que *litis contestationem* impediunt) fieri oportebit eandem. » C. 2, in VI^o, II, 3. Cf. Hupertz, *De litis contestationis juris canonici indole ac natura*, p. 51.

requisie toutes les fois qu'on recourt à l'office du juge sur une question au fond et qu'il doit rendre une sentence définitive (22). Il n'y a d'exception que pour les instances, où l'on n'agit point contre un adversaire, lorsqu'un interdit par exemple demande à être relevé de l'interdiction, ou lorsqu'un mineur, qui a accepté une succession ruineuse demande à être restitué contre cette acceptation (23).

503. Le notaire devait consigner dans son registre d'audience le procès-verbal de la *litis contestatio* (24).

504. La *litis contestatio* est faite par les parties principales, si elles peuvent ester en justice, ou par leurs procureurs et leurs avocats; par les tuteurs et curateurs, pour les mineurs; par les *syndici* pour les corporations et personnes morales (25).

La *litis contestatio* doit être faite devant le juge compétent; elle peut l'être aussi devant un arbitre, puisque celui-ci se trouve accidentellement investi de l'autorité du juge (26). La *litis contestatio* précède le serment de *calumnia* et la production des *positiones* (27). Elle ne peut avoir lieu pendant les vacances judiciaires sauf pour les actions, qui pourraient se prescrire (28).

22. « Sed quæritur utrum in his summariis fiat litis contestatio. Respondeo sic in omnibus, in quibus iudicis officium principaliter imploratur... et in omnibus in quibus offerendus est libellus, et ubicunque fertur definitiva sententia. » G. Dur. *Specul.*, lib. I, part. I. *De off. omn. jud.* § 8, n° 15.

23. *Ibid.*, § 2, n° 15.

24. Innocent III. 1205. « Petitionem ipsius archiepiscopi per procuratorem ejus fecimus exhiberi et ad eam partem alteram respondere, ac interrogationibus et responsionibus reductis in scriptis, et lite coram nobis plenissime contestata, fecimus calumniæ juramentum ab ipsis procuratoribus utrinque præstari. » C. 6, X, II, 7. Cf. G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 2, n° 10.

25. « Fit autem litis contestatio per principales personas, dummodo possint stare in iudicio, vel eorum procuratores, seu minorum tutores, curatores, syndicos vel actores... » Tancr., pars III, tit. I § 5 (éd. Bergmann, p. 198). Cf. c. 62, X, II, 28; G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.* § 5,

26. G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.* § 4, n° 1 et 2. Cf. Tancr., pars III, tit. I § 4 (éd. Bergmann, p. 198).

27. Boniface VIII. 1298. « In omnibus autem causis, nedum ante, sed etiam postquam lis fuerit contestata, sive de veritate, sive de calumnia sit juramentum in ipsis. » C. 2 § 2, in **VI**°, IV, 4. Cf. G. Dur., *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.* § 5.

28. Tancr., pars III, tit. I § 5 (éd. Bergmann, p. 199); G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.* § 5.

SECTION II.

EFFETS DE LA CITATION ET DE LA *LITIS CONTESTATIO*.

305. Les effets attachés à la *litis contestatio* dans le droit romain classique sont attribués, en droit canonique, soit à la citation, soit à la *litis contestatio*.

La citation, dès qu'elle est parvenue entre les mains de la partie, a des conséquences importantes.

1° Elle oblige le défendeur à comparaître devant le juge, pourvu que celui-ci soit compétent, sous peine d'être traité comme contumax.

2° Elle crée une *præventio fori*, lorsque plusieurs tribunaux sont compétents; cela présentait surtout de l'intérêt dans les matières mixtes, dont la connaissance appartenait à la juridiction première saisie, cour d'église ou justice féodale (29).

3° C'est au moment de la citation qu'on se place pour rechercher quel est le domicile du défendeur et déterminer par suite le juge compétent en vertu de la règle *Actor sequitur forum rei*.

4° Lorsque le demandeur peut traduire son adversaire devant plusieurs tribunaux également compétents, la citation lui enlève ce droit d'option et donne naissance à l'exception de litispendance (30).

5° Il est de règle dans la procédure canonique, comme en droit romain, qu'on ne peut apporter aucun changement à l'objet du litige pendant le cours de l'instance : *Ut lite pendente nihil innovetur* (31). Cette prohibition commençait avec la citation, pourvu toutefois qu'elle émanât d'un juge compétent et qu'elle fût suffisamment libellée (32). Voici les

29. C. 19, X, II, 2. Cf. Fournier, *Officialités*, p. 88; p. 151.

30. Mûchel, *Litiscont. im can. Civilpr.*, p. 43; P. Fournier, *Officialités*, p. 151.

31. Rubr., X, II, 16; Rubr., Clem., II, 5.

32. 1312. « Cum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus, postquam a iudice competenti in ea citatio emanavit, et ad partem

principales conséquences de ce principe. — La chose litigieuse ne peut plus être ni aliénée, ni engagée (33) et il est interdit au demandeur de céder sa créance (34). — Toute innovation dans l'objet du litige est défendue ; c'est la conséquence naturelle de la règle *Ut lite pendente nihil innovetur*. — Celui qui a la possession de la chose litigieuse au début de l'instance, la conserve pendant toute la durée du procès (35). — Enfin, il ne peut être pourvu à un bénéfice, qui fait l'objet d'un litige, tant que l'instance est pendante (36).

306. Les effets de la *litis contestatio*, dit Tancrede, sont très considérables.

1° Elle empêche de proposer des exceptions déclinatoires et de récuser le juge (37).

2° Elle fait obstacle à la présentation des exceptions dilatoires, sauf dans quelques cas particuliers (38) : le défendeur était même déchu du droit de faire, après la *litis contestatio*, la preuve des exceptions dilatoires qu'il avait produites avant (39). Toutefois, quelques jurisconsultes, entre autres Pillius, l'autorisaient, comme en droit romain, à prouver après la *litis contestatio* les exceptions dilatoires qu'il avait invoquées auparavant (40). On peut rapprocher des exceptions dilatoires la reconvention admise d'une manière générale par

citatum pervenit... dum tamen in citatione prædicta talia sint expressa, per quæ plene possit instrui, super quibus in judicio convenitur. » C. 2, Clem., II, 5.

33. C. 3 et 4, X, II, 16.

34. C. 2, X, I, 42.

35. C. 1 et 2, X, II, 16. Cf. Mûchel, *Litiscout.*, *im can. Civilpr.*, p. 48.

36. C. 2, in VI^o, II, 8. Cf. *Ibid.*, c. 1 ; c. 1, Clem., II, 5.

37. « Effectus litis contestationis est maximus ; quoniam post eam judex non recusatur. » Taner., pars III, tit. I § 6 (éd. Bergmann, p. 199). Cf. Pillius. *De ord. jud.*, pars II § 2 (éd. Bergmann, p. 25).

38. *Honorius III.* 1214. « Ante litem contestatam sunt exceptiones dilatoriæ proponendæ... » C. 62, X, II, 28. Cf. c. 20, X, II, 27.

« Item nulla exceptio dilatoria postea objici potest... nisi in quibusdam casibus prenotatis supra in titulo de exceptionibus, » Taner., pars III, tit. I § 6 (éd. Bergmann, p. 200). Cf. G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.* § 6.

39. « Exceptio fori dilatoria est, atque ideo in initio litis debet opponi et probari. » C. III, Q. 6, c. 2. Cf. C. 59, X, I, 29 ; C. 61, X, II, 28. — Mûchel, *Litis cont. im can. Civilpr.*, p. 60.

40. « Et sciendum est, quod reus in ipsa litis contestatione debet protestari suas omnes dilatorias exceptiones... Et postea eas probare poterit... » Pillius, *De ord. jud.*, pars II, § 2 (éd. Bergmann, p. 25).

le droit canonique et qui devait, comme elles, être formée avant la *litis contestatio* (41).

3° Elle rend le procureur *dominus litis* en droit canonique comme dans la législation romaine (42). Voici les principales conséquences de ce *dominium litis*. Le procureur ne peut plus être révoqué arbitrairement : il n'est permis de le remplacer que pour de justes motifs (43). — Les représentants légaux, tuteurs, curateurs ou syndics, ont dès lors la faculté de constituer un procureur ; le simple mandataire *ad litem* a de même le droit de se faire remplacer, bien que cela ne lui soit pas expressément permis par les termes de sa procuration (44). — Le mandat *ad litem* après la *litis contestatio* ne s'éteint point par la mort du mandant, à moins que celui-ci ne soit un prélat ou un bénéficiaire et que l'affaire, dont a été chargé le procureur, n'intéresse une église (45).

4° Elle permet d'entendre les témoins et par suite d'arriver à une sentence définitive (46). Cette règle toutefois souffre exception au cas de *probatio ad perpetuam rei memoriam*,

41. « Item nota quod si reus vult reconvenire actorem super aliqua re, hoc debet facere ante litem contestatam. » *Ord. jud. canon.* § 4 (Rockinger, *Briefsteller und Formelbücher*, II, p. 1021).

42. *Boniface VIII.* 1299. « Licet autem a procuratore post litem contestatam ab eo possit, cum dominus litis sit effectus, dari alius procurator. » C. 1 § 1, in **VI**°, I, 19.

43. « Item mandatum procuratori datum facta litem contestatione cum eo postea revocari non potest, nisi certis et justis causis. » *Tancr.*, pars III, tit. I, § 6 (éd. Bergmann, p. 200). Cf. G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 6.

Grégoire IX. 1256. « Mandato procuratoris post litem contestatam a domino revocato, si hoc ignorante iudice, vel adversario factum fuerit, iudicium quod idem quasi procurator post modum expertus est, ratum esse debet. » C. 15, **X**, I, 58. Cf. c. 4, *Clem.*, I, 10.

44. « Item, ut procurator et tutor post litem contestatam procuratorem constituere possint... » *Tancr.*, pars III, tit. I, § 6 (éd. Bergmann, p. 200). Cf. c. 1 § 1, in **VI**°, I, 19.

45. *Clément V.* 1312. « Procuratorem a praelato, rectore, vel alio quolibet pro ecclesia sua vel beneficio constitutum, per mortem constituentis revocari censemus : etiam quoad negotia jam incepta, et causas in quibus per ipsum lis fuerit ante mortem hujusmodi contestata. » C. 4, *Clem.*, I, 10.

46. *Innocent III.* 1204. « Lite non contestata... non est ad definitivam sententiam procedendum. » C. 1, **X**, II, 6. Cf. c. 2, *eod.*

« Item ut testes recipiantur, et ad definitivam sententiam procedatur, quod ante litem contestationem fieri non potest. » *Tancr.*, pars III, tit. I, § 6 (éd. Bergmann, p. 200). Cf. G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 6.

lorsqu'on craint que l'un des témoins ne vienne à mourir ou à s'absenter pendant le cours de l'instance (47).

5° Elle rend, dans les actions réelles, le possesseur comptable des fruits de la chose litigieuse : elle oblige le défendeur à une action personnelle à payer les intérêts à partir de ce moment, si sa dette n'en comportait pas à l'origine (48).

6° Elle perpétue les actions personnelles, c'est-à-dire qu'elle les prolonge jusqu'à l'extrême limite de quarante ans, et les rend transmissibles aux héritiers, Il n'y avait d'exception que pour l'action de dol, qui n'était point perpétuée par la *litis contestatio* ; quelques canonistes étendaient l'exception à l'action rescisoire (49).

7° Enfin elle interrompt la prescription tant acquisitive que libératoire (50). Il semble toutefois qu'on ait reconnu à la communication du *libellus* au défendeur et même à la simple citation, pourvu qu'elle fût suffisamment explicite, l'effet d'interrompre la prescription (51).

47. *Innocent III.* 1210. « Auctoritate presentium duximus declarandum regulariter verum esse, quod lite non contestata, non est ad receptionem testium procedendum, nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna. » C. 5, X, II, 6.

48. « Item fit usuraria, quæ prius non erat... » *Tancr.*, pars III, tit. I, § 6 (éd. Bergmann, p. 199). Cf. G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 6. — P. Fournier, *Officialités*, p. 174.

49. « Et omnis personalis actio perpetuatur, id est usque ad quadraginta annos extenditur... et fit transitoria in heredem... salvo eo, quod dicitur in actione de dolo, quæ non perpetuatur litis contestatione... item in rescissoria, quæ secundum quosdam non perpetuatur litis contestatione, quod non credo. » *Pilius, De ord. jud.*, pars II, § 1 (éd. Bergmann, p. 22). Cf. *Tancr.*, pars III, tit. I, § 6 (éd. Bergmann, p. 199); G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 6.

50. *Gratien.* « Quod si per naturalem detentionem possessio interrupta fuerit... Si per litis contestationem, ab ultimo die litigii, quadraginta anni computabuntur. » C. XVI, Q. 5, c. 15.

Innocent III. 1210. « Tanquam lite... ad interrumpendam præscriptionem longi temporis contestata. » C. 5 § 6, X, II, 6.

« Itemque ejus effectus est, ut interrumpatur quælibet præscriptio... » *Tancr.*, pars III, tit. I, § 6 (éd. Bergmann, p. 199).

« Item interrumpit quamlibet præscriptionem. » G. Dur. *Specul.*, lib. II, part. II, *De lit. cont.*, § 6.

51. Mûchel, *Litiscont. im can. Civilpr.*, p. 54 et 55; P. Fournier, *Officialités*, p. 151, note 6.

CHAPITRE IV.

L'« entamement de plet » et la litiscontestation dans la période féodale et coutumière.

307. On retrouve, au commencement de la période féodale et coutumière, le formalisme rigoureux qu'on a rencontré dans la plus ancienne procédure romaine et aux débuts de la procédure germanique. « La forme est l'ennemie jurée de l'arbitraire » (1). C'est aux époques où l'arbitraire était le plus à redouter qu'on devait attacher le plus d'importance à la forme. Lorsque la puissance de l'autorité royale grandit, au treizième comme au huitième siècle, lorsque le pouvoir judiciaire devient plus énergique et plus respecté, on se préoccupe moins de la rigueur des formes et l'on s'en remet davantage à l'appréciation des juges. Ce formalisme est surtout apparent dans les textes qui font connaître de la manière la plus exacte l'état social à l'époque de l'organisation de la féodalité, les Assises de Jérusalem, qui par leur origine nous reportent à la fin du onzième siècle, et les coutumiers normands et anglo-normands, qui retracent les usages des contrées où les règles primitives du droit féodal s'étaient le mieux conservées.

SECTION PREMIÈRE.]

FORMES DE L'« ENTAMEMENT DE PLET » ET DE LA LITISCONTTESTATION.

308. Les parties sont irrévocablement liées par les paroles qu'elles prononcent dans leur premier débat contradictoire

1. Ihering, *Geist des röm. Rechts*, II, p. 497.

devant le juge ; tel est le principe qui domine toute la procédure : « Sera li jugementz renduz selonc les paroles que mises furent en la premeine cort, » dit encore P. de Fontaines dans la seconde moitié du treizième siècle (2). Le Parlement décidait aussi, en 1277, que le jugement devait statuer sur les points allégués par les parties quand elles comparurent pour la première fois devant le juge, et qu'elles ne pouvaient rien changer aux paroles qu'elles avaient prononcées à ce moment (3). Les coutumes d'Anjou et du Maine, qui forment le premier livre de la compilation connue sous le nom d'Établissements de saint Louis, disent également que lorsque le tribunal ne peut statuer le jour même de la comparution des parties et renvoie sa décision à une époque ultérieure : « la justice lor doit mestre le tierz terme ; et a celi terme cle se doit lever et apeler genz soufesanz, qui ne soient de l'une partie ne de l'autre, et doit fere la parole retraire ; et des parolles qu'il auront dites lor doit fere droit..... (4) ».

« Qui dit sa parole en court. se il i faut ou mesprent, il n'i peut amender (5). Qui dit parole por sei en court... il ne le peut puis desdire ne neer (6). — Quant li sires meimes fet son claim, car il ne puet riens amender en son claim (7). — Quant il dit aucune coze qui li est contraire, il n'i pot metre amendement... (8) ». Telles sont les formules employées par Jean d'Ibelin, P. de Fontaines et Beaumanoir pour exprimer cette règle consacrée par l'usage et la jurisprudence. Selon la coutume et style de France, dit un arrêt du Parlement de 1260 rendu à l'unanimité, on ne peut entendre une partie qui veut revenir sur sa demande, quand aucun fait nouveau ne

2. P. de Fontaines, c. XXI § 18, éd. Marnier, p. 245.

3. « Fiet iudicium super illis que fuerunt proposita a partibus, quando primo se supponunt iudicio, nec in verbis illis, super quibus fuerit litigatum, et super quibus partes se supposuerint iudicio, poterit a partibus aliquid immutari. » *Olim*, II, p. 100, n° IX.

4. *Coustumes d'Anjou et dou Maigne*, c. 114, éd. Beaupré, I, p. 155 (*Établissements*, I, c. 105). Cf. *Très ancien Coutumier de Normandie* (Warnkœnig, *Franz. Staats-und Rechtsgeschichte*, II, Pièces just., p. 26).

5. *Assises de la Haute Cour*, Jean d'Ibelin, c. 11 (éd. Beugnot, I, p. 35).

6. *Ibid.*, c. 27 (éd. Beugnot, I, p. 52).

7. P. de Fontaines, c. XII § 8 (éd. Marnier, p. 71).

8. Beaumanoir, c. V § 9 (éd. Beugnot, I, p. 93).

s'est produit (9), et conformément à cette doctrine, un arrêt de 1275 décide qu'on ne doit point permettre à une partie, qui avait nié simplement le droit du demandeur, de présenter une autre défense (10).

509. Pour atténuer cette rigueur, on avait introduit dans la pratique l'usage de parler sous toutes réserves, « sauve retenue », « par amendement », « avec retenail d'amendement (11) ». Les praticiens recommandent très fréquemment aux parties de ne pas oublier de mettre leur « retenail ». « On juge selonc ce qui est dit, non pas selonc les ententions (12). — A l'entamer de ton plait, pren te bien garde et en soies bien souvenans que tu faces protestacion ou bone retenue par l'amendement de ton conseil, et ensi te porras garder et sauver (13) ». La retenue avait pour résultat de faire obstacle à la litiscontestation, alors même qu'on aurait plaidé « à toutes fins (14) ».

510. Ce premier exposé contradictoire devant le juge réclamait donc la plus grande attention. On ne devait se servir que de paroles pertinentes à l'affaire (15), les « asser ordynement sauns omission (16) », nommer la partie que l'on attaquait et énoncer clairement sa prétention et son grief : « Qui viaut apeler home de rap... il deit faire dire au seignor en la presence de celui qu'il viaut apeler : *Sire, je me claims a voz de tel, et le nome, qui tel chose a faite, et die quei, et c'il le uee, je suis prest que je li preuve...* (17) ». En matière

9. « Secundum consuetudinem Francie. ex quo aliquis cadit a petitione sua. secundum unum modum petendi. postmodum per alium modum petendi, nisi de novo emergerit, non debet audiri, iudicatum fuit concorditer ab omnibus. » *Olim*, I, p. 470, n° VI.

10. *Ibid.*, p. 940, n° XLI.

11. *Ass. de la H. Cour*, Jean d'ibelin, c. 28; *Abregé des Ass. de la C. des Bourgeois*, c. 57 (éd. Beugnot, I, p. 55; II, p. 548). — P. de Fontaines, c. XI § 8; c. XII § 8 (éd. Marnier, p. 64 et 71).

12. Beaum., c. XLIV, 47 (éd. Beugnot, II, p. 208).

13. *Anc. constit. du Châtelet*, art. 40 (Laurière, *Cout. de Paris*, III, p. 232).

14. « In curia tamen seculari, quando reus litigavit ad omnes fines per exceptionem lis censetur esse contestata. Secus si reus litigaverit per *retenue*. » Masuer, *Pract. for.*, tit. *De exceptionibus* § 2, éd. de 1555, p. 78.

15. « Verbis utens quæ ad rem pertinent. » Ch. de Gui et d'Ive, comtes d'Amiens, c. a. 1091 (Aug. Thierry, *Mon. du Tiers-État*, I, p. 22).

16. Britton, c. XXII (Houard, *Traité*s, IV, p. 72).

17. *Ass. de la H. Cour*, Jean d'ibelin, c. 104 (éd. Beugnot, I, p. 174).

civile, soit au possessoire, soit au pétitoire, il fallait ajouter en vertu de quel titre on réclamait la possession ou la propriété (18).

Le défendeur était obligé de répondre — mot pour mot — à la demande (19), de rappeler toutes les paroles du demandeur (*verba commemorare*), ainsi que le prescrivait jadis la loi Ripuaire (20). Cette défense, comme la demande, devait être produite dans les termes les plus précis que faire se pouvait: *absque circuitu verborum* (21).

Pour faciliter la tâche du défendeur et prévenir les erreurs qu'il pouvait commettre en recordant les paroles du demandeur, les praticiens prenaient à la lettre la prescription qui obligeait le défendeur à répondre mot à mot, et ils considéraient comme valable une réponse dans laquelle il se bornait à dire qu'il niait mot à mot ce que son adversaire avait avancé: « Sire, et je nee et desent mout a mout ce que tel me met sus, et l'en desment mout a mout, et sui prest que je me defende tot ensi come la court esgardera (22). — Grauntons al defendour de chescune felonie qu'il defende les mots de la felonie en gros (23) ».

311. Dans les textes de la fin du treizième et du quatorzième siècle, on se départit de la rigueur primitive, et l'on dit que cette demande et cette défense constituent « entamement de plet » ou litiscontestation. « Plez est entamez,

18. Fleta, lib. IV, c. 7 § 2 (Houard, *Traité*s, III, p. 497).

19. « Si vero per duellum defendere voluerit, tenetur tunc defendere jus ipsius petentis de verbo in verbum... » Glanville, *Tract. de legibus*, lib. II, c. 5 § 2 (Phillips, *Engl. Reichs-und Rechtsgeschichte*, II, p. 555).

« Appellatus de facto venit et defendit omnem feloniam... et omnia in appello contenta de verbo in verbum, secundum quod versus cum fuerint proposita. » Fleta, lib. I, c. 32 § 1 (Houard, *Traité*s, III, p. 106).

« Celui qui est ensi apelé deit demander conseil, et après faire dire par son conseil, et desmentir le mout a mout... » *Ass. de la H. Cour*, Jean d'ibelin, c. 100 (éd. Beugnot, I, p. 164).

20. « Bene debet ad singula verba accusantis respondere et ea rememorare... » *Très ancien Coutumier de Normandie* (Warnkœnig, *op. cit.*, II, Pièces just. p. 26). Cf. Marnier, *Etablissements et coutumes de Normandie*, p. 45.

21. Ch. de Gui et d'Ive, comtes d'Amiens. c. a. 1091 (Aug. Thierry, *Mon. du Tiers-État*, I, p. 22).

22. *Ass. de la H. Cour*, Jean d'ibelin, c. 104. Cf. *Abrégé des Ass. de la C. des Bourgeois*, c. 30 (éd. Beugnot, I, p. 174; II, p. 545).

23. Britton, c. XXII (Houard, *Traité*s, IV, p. 72).

quant cleins et respons est faiz par devant la justise de la querele principal (24). — On fet litiſcontestation, en entamement de plet, par l'une des deux manières, c'est assavoir par ny, ou par alleguier fait contraire (25). — Litiſcontestation est nier la demande de partie par un ny, pour toutes deffences. Et pour ce l'appelle litiſcontestation qui litiſconteste par general ny sur toute la demande, ny ne quiert declinatoire autre que peremptoire (26). » Masuer dit également que la présentation des exceptions ne produisait point la litiſcontestation, si l'on ne plaidait à toutes fins (27).

Beaumanoir donne les formules d' « entamement de plet » dans les cas les plus usuels. Voici la formule des actions mobilières.

« Qui veut demander muebles et catix, il doit dire en ceste maniere : *Sire, je demande a Jehan, qui la est, tex muebles et tex catix*, et les doit nommer, se ce ne sont grosses cozes et par poi de parties.... et puis doit dire raison pourquoi il le doit avoir, si comme se li drois li est descendus ou esqueus de costé, ou par acat, ou par don, ou par autre cause reasonable (28). »

512. Au siècle suivant, on introduit dans la demande un élément nouveau, les dépens. « Si peux et dois sçavoir, dit Bouteiller, que de droict litiſcontestation doit principalement contenir trois choses : c'est a sçavoir ny, absolution de demande, condamnation de despens ; et si une chose des trois y failloit, elle seroit defective et moins suffisante (29). »

513. A la même époque, c'est-à-dire à la fin du quatorzième siècle, la litiſcontestation n'est plus toujours orale ; elle peut se faire par une défense écrite, que la partie produit devant le juge (30). Bouteiller nous donne la formule de cette litiſcontestation par écrit :

24. P. de Fontaines, c. XXV (éd. Marnier, p. 323).

25. Jean Desmares, *Décisions*, 354 (Brodeau, *Cout. de Paris*, II, p. 607).

26. Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, tit. 25, éd. de 1621, p. 123.

27. Masuer, *Pract. for.*, tit. *De exceptionibus*, § 2, p. 78.

28. Beaum., c. VI § 3. Cf. §§ 4-7 (éd. Beugnot, I, p. 100 et s.) ; P. de Fontaines, c. XII § 2 (éd. Marnier, p. 67).

29. Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, tit. 25, p. 124.

30. « Ne doit laisser le juge qu'il ne face les parties apporter leurs raisons »

« Afin que par vous, sire juge, soit dit, sentié et ordonné pour droict pour tel, a l'encontre de tel, que la demande par luy faicte pardevant vous en jugement, et sur laquelle vous lui avez ordonné a rapporter contre moy par intendit, en et sur icelle litiscontestant, je luy nie tout le contenu en sadicte demande et requiers que d'icelle je sois quite, delivré et absouls d'amende, despens, dommages et interests; la taxation reservée à votre discretion (51). »

La formule de litiscontestation par écrit que donne le Grand Coutumier de France est plus développée que celle de Bouteiller, mais elle s'en rapproche beaucoup dans ses clauses principales.

« Contre T. et la demande par luy faicte de la somme de dix livres parisis, qu'il dict lui estre duee par J. pour certaine cause, en laquelle icelluy T. requiert ledict J. estre condempné, dict et propose, et autrefois a dict, proposé et maintenu en jugement par-devant tel juge ledict J. les causes, faicts et raisons que cy-après s'ensuivent.

« Affin que par vous ou vostre sentence diffinitive, et par droict, il soit dict ledict T. non avoir droict, cause ne action de faire ladicte demande, mais que d'icelle ledict J. demoure quite, délivré et absouls à pur et à plain, et ledict T. condempné ès despens d'icelluy J., faicts et a faire en la poursuyte de ceste cause, la taxation d'iceulx par devers vous reservée.

« Et *primo* dict ledict J., que la demande faicte et formée par ledict T. n'est pas vraye, ains le nye et met en ny ledict J., en tant et pourtant que de droict et de coustume elle seroit à recevoir (52). »

314. Une ordonnance de Philippe le Bel de 1503 ordonnait de faire la litiscontestation dans le délai de vingt jours à compter de l'ajournement. Mais cette prescription ne s'appli-

par escrit, et qu'il ne les face affermer et respondre sur chacun article a part. » Bouteiller, *Somme rurale*, l. II, tit. 15, p. 763.

51. *Ibid.*, l. I, tit. 25, p. 424.

52. *Grand Cout. de France*, l. III, c. 55, p. 555. Cf. l. III, c. 56 et 57, p. 537 et 540.

quait qu'aux demandes en paiement de créances et autres actions personnelles (53). En matière réelle, il était souvent difficile de procéder aussi rapidement. La descente sur les lieux (*ostensio locorum*) si souvent demandée et ordonnée, et d'autres formalités pouvaient précéder la litisconstatation et réclamer de plus longs délais (54). Philippe VI s'efforça d'abrégier ces lenteurs, au moins dans les actions possessoires, qui malgré leur urgence devenaient immortelles, de sorte qu'au grand préjudice des parties on arrivait à peine à la litisconstatation (55).

SECTION II.

EFFETS DE L'ENTAMEMENT DE PLET • ET DE LA LITISCONTESTATION.

315. Aucun texte de cette période n'énumère d'une manière complète les effets de la litisconstatation ; elle était si étroitement liée dans la pratique avec la production des exceptions péremptoires, que, malgré son importance, elle n'apparaît pas toujours sous son véritable aspect et se trouve comme engagée et enveloppée dans ces exceptions (56). La cause, disait-on, était entamée et contestée par la production d'une exception péremptoire (57). On n'avait pu donner une définition scientifique de cette phase de la procédure : il n'est

53. « In aliis autem debitis et exactionibus personalibus infra XX. dies ad longius litis contestatio fiat, nisi reus conventus super exceptione ab eo proposita in predicto casu cognitionem curiæ pro se reportaverit. » Rec d'ordonn. à la suite du *Stil. Parl.*, éd. de 1558, p. 192.

54. 1271. — « Dicti abbas et conventus [Sancti Wedasti] fecerunt episcopum [Attrebatensem] adjornari super proprietate justicie dictorum vicorum. facta postmodum ostensione locorum, lite contestata inter dictas partes, testibus hinc inde receptis... » *Olim*, I, p. 395, n° XXI.

55. 1347. « Ex quibus lites, que in casu novitatis maxime deberent esse breves, efficiuntur immortales, imo vix potest usque ad litis contestacionem deveniri, in magnum gravamen et dispendium subditorum... » *Ordonnances*, II, p. 267.

56. Beaum., c. VII § 22, éd. Beugnot, I, p. 134 ; Jean Desmares, *Décisions*, 355 (Brodeau, *Cout. de Paris*, I, p. 607).

57. « Lis ita inchoata est et contestata per propositionem exceptionis peremptoriæ. » *Stil. Parl.*, c. XIII § 18, p. 37.

point surprenant qu'on n'ait pas tenté d'en énumérer et déterminer les effets d'une manière rigoureuse. Ces préoccupations théoriques étaient inconnues des praticiens du temps, qui se bornent à rechercher et à retracer les règles suivies et à suivre dans chaque espèce donnée. On peut du reste aisément suppléer à leur silence, en rapprochant divers textes.

1° La litiscontestation a pour effet principal de lier les parties devant le juge. « Lors est le juge seigneur de la cause, car droit convient prendre par luy decisoire : car toutes interlocutoires sont passées (38). »

Lorsqu'un suzerain réclamait la connaissance d'une affaire portée devant la cour de son vassal, celui-ci mettait « moult bone exeption contre le segneur, qui requeroit se cort du deffendeur, en disant que li deffenderes avoit ja respondu a se demande et plet entamé, en niant ou en connissant, ou en propos r fet contraire por destruire se demande. Car on doit savoir que responses sont plet entamé, por quoi li sires ne rent pas se cort (39). » — De même, lorsqu'un plait était entamé en prévôté, le prévôt ne devait point de son autorité privée renvoyer l'affaire devant le bailli ; on ne pouvait alors saisir cette juridiction supérieure que « par l'acort des parties (40). »

Cette doctrine était constamment appliquée par le Parlement. Ainsi, en 1264, il rejette la demande d'un seigneur justicier, qui prétendait avoir seul droit de connaître d'une question de propriété pendante devant une autre juridiction et décide « qu'il n'aurait pas sa cour, parce que la cause était déjà contestée et qu'il avait dû savoir que l'affaire était depuis longtemps portée devant une autre cour (41). »

2° On déduisait très logiquement de cette première règle

38. Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, tit. 23, p. 123.

39. Beaum., c. VII § 21, éd. Beugnot, I, p. 154.

40. « Se ples est entamés en prevosté, li prevos de s'auctorité ne lor pot pas mettre en assise, se ce n'est par l'acort des parties. » *Ibid.*, c. LXV § 6, éd. Beugnot, II, p. 443.

41. 1264. « Judicatum fuit quod non haberet suam curiam idem miles, cum jam esset lis contestata, et ipse causam hujusmodi diu ventilatam in curiam per denunciacionem ipsius Stephani vel alias scire potuisset. » *Olim*, I, p. 592, n° 1.

que les parties ne pouvaient plus compromettre, ni même transiger après la litiscontestation. On n'allait pas toutefois jusqu'à déclarer nulles des conventions de ce genre; mais on les punissait d'une amende (42).

3° On disait également qu'après la litiscontestation, « le procureur est tellement fait seigneur en la cause que si l'une des parties demeure hors du pays et soit deffailant, l'en peult faire adjourner son procureur comme procureur de tel, et le appeler *tel et tel son procureur en son deffault* (43). » De cette idée empruntée au droit romain « que le procureur est fait seigneur en la cause », Bouteiller déduisait cette conséquence, également admise dans la législation romaine, que le mandat *ad litem* devenait irrévocable par l'effet de la litiscontestation (44).

En règle générale, le demandeur ne pouvait jadis plaider par procureur qu'en vertu d'une autorisation appelée « lettres de grâce (45). » Les praticiens recommandent au défendeur ou à son procureur de bien « regarder que celui du demandeur soit suffisamment fondé de procuration et de grâce (46). » Mais on devait faire cette vérification avant la litiscontestation; autrement elle eût été inutile. « Au procureur du demandeur, ne fault point de grâce après litiscontestation faicte en la cause » (47).

Tant qu'un procureur, qui occupait dans une affaire, n'avait point fait contestation, il pouvait être produit comme témoin contre l'adversaire de son mandant; mais s'il avait

42. Arrêt du Parlement de 1374, cité par Bouteiller, *Somme rurale*, l. II, tit. 15, p. 765 et 766.

43. *Grand Cout.*, l. III, c. 1, p. 397.

44. « Si tost que le procureur par vertu de sa procuration a la cause litiscontestée, il est seigneur de la cause, ny ne pourroit depuis poursuivre celui qui l'a fait procureur, s'il ne plaisoit au procureur: si ainsi n'estoit qu'ils devinsent ennemis mortels l'un contre l'autre: ou par exoine de maladie du procureur ou autre grand occasion recevable. Lors pourroit le constituant commettre autre procureur et non autrement. » *Somme rurale*, l. I, tit. 10, p. 49.

45. « Procurator actoris non admittitur ad agendum sine gratia per quam princeps concedit actori facultatem comparendi per procuratorem. » Masuer, *Pract. for.*, tit. *De contumacia* § 4, p. 26.

46. *Grand Cout.*, l. III, c. 1, p. 394.

47. *Ibid.*, l. III, c. 9, p. 449.

fait litiscontestation en la cause, on ne pouvait plus le contraindre à déposer (48).

4° Le demandeur ne pouvait après la litiscontestation « augmenter ou charger sa demande (49). » Il était en effet permis de varier « en court laye avant cognoissance ou avant négation en cause (50). » Aussi recommande-t-on bien à l'avocat de prendre garde « que sa partie adverse ne puisse riens employer ne adjoindre depuis le plait entamé en la principale cause, ne icelluy augmenter par bouche ne par escript, se par adventure n'advenoit de nouvel (51). »

5° Après la litiscontestation, on ne peut plus présenter ni déclinatoires, ni exceptions dilatoires. « Qui litisconteste par general ny sur toute la demande, ny ne quiert declinatoire ny dilatoire autre que péremptoire (52). »

On a vu plus haut que la descente sur lieux devait avoir lieu avant la litiscontestation. Beaumanoir dit en effet qu'il faut requérir avant ce moment les « jours de vue » et les « jours de conseil », qui étaient considérés comme des exceptions dilatoires. « S'il entame le plet sans requerre veue, il n'y pot puis recouvrer ; car jors de conseil et de veue doivent estre demandé avant que ples soit entamés ; ne ce n'est pas entamemens de plet que de requerre jor de conseil ne jor de veue ou jor d'avisement... (53) »

Lorsque le défendeur proposait les exceptions péremptoires avant les exceptions dilatoires, il n'était plus admis à présenter ces derniers moyens de défense, attendu que le plait était entamé et la cause contestée par la production des exceptions péremptoires, à moins qu'on ne les eût proposées en forme de dilatoires et sous toutes réserves (54). Toutefois lorsque le défendeur voulait appeler un garant, on ne pouvait le con-

48. *Ibid.*, l. III, c. 5, p. 429.

49. *Ibid.*, l. III, c. 26, p. 490.

50. Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, tit. 20, p. 101.

51. *Grand Cout.*, l. III, c. 2, p. 400.

52. Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, tit. 23, p. 123. Cf. *Grand Cout.*, l. III, c. 10, p. 450.

53. Beaum., c. XI § 1. Cf. c. VII, 5 (éd. Beugnot, I, p. 141 et 125).

54. *Stil. Parl.*, c. XIII § 18, p. 37.

traindre à faire la litiscontestation qu'après trois citations et trois défauts (55).

L'ordonnance de 1503, déjà citée, avait tenté d'abrégé la procédure en n'accordant qu'un délai de dix jours avant la litiscontestation pour produire les exceptions qui pouvaient y faire obstacle (56).

6° La litiscontestation couvrait les vices de la procédure antérieure et notamment les nullités de l'ajournement (57).

7° Après la litiscontestation, on ne pouvait plus demander que la chose litigieuse fût mise « en la main du roi » ou sous séquestre. « Si le demandeur requiert la chose estre mise en la main du roy avant que le deffendeur ait fait contestation, il sera ouy. Mais se il la requeroit après la contestation, il n'y seroit pas ouy ni receu, ainçois il conviendroît outre plaider (58). »

Cette jurisprudence était en partie abandonnée du temps de Dumoulin : on ordonnait le séquestre, lorsque la solution du litige devait se faire longtemps attendre (59).

8° En matière réelle, on n'adjudgeait au demandeur le profit du défaut qu'après trois ajournements et trois défauts. Après la litiscontestation, le premier défaut faisait perdre le droit de produire ses témoins devant les juridictions ordinaires ; quand on plaidait au Parlement, on ne pouvait plus être admis à établir devant les commissaires enquêteurs les faits et articles pour lesquels on avait jour (60).

55. « On doit demander garand ains que le plait soit entamé par litiscontestation, autrement l'en n'y est pas receu... » Jean Desmares, *Décisions*, 140 (Brodeau, *Cout. de Paris*, II, p. 110). Cf. *Stil. Parl.*, c. XII § 12, p. 50.

56. « Si reus conventus tam in actione reali quam personali, aliquas exceptiones proponere voluerit, ante litis contestationem detur eidem unica dilatio decem dierum tantum ad exceptiones dilatorias et peremptorias, que litis contestationem impediunt, proponendum. » Rec. d'ordonn. à la suite du *Stil. Parl.*, p. 192.

57. « Item si processum fuerit in causa usque ad litem contestatam... amplius non est curandum de adjournamento. » Masuer, *Pract. for.*, tit. *De adjournamentis*, § 5, p. 5.

58. *Grand Cout.*, App. c. XV, p. 753 et 754. Cf. *Stil. Parl.*, c. XVIII § 19, p. 59; Masuer, *Pract. for.*, tit. *De possessorio*, § 28, p. 107.

59. *Stil. Parl.*, p. 59, note 15.

60. *Stil. Parl.*, c. VII, §§ 1 et 4, p. 20 et 21.

9° Le demandeur de son côté perdait son procès au premier défaut après la litiscontestation (61).

10° Les délais de péremption d'instance couraient de la litiscontestation (62); mais un ajournement libellé suffisait, dès le quatorzième siècle, pour interrompre la prescription, du moins dans les pays de droit écrit (63).

11° La litiscontestation perpétuait contre les héritiers ou à leur profit le plait entamé avec leur auteur. « Quand demande est faite à aucun et il muert, le plait pendant, on pot s'ir les oirs du plait qui fu commenciés contre lor devancier, exceptés les cas de crieme (64). » On exceptait aussi le cas où le défunt laissait des enfants mineurs; l'instance était alors suspendue jusqu'à leur majorité (65).

Cet effet de la litiscontestation présentait surtout de l'intérêt en matière de cautionnement et de communauté. Les héritiers de la caution n'étaient tenus qu'autant qu'il y avait eu plait entamé avec leur auteur (66). Il en était de même pour la femme commune à l'égard des dettes contractées par son mari. « Si le deffendeur est mort, sa femme... est tenue pour la moitié des debtes. Et pour ce, en cas qui est personnel, comme de contract, *vel quasi*, ou delict, *vel quasi*, pourveu que litiscontestation soit faite, elle peult estre adjournée comme dessus [pour la moitié des debtes] (67). »

12° Quelques jurisconsultes soutenaient qu'on ne pouvait demander et obtenir une provision pour aliments après la litiscontestation; mais G. du Breuil cite un arrêt du Parlement, qui est contraire à cette doctrine (68).

61. Quest. Joann. Galli, q. 524 (*Stil. Parl.*, p. 557).

62. Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, c. 20, p. 89.

63. « Sufficit tamen ad interrumpendum præscriptionem, quod creditor faciat adjornare debitorem coram giudice competenti petitione inserta in adjornamento... » Masuer, *Pract. for.*, tit. *De præscr.*, § 7, p. 191.

64. Beaum., c. VI § 29, éd. Beugnot, I, p. 117.

65. Beaum., c. III § 18, éd. Beugnot, I, p. 69; P. de Fontaines, c. IV § 9, éd. Marnier p. 24.

66. « Heredes seu filii fidejussorum non tenentur de fidejussione ab eis facta post mortem eorum, nisi lis cum eo qui fidejussit, fuerit contestata... » Cout. de Montpellier, 15 (Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, I, Pièces just., p. 51).

67. *Grand Cout.*, l. III, c. 4, p. 450.

68. *Stil. Parl.*, c. XXXIII § 3, p. 95.

CHAPITRE V.

L'ajournement et la contestation en cause du XVI^e au XVIII^e siècle.

316. Jusqu'ici les effets de la demande en justice se sont confondus avec ceux de la *litis contestatio* ou de la phase de l'instance, qui y correspondait. Dans les trois derniers siècles, la même uniformité n'existe plus et les effets de la demande sont rattachés les uns à l'ajournement, les autres à la contestation en cause, c'est-à-dire à la *litis contestatio* dont l'importance va toujours déclinant. Pour bien comprendre la transformation, qui s'est opérée à cette époque, il est nécessaire d'étudier les formalités essentielles de l'introduction d'instance en matière civile et en particulier l'ajournement. Les changements, qui se sont produits dans cette partie de la procédure, ont fait sentir leur influence sur la contestation en cause. Deux circonstances surtout ont contribué à la dépouiller de ses effets : d'une part, l'usage de l'ajournement libellé, qui faisait connaître au défendeur la demande formée contre lui ; d'autre part, la place assignée à la contestation en cause, qui n'est plus, comme jadis la *litis contestatio*, le premier acte de la procédure contradictoire.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'AJOURNEMENT.

317. L'acte par lequel le défendeur est appelé devant le juge pour répondre à la demande dirigée contre lui s'appelle

semonce en matière féodale, *adjornatio*, *adjornamentum*, ajournement en toute autre matière. Quelquefois cependant on se sert indifféremment des deux termes (1). Les canonistes et les tribunaux ecclésiastiques employaient presque toujours le mot *citatio*.

De même que l'ancienne *bannitio* et la citation canonique, la semonce ou l'ajournement ne pouvaient être faits que par le juge, ou par l'un de ses *servientes*, à qui il donnait mandement spécial à cet effet (2). Le gentilhomme ne pouvait être cité que par ses pairs; pour l'ajourner, il fallait s'adresser au suzerain et lui demander de faire semondre le défendeur devant sa cour féodale par deux covassaux de ce dernier (3). Mais le roi et, à son imitation, les grands feudataires prétendaient avoir le droit de semondre leurs vassaux par sergents assermentés (4). Pour faire accepter cette doctrine, les juriconsultes soutenaient que : « Sergent à roi est pair à comte (5). » Cet usage prévalut; mais les pairs de France, qui n'étaient justiciables que de la Cour du roi ou Parlement, devaient être ajournés par des lettres royaux, que leur présentaient les baillis, en vertu d'un mandement du roi (6). On continua aussi à exiger une autorisation ou mandement spécial aux baillis, sénéchaux ou sergents pour ajourner toutes autres personnes devant cette juridiction souveraine (7). Dans

1. Les termes *adjornatio*, *adjornamentum* étaient couramment employés au Parlement dans le cours du treizième siècle (*Olim*, I, p. 455, n° XIX; p. 556, n° IV, etc.). — Ce mot se trouve déjà en 800, dans les capitulaires (*Mon. Germ.*, LL. I, p. 82).

2. « Se aucuns vient devant aus et muet question de marchié qu'il ait fait encontre un autre ou demande heritage, li prevost semondra celui dont l'en se plaindra. » Ord. du Châtelet ou cour de la Prévoté de Paris, formant le chap. I du titre I des Établissements dits de Saint-Louis (*Ordonnances*, I, p. 108) Cf. *Coust. d'Anj. et dou Maigne*, 76, éd. Beautemps-Beaupré. I, p. 105 (*Établissements*, I, c. 66).

3. « Puis que li sires veut semondre un gentil home par la reson de ce qu'il tient de li fief, il doit peure dens de ses homes, qui soient per a celi qu'il veut semondre. » Beaum., c. II, § 2, éd. Beugnot, I, p. 45.

« Li souget... ne poent semondre fors par pers... » *Ibid.*, c. II § 12, éd. Beugnot, I, p. 50.

4. « Li quens les pot fere semondre par ses sergans serementés.. » Beaum., c. II, § 12 (éd. Beugnot, I, p. 50).

5. Loysel, *Inst. cout.*, n° 50. Cf. *Olim*, II, p. 85, n° XXXIV.

6. *Stil. Parl.*, c. III § 1, p. 8.

7. *Ibid.*, II § 8, p. 5

le dernier état de la procédure, il fallait encore des lettres de chancellerie, commissions ou arrêts pour donner un ajournement devant les cours et juges en dernier ressort (8). Devant les autres juridictions, le mandat général, que les sergents tenaient de leur office, était regardé comme suffisant dès le quatorzième siècle, et on n'eut plus besoin de s'adresser au juge pour faire ajourner son adversaire (9).

L'ajournement devait être fait à personne ou à domicile (10). Le sergent devait être accompagné de deux records ou témoins, à peine de nullité de l'acte et d'une amende (11).

§ 1. De l'ajournement libellé.

318. Au commencement de la période féodale et coutumière, la semonce ou l'ajournement n'indiquait pas toujours l'objet de la demande. On pouvait se borner à dire : « *Nos voz ajornons a d'ui en quinze jors, en tel liu, par devant nostre seigneur, de qui voz tenés tel fief;* » ou encore on employait cette formule générale : « *Nos voz ajornons sur tout ce qu'il voz sara a demander* (12). » Il n'était même pas nécessaire de nommer le plaignant; quand on le désignait, c'était habituellement en ces termes : « *Nos vos metons jor en la cort mon seignor contre celui, d'ui en quarante jorz, ou de demein en xl. jorz* (13). » C'était la semonce ou l'ajournement simple (14), qui n'était pas encore hors d'usage au commencement du quinzième siècle, mais qui devait être rarement employé; car il exposait le sergent à payer une

8. Ord. de 1667, tit. II, art. 12.

9. « Et quia datum est servientibus generale mandatum de partibus adjornandis... » Masuer, *Pract. for.*, tit. *De adjorn.* § 2, p. 2.

« Les ajournemens pourront estre faits par devant tous juges en cause principale et d'appel sans aucune commission ni mandement. » Ord. de 1667, tit. II, art. 10.

10. Jean Desmares, *Décisions*, 555 et 598; Bouteiller, *Somme rurale*, I, c. 5; Masuer, *Pract. for.*, h. t. § 9, p. 4, Ord. d'août 1559, art. 9; Ord. de 1667, tit. II, art. 5.

11. Ord. de mars 1498, art. 56; Ord. d'août 1559, art. 9; Ord. de 1667, tit. II, art. 2.

12. Beaum., c. II § 3 (éd. Beugnot, I, p. 46).

13. P. de Fontaines, c. XXI § 105 (éd. Marnier, p. 235).

14. *Olim*, II, p. 21.

amende (15). Le Grand Coutumier de France distingue aussi l'ajournement simple qu'il appelle « général, » parce qu'il s'applique à tous les cas et l'ajournement « particulier, » dans lequel on doit témoigner « comment et a quoy faire il [le défendeur] est adjourné et contre qui. » L'auteur de cette compilation n'admet l'ajournement simple ou général qu'en matière de meubles. Dans tous les autres cas, il faut un ajournement particulier ou spécial, dans lequel l'objet de la demande est indiqué (16).

519. Dans la pratique des cours ecclésiastiques, la citation était complétée par un *libellus* ou exposé sommaire de la demande, qui dans certains pays était remis au juge pour obtenir la citation, et parfois n'était produit qu'après cet acte. On n'admettait point du reste qu'une partie pût être appelée à s'expliquer devant le juge sans avoir eu tout le temps nécessaire pour délibérer sur la demande qui était dirigée contre elle et préparer sa défense.

Le *libellus* était également usité dans les juridictions séculières. Un arrêt du Parlement de 1290 prescrivait aux avocats de transcrire le libelle dans sa teneur intégrale en tête des articles, qu'ils s'offraient à prouver à l'appui des conclusions du libelle (17). Au Parlement, on exigeait un libelle en matière pétitoire (18) et même dans toute affaire où l'on ne produisait point un titre authentique (19). Le Grand Coutumier de France contient, dans le livre III, un grand nombre de

15. Très anc. cout. de Bretagne, art. 8.

16. « Des adjournemens, l'ung est general : c'est assavoir respondre par aucun contre ung aultre a tout ce qu'il luy voudra demander et contre luy requerre; et ne se extend icelluy general adjournement fors en cas de meubles et de chastel rendans. » *Grand Cout. de France*, l. III, c. 4, p. 425.

17. « In isto pallamento fuit ordinatum quod, quando fient articuli, advocati, n principio articulorum suorum, inserant totum tenorem libelli sui, et postea faciant articulos de libello dependentes, et caveant sibi ne faciant articulos impertinentes. » *O'im*, II, p. 521, n° XXXIII. Cf. *Ibid.*, p. 280, n° I; p. 575, n° IX.

18. « In dictis requestis non consueverunt actorem compellere ad eorum libellum in scriptis dandum, nisi in petitorio, ubi consueverunt actores offerre tres libellos paros per grapharium collationatos, quorum unus penes curiam, alter per actorem retinetur et tertius defensori tradi consuevit. » *Stil. Req. Pal.*, c. 4 (*Stil. Parl.*, p. 138). Cf. *Stil. Parl.*, c. XVII § 1, p. 52.

19. « Statuimus quod de debito intercartato non tradatur libellus... » Ord. de 1305 (Rec. d'ordonn. imprimées à la suite du *Stil. Parl.*, p. 192).

formules de libelle pour tous les cas, qui pouvaient se présenter (20). On arriva bientôt à réunir l'ajournement et le libelle et on eut ainsi l'« ajournement libellé. » Les ordonnances des seizième et dix-septième siècles consacrèrent cette pratique. « Tous ajournemens pour faire intenter nouveau procès, dit l'ordonnance de 1559, seront libellez sommairement et contiendront la demande et moyens d'icelle au brief (21). »

La semonce et l'ajournement se firent longtemps de vive voix; toutefois, au premier tiers du quatorzième siècle les ajournements se faisaient souvent par écrit (22). L'emploi de cette dernière forme devint général, lorsque les ajournements furent libellés. Dans les cours séculières, comme dans les tribunaux ecclésiastiques, le *libellus* devait être *in scriptis* (23); lorsque le libelle fut réuni à l'ajournement, le tout dut être aussi consigné par écrit. Le procès-verbal dressé par le sergent pour constater qu'il avait rempli sa mission contient dès lors les conclusions du demandeur, et le tout s'appela « exploit d'ajournement. » Une copie de cet exploit dut être remise au défendeur à peine de nullité et de vingt livres d'amende contre le sergent (24).

§ 2. De la présentation.

520. Le défendeur n'était point tenu de comparaître sur cet ajournement. Sans alléguer aucun motif, il avait le droit de contremander trois fois avant de comparaître (25); il pouvait

20. *Grand Cout. de France*, l. III. c. 24 et s., p. 485 et s.

21. Ord. d'août 1559, art. 16. Cf. Ord. de Roussillon, janvier 1565, art. 18; Ord. de 1667, tit. II, art. 6. — Cette dernière ordonnance prescrivit en outre de joindre à l'ajournement copie ou tout au moins extrait des pièces sur lesquelles la demande était fondée.

22. « An autem ille qui non est adjornatus ad domicilium literatorie vel alias sufficienter. » *Stil. Parl.*, c. IV § 6, p. 10.

23. *Stil. Req. Pal.*, c. 4 (*loc. cit.*).

24. Ord. de Roussillon, janvier 1565, art. 18; Ord. de 1667, tit. II, art. 6.

25. « En toutes quereles ou il quiet contremans, ou en pot penre trois avant qu'on viengne a court, dont cascuns des trois contient quinze jours. » *Beaum.*, c. III § 9 (éd. Beugnot, I, p. 65). Cf. *P. de Fontaines*, c. IV (éd. Marnier, . 17 et s.).

ensuite proposer les essoines ou excuses légitimes, puis requérir successivement différents délais : jour d'avisement, jour de conseil, jour de vue, jour de garant.

Les ordonnances s'efforcèrent d'abrèger cette procédure préliminaire. Une ordonnance de 1505 prescrivit de procéder à la litiscontestation dans le délai de vingt jours au plus pour toutes les actions personnelles et les affaires relatives à des créances litigieuses (26). « Défendons, dit plus tard l'ordonnance de Villers-Cotterets, tous autres délais accoustumez d'estre pris auparavant la contestation [en cause], soit d'avis, absence, attente de conseil ou autres, fors seulement delay de amener garand, si la matière y est disposée... » (27). Mais les procureurs éludèrent les dispositions des ordonnances et multiplièrent les écritures, les incidents et les délais.

521. Dans les justices seigneuriales et municipales, et devant quelques juridictions inférieures on n'était point tenu de recourir aux procureurs. Aussitôt que les parties comparaissaient à l'audience pour plaider au fond, elles étaient ouïes et jugées sur-le-champ. Cette procédure expéditive est encore maintenue pour ces juridictions par l'ordonnance de 1667 (tit. XIV, art. 14 et 15); mais elle n'était point suivie devant les juridictions royales. En raison du nombre croissant des affaires, les parties ne pouvaient presque jamais être « délivrées, » ni les causes « expédiées » au terme fixé pour l'ajournement. On se bornait à faire la « présentation », terme emprunté à la procédure des gages de bataille, où la présentation jouait un rôle très important (28).

« Presentation est soy comparoir en personne, ou par procureur en la cour, ou aucun qui est adjourné, au jour assigné à heure due, le juge seant en tribunal et cour avestie d'hommes et de juges... » dit Bouteiller (29).

Mais depuis longtemps au Parlement, les présentations

26. « In aliis autem debitis et exactionibus personalibus infra XX. dies ad longius litis contestatio fiat... » Rec. d'ordonn. à la suite du *Stil. Parl.*, p. 192.

27. Ord. de Villers-Cotterets, août 1559, art. 18.

28. Beaum., c. LXI § 65 (éd. Beugnot, II, p. 400).

29. *Somme rurale*, l. I, tit. 6, p. 53.

avaient lieu devant un seul juge délégué (50) et bientôt il suffit de les faire au greffe. Le greffier des présentations en dressait un rôle et les affaires devaient être expédiées d'après leur ordre d'ancienneté (51). Cette présentation ne consistait plus qu'à coter le nom des procureurs sur le cahier des présentations. Aussi les commentateurs des ordonnances faisaient-ils remarquer que cette formalité ne pouvait produire les effets de la *litis contestatio*, perpétuer les actions, interrompre la prescription (52).

522. Dans cette transformation de l'ancienne procédure, on avait voulu cependant conserver, autant que possible, les traits les plus saillants de la présentation effective des parties devant le juge, à qui elles devaient exposer oralement leur demande et leur défense. Les prétentions du demandeur étaient suffisamment énoncées dans le libelle ou l'ajournement libellé; c'était donc au défendeur à répondre. Il devait dans le plus bref délai fournir ses défenses signées de son procureur avec copie des pièces justificatives (53). Le demandeur pouvait y répondre; le défendeur répliquait; le demandeur dupliquait, tripliquait; puis l'une et l'autre partie pouvaient faire une première et une seconde addition à leur dernière production, et la procédure s'éternisait dans cet échange inutile d'écritures. L'ordonnance de 1667 s'efforça

50. « De stilo istius curiæ est quod partes quæ habent facere in Parlamento. ad dies bailliviarum seu seneschaliarum suarum se presentent coram deputato super recipiendis presentationibus. vel in crastinum antequam domini tenentes Parliamentum recedant. » *Stil. Parl.*, c. V § 1, p. 12.

51. Ord. de mars 1553, art. 10; Ord. d'octobre 1446, art. 22; Ord. d'avril 1455, art. 59; Ord. de 1667, tit. IV, art. 1.

52. « Au contraire, si l'ajournement estoit libellé, et qu'en icelui fût incluse la forme de l'action, lors il est certain qu'il seroit valable et suffisant, mesme auroit effet d'interrompre la prescription de trente ans, d'autant que la prescription tricenaire s'interrompt par le moyen de cette citation ou adjournement libellé, contenant en soi la forme de l'action et demande de celui qui veut agir.

Ce que dit ici M. Bourdin, de l'effet de l'ajournement libellé, remarque Fontanon, doit estre sainement entendu; et à la charge qu'il soit sur icelui intervenu quelque acte judiciaire, comme de default, appointement ou semblable, parce que la seule présentation faite sur ledit adjournement ne pourroit perpétuer l'action ou interrompre, ou empêcher le cours de la prescription. » Notes de Bourdin et de Fontanon sur l'Ord. de Villers-Cotterets, 1559 (Neron et Girard, *Édits*, I, p. 160).

53. Ord. de 1667, tit. XI, art. 2.

de remédier à cet abus en abrogeant l'usage des dupliques, tripliques, additions premières et secondes et autres écritures semblables, et en défendant à tous juges d'y avoir égard et surtout de les passer en taxe (tit. XIV, art. 5).

Lorsque les procureurs avaient terminé leurs écritures et productions, on demandait un jugement pour plaider au premier jour. Un peu plus tard, il suffit de requérir un « avenir, » qui se délivrait au greffe. L'ordonnance de 1667 décida que désormais la cause serait poursuivie en l'audience sur un simple acte signé du procureur et signifié (tit. XIV, art. 4 et 6). Cet acte a conservé improprement le nom de l'avenir qu'il remplaçait.

Les parties sont donc enfin devant le juge; mais elles n'y produisent plus comme jadis leur demande et leur défense : ce dialogue qui se faisait de vive voix a été remplacé par ces écritures, que l'ordonnance de 1667 avait restreintes, mais qu'elle aurait pu supprimer sans désavantage. On n'est plus exactement dans les conditions du droit romain et de l'ancienne procédure du moyen âge, puisque la demande et la défense ont déjà été faites par écrit en dehors du tribunal.

SECTION II.

DE LA CONTESTATION EN CAUSE.

525. Au commencement du quinzième siècle, on était revenu à l'usage de la litiscontestation par écrit. Cette forme offrait des avantages considérables : elle prévenait toutes les erreurs, toutes les surprises, qui se produisaient si souvent dans la litiscontestation orale, et elle dispensait par cela même des précautions, « retenails, » « retenues, » ou réserves auxquelles on devait jadis recourir, pour avoir le droit de revenir sur une parole « nicement » ou « volagement. dite » Après mûre délibération avec leurs conseils, dont l'ordonnance de 1667 rendra bientôt l'assistance obligatoire,

sauf dans les matières sommaires (54), les parties pouvaient peser tous les termes qu'elles employaient, et ne rien avancer qui pût préjudicier à leurs intérêts. La forme écrite avait encore le très grand avantage de dispenser de recourir au témoignage ou « record de cour, » pour établir ultérieurement dans quels termes s'étaient produites les affirmations du demandeur et les dénégations du défendeur.

524. Au seizième siècle, la comparution des parties et de leurs conseils devant le juge, la production de leurs demandes et défenses écrites, la lecture et l'affirmation de ces dires respectifs ne suffit plus pour former la litiscontestation ou « contestation en cause, » terme qui sera désormais employé pour désigner cette phase de la procédure appelée aussi « état de la cause » (*status causa*) (55).

Les jurisconsultes et les praticiens exigent encore l'intervention du juge : « Nous prenons la contestation en cause, dit Imbert, quand le défendeur a défendu, et le juge baillé son appointment par dessus, ou bien à escrire, informer et à produire, ou bien à escrire et à produire » (56). Cette sentence préparatoire ou quelquefois même interlocutoire est appelée, dans l'ordonnance de Roussillon de 1565, « appointment de contestation en cause. »

La Coutume de Paris, dans la rédaction de 1580, consacra aussi cette doctrine nouvelle de la nécessité de l'intervention du juge. « Contestation en cause, porte l'article 104, est, quand il y a règlement sur les demandes et défenses. » Le premier commentateur de cette seconde rédaction, Charondas Le Caron, écrivait ce qui suit dans ses notes sur la *Somme rurale* de Bouteiller : « Ce n'est donc le défendeur ne la dénégation qu'il propose, qui faict l'estat et contestation de la cause, ains comme très bien le déclare la coustume de Paris (art. 104), contestation en cause est quand les parties ayans esté ouïes par le juge sur les demandes, défenses et moyens

54. Ord. de 1667, tit. XVII, art. 6. Cf. tit. XI, art. 8; tit. XIV, art. 1 et 4.

55. Charondas Le Caron, Notes sur Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, c. 25, p. 124; Mornac cité par Brodeau, *Cout. de Paris*, art. 104, II, p. 124.

56. Imbert, *Pratique judiciaire*, l. I, c. 14, éd. de Guénois et Automne, 1623, p. 85. Cf. Lange, *Pratique civile*, l. IV, c. 27, éd. de 1712, I, p. 529 et 530.

qu'elles allèguent par répliques, dupliques ou autrement, sont par luy reiglées d'appointement, pour parvenir au jugement du procès (57). »

On avait soutenu qu'un simple règlement, appointement ou avenir pris au greffe par les procureurs ou qu'une ordonnance du juge rendue sur requête et portant que les parties viendraient plaider au premier jour emportaient contestation en cause. Mais cette opinion fut combattue par les praticiens les plus autorisés. Lange déclare qu'il faut de toute nécessité que l'affaire soit portée devant le tribunal et qu'il intervienne un jugement ou règlement prononcé par le juge à l'audience (58). Brodeau, dans son commentaire sur l'article 104 de la Coutume de Paris, soutient la même doctrine (59). Laurière ajoute que cet article 104, conformément aux principes suivis dans les périodes antérieures, suppose qu'on plaide au fond. Si le défendeur ne produisait que des exceptions de nature à empêcher ou retarder la litiscontestation, le règlement qui interviendrait sur ces exceptions ne produirait point l'effet prévu par la Coutume (40).

525. L'ordonnance de 1667 reproduisit en partie la disposition de la Coutume de Paris : « La cause sera tenue pour contestée par le premier règlement, appointement ou jugement qui interviendra après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié » (tit. XIV, art. 15).

Mais cette ordonnance abrogea la seconde partie de l'article 104, d'après laquelle il y avait encore contestation en cause « quand le défendeur était défaillant et débouté de ses « défenses (41). » Elle supprimait ainsi le jugement de « débouté de défenses ; » quand le défendeur ne comparais-

57. Bouteiller, *Somme rurale*, l. I, c. 25, p. 124.

58. Lange, *Pratique civile*, l. IV, c. 27, l. p. 527 et 528.

59. « Je ne puis pas estre de l'avis de ceux, qui tiennent, qu'aux termes de cet art. un simple appointement ou règlement à venir au premier jour plaider par advocats, emporte contestation et règlement de la cause... car la coutume n'use pas simplement du mot règlement, mais elle veut qu'il soit sur les demandes et défenses, c'est-à-dire, en connoissance de cause sur le fonds. » Brodeau, *Cout. de Paris*, art. 104, II, p. 120.

40. Laurière, *Cout. de Paris*, art. 104, l. p. 502.

41. Ord. de 1667, tit. V, art. 2; tit. XIV, art. 15.

sait pas, le demandeur devait dès lors prendre contre lui défaut au greffe et demander à l'audience le profit, qui lui était adjugé, si ses conclusions étaient justes et bien vérifiées.

Les ordonnances du seizième siècle, qui se préoccupèrent d'abrèger les lenteurs de la procédure, s'efforcèrent d'amener les parties à la contestation en cause dans le plus bref délai possible. L'ordonnance de Villers-Cotterets n'admit plus, avant la contestation en cause, qu'un seul délai pour présenter un garant (42), et elle n'accorda également, après cette contestation, qu'un seul délai pour les productions nouvelles, qui pouvaient être indispensables (43). Ces mesures étaient excessives; aussi Charles IX décide, dans l'ordonnance de Roussillon que : « par l'appointement de contestation en cause, sera tenu le juge régler les parties de tous les délais requis et nécessaires en toute la cause, selon la qualité d'icelle, et distance des lieux (44). »

SECTION III.

EFFETS DE L'AJOURNEMENT ET DE LA CONTESTATION EN CAUSE.

526. Les coutumes, dans leur rédaction officielle, et les ordonnances contiennent fort peu de chose sur les effets de l'ajournement et ceux de la contestation en cause. Elles maintenaient donc implicitement la jurisprudence des siècles antérieurs sur tous les points où elles n'apportaient aucune modification.

1° Les praticiens des derniers siècles mentionnent, à l'oc-

42. « Défendons tous autres délais accoustumez d'estre pris auparavant la contestation, soit d'avis, absence, attente de conseil ou autres, fors seulement delay de amener garand, si la matière y est disposée, auquel cas il aura un seul delay pour amener ledit garand. » Ord. d'août 1559, art. 18. — Fontanon fait remarquer qu'il fallait y ajouter de toute nécessité le délai de vue. (Néron et Girard, *Edits*, I, p. 173). Cf. Imbert, *Pract. jud.*, I, I, c. 17, p. 115.

43. « Et après que les parties auront contesté et esté appointées en droit, leur sera baillé un seul brief delay pour escrire et produire, qui ne pourra estre prorogé pour quelque cause que ce soit. » Ord. de Villers-Cotterets, août 1559, art. 47.

44. Ord. de Roussillon, janvier 1565, art. 2.

casion, la plupart des effets de la contestation en cause qu'on a rencontrés précédemment. Ainsi, elle lie les parties devant le juge, de sorte que le demandeur ne peut plus faire ajourner son adversaire devant un autre juge compétent. Elle empêche qu'on ne puisse décliner la juridiction du tribunal devant lequel la cause a été contestée (45). Elle entraîne déchéance du droit de proposer les exceptions dilatoires et de récuser le juge (46). Quand on veut faire mettre sous sequestre pendant l'instance la chose litigieuse, il faut le demander avant la contestation en cause (47).

2° Les jugements par défaut s'appelaient avant la contestation en cause « défauts, » tandis qu'après ils se nommaient « forclusions. » Les règles de ces deux sortes de jugements étaient différentes (48).

3° Dans la période précédente, la jurisprudence n'était pas bien fixée sur le point de savoir à quel moment de la procédure, dans les actions réelles et personnelles, le défendeur était constitué de mauvaise foi. Pour les jurisconsultes qui s'inspiraient du droit romain, comme Aufreri, les fruits ne devaient être rendus qu'à partir de la contestation en cause. Dans le ressort du Parlement de Paris, la doctrine, qui réputait le possesseur de mauvaise foi dès qu'il avait eu connaissance des vices de sa possession, avait prévalu et les praticiens faisaient généralement remonter la restitution des fruits à la demande en justice, c'est-à-dire à l'ajournement (49). L'ordonnance de Villers-Cotterets consacra cette opinion dans son article 94 pour les actions immobilières : « En toutes matières réelles et pétitoires et personnelles, intentées pour héritages ès choses immeubles, s'il y a restitution de fruits, ils seront adjugez non-seulement depuis contestation en cause, mais aussi depuis le temps que le condamné a esté en demeure et mauvaise foy auparavant ladite contestation... »

45. Lange, *Pratique civile*, t. IV, c. 7, § 1, p. 409.

46. Lange, *op. cit.*, t. IV, c. 8 et c. 11, § 1, p. 415 et 426.

47. Lange, *op. cit.*, t. III, c. 5, § 1, p. 255.

48. Bourdin, Notes sur l'ord. d'août 1559 Neron et Girard. *Edits*, I, p. 181; Imbert, *Pract. jud.*, t. I, c. 14, p. 84.

49. Imbert, *Pract. jud.*, t. I, c. 54, p. 222.

La Coutume de Paris (art. 102 et 105) contient une exception à cette règle dans le cas du déguerpissement, que le tiers-détenteur d'un immeuble grevé de rente pouvait opérer lorsqu'il était poursuivi en paiement de cette rente. Du moment où ce déguerpissement était fait avant la contestation en cause, le tiers-détenteur n'était tenu ni du principal de la rente, ni des arrérages échus pendant sa jouissance; mais s'il ne déguerpissait qu'après la contestation en cause, il devait les arrérages jusqu'à concurrence des fruits qu'il avait perçus, s'il ne préférait les rendre sans compter.

4° L'ordonnance d'Orléans de janvier 1560 décida qu'en cas de condamnation d'une somme due par cédule ou obligation, les intérêts seraient adjugés au demandeur à partir de la date de l'ajournement (50). Mais il n'en était ainsi qu'autant qu'il s'agissait de deniers prêtés et dus par obligation certaine, confessée et représentée; mais si elle était contestée et que néanmoins la demande fut reconnue fondée non sur l'obligation, mais sur quelque autre droit ou action, les intérêts n'étaient dus qu'à compter de la contestation en cause. Ainsi l'avait décidé un arrêt du Parlement de Paris du 24 mars 1585 (51). Dans le ressort des Parlements, qui, comme celui de Rouen, n'avaient pas enregistré l'ordonnance de janvier 1560, on n'allouait point d'intérêts au demandeur.

5° On avait généralement admis jusqu'alors d'une part que la contestation en cause perpétuait les actions et que par suite, quelle que brève que fût la durée d'une action, elle ne pouvait plus, après la contestation, être prescrite que par trente ans, si elle était personnelle, et par quarante ans, si elle était réelle: — d'autre part que l'instance engagée pour faire valoir ces droits personnels ou réels était périmée par la discontinuation des poursuites pendant trois ans à compter de

50. « Contre les condannez à payer certaine somme de deniers due par cédule ou obligation, seront adjugez les dommages et interests requis pour le retardement du paiement, à compter du jour de l'ajournement qui leur aura esté fait. » Ord. d'Orléans, janv. 1560, art. 60.

51. Néron et Girard, *Étits*, I, p. 594

la contestation en cause (52), et que si l'on voulait ultérieurement exercer son action avant l'expiration des trente ou quarante années suivant les cas, on devait recommencer toute la procédure *ab initio*. Si au contraire il n'y avait pas eu contestation en cause, l'instance n'avait pas été formée ; on ne pouvait pas dire que la discontinuation des poursuites avait amené la péremption d'une instance qui n'avait point existé et qu'il fallait recommencer *a novo* le procès.

Le résultat dans les deux cas était le même ; mais il y avait cependant un intérêt considérable à les distinguer, parce que dans l'espèce où il y avait eu contestation en cause, par suite instance, puis péremption de l'instance, on pouvait obtenir de la chancellerie royale des « lettres de relèvement », qui faisaient revivre l'instance.

La jurisprudence fut modifiée sur ces divers points par les ordonnances du seizième siècle.

Depuis l'ordonnance de Villers-Cotterets, on ne pouvait plus être relevé de la péremption par lettres royaux : « Il ne sera dorénavant, dit cette ordonnance, baillé aucunes lettres de relèvement, de désertion, ne péremption d'instance, pour quelque cause et matière que ce soit. » (Ord. d'août 1539, art. 120).

L'ordonnance de Roussillon décida que : « l'instance intentée, ores qu'elle soit contestée, si par laps de trois ans, elle est discontinuée, n'aura aucun effet de perpétuer ou proroger l'action, ains aura la prescription son cours, comme si ladite instance n'avoit esté formée ni introduite, et sans qu'on puisse prétendre prescription avoir esté interrompue. » (Ord. de janv. 1563, art. 15).

L'ordonnance de Roussillon n'était pas observée dans les Parlements de Rouen, de Toulouse et de Grenoble ; elle était suivie dans les Parlements de Paris, de Bretagne,

52. Le délai de péremption n'était que d'un an dans certaines coutumes. « L'usage et stil d'icelle seneschaussée est tel que se une cause liticontestée s'est délaissée sans y procéder au et jour continuel, icelle cause est interrompue et discontinuée. » Anc. cout. de Boulenois, *Usages, stils et communes observances*, art. 3 (*Cout. gén.*, I, p. 41).

de Bourgogne et de Provence (53). Il semble toutefois que l'ordonnance n'ait pas été rigoureusement exécutée même dans le ressort de ces cours souveraines, puisque le Parlement de Paris dut prendre, le 28 mars 1692, l'arrêt de règlement suivant :

« La cour a arrêté et ordonné pour ce qui concerne les péremptions, que les instances intentées, bien qu'elles ne soient contestées... seront déclarées péries, en cas que l'on ait cessé et discontinué les procédures pendant trois ans, et n'aient aucun effet de perpétuer ni de proroger l'action, ni d'interrompre la prescription (54) ».

Un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 25 juillet 1707 expliqua plus nettement encore que l'instance, dans le sens que lui donnent les ordonnances précédemment citées, ne commence pas seulement à la contestation en cause, mais à l'ajournement, et que par conséquent les délais de péremption couraient de la date de cet acte et non de celle de la contestation en cause.

« Nous disons, porte cet acte, qu'il n'y a jamais de péremption d'instance, lorsqu'il n'y a point d'instance, et qu'il n'y a pas d'instance, lorsqu'il n'y a point d'assignation donnée pour comparaitre devant le juge ; car s'il y a assignation, la cessation de procédures depuis l'exploit portant assignation donne lieu à la péremption (55). »

6° Par interprétation de ces ordonnances, on admit que la prescription pouvait être interrompue non-seulement par la contestation en cause, mais encore par un ajournement libellé. Cette jurisprudence ne fut pas acceptée sans résistance. Les derniers éditeurs de la *Pratique de Lange* nous apprennent qu'au commencement du dix-huitième siècle on doutait encore qu'une demande en justice, qui n'était pas suivie d'actes de procédure, pût avoir l'effet que l'ordonnance de Roussillon avait refusé à l'exploit, sur lequel était intervenu

53. Lange, *Prat. civ.*, l. IV, c. 24. I, p. 500.

54. *Rec. chron. des ordonn., édicts et arrêts de règlement*. Paris, 1757, in-12. II, p. 122.

55. *Ibid.*, II, p. 406.

une contestation en cause, lorsque l'instance était périmée. « Ce qui est certain, ajoutent les éditeurs de la Pratique, est que l'instance périe quoique contestée, n'interrompt point la prescription ; la difficulté est seulement de sçavoir si un simple exploit le peut, une instance et une contestation, qui est quelque chose de plus fort, ne le pouvant pas (56). »

Cette difficulté n'arrêtait plus personne, en 1774, car Guyot, dans le t. IX de son Répertoire de jurisprudence imprimé à cette date, s'exprime de la façon la plus générale : « Non seulement la contestation en cause peut interrompre la prescription, mais aussi une simple assignation donnée par un exploit libellé (57). »

7° L'ordonnance de Villers-Cotterets prévoyait une hypothèse qu'on n'a pas rencontrée dans les périodes précédentes. Dans le cas d'une demande en reconnaissance d'écritures sous seing privé, l'hypothèque, qu'on pouvait prendre en vertu du jugement intervenu, courait du jour de la contestation en cause.

« Si aucun est ajourné en connoissance de cédule, compare ou conteste déniant sa cédule, et par après elle est prouvée par le créancier, l'hypothèque courra et aura lieu du jour de ladite dénégation et contestation. » (Ord. d'août 1559, art. 95).

8° La contestation en cause avait enfin pour effet de rendre transmissibles les actions exclusivement attachées à la personne. Un arrêt de la troisième chambre des enquêtes du 28 mai 1746 avait fait une application de cette règle à l'instance en séparation d'habitation (58). Ricard l'étend à l'action en révocation des donations pour ingratitude, qui une fois contestée passait soit aux héritiers du donateur, soit contre les héritiers du donataire (59). Toutefois cette doctrine n'était pas admise par tous les auteurs : Furgole et Pothier déclarent que le simple ajournement suffit à rendre transmissible

56. Lange, *Prat. civ.*, l. IV, c. 23, p. 503.

57. Guyot, *Rép.* IX, p. 409, v° *interruption*.

58. Pothier, *Proc. civ.*, part. I, ch. IV, sect. III § 1. (*Œuvres*, VII, p. 82).

59. Ricard, *Traité des donations*, III^e part., n° 708 et s. (II, p. 589).

l'action en révocation des donations pour ingratitude (60).

La contestation en cause a notablement perdu de son importance dans ces trois derniers siècles. Les effets les plus considérables qu'elle produisait sont maintenant transportés à l'ajournement, si bien que Furgole peut dire que la demande en justice produit le même effet que la contestation en cause opérait en droit romain (61).

Aussi la contestation en cause ne revient-elle plus à chaque instant, comme dans la période précédente, dans les préoccupations et sous la plume des praticiens et on s'explique ainsi que les rédacteurs du Code de procédure civile aient omis de lui consacrer un titre ou même un article.

60. Furgole, *Traité des testaments*, ch. XI, sect. I, n^{os} 145 et s. (III, p. 548).
—Pothier, *Traité des donations entre vifs*, sect. III, § 4 (*Œuvres*, VI, p. 509).

61. Furgole, *Traité des testaments*, *loc. cit.*

CHAPITRE VI.

La demande en justice et ses effets dans le droit actuel.

527. Le mot « demande en justice » a dans nos lois une double signification. Tantôt il s'entend de la poursuite devant les tribunaux de ce que nous croyons nous être dû ou nous appartenir et est synonyme d'action (1). Tantôt il est pris dans un sens plus restreint et désigne l'acte introductif d'instance, qui contient l'exposé des prétentions du demandeur, c'est-à-dire l'ajournement ou la citation, selon qu'il s'agit d'affaires portées devant un tribunal de première instance ou devant un juge de paix (2). C'est dans cette dernière acception que nous prendrons l'expression « demande en justice » et que nous l'étudierons dans le reste de ce travail. Toutefois avant d'entrer dans l'examen détaillé des effets de l'acte introductif d'instance, il est nécessaire d'insister sur la première signification du mot « demande. »

528. La demande *lato sensu*, c'est-à-dire la prétention portée en justice ne peut réussir qu'à la condition d'avoir été nettement formulée (art. 480, Pr.). Elle trouve sa première expression dans l'exploit d'ajournement (3), qui est comme

1. Guyot, *Rép.*, V, p. 373, v° *Demande*; Merlin, *Rép.*, v° *Demande*; Favard de Langlade, *Rép.*, I, p. 405, v° *Action*; Pigeau, *Procédure civile*, I, p. 94; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. XXIX.

2. Ferrière définit ainsi la demande: « Un exploit ou une requête qui contient les fins et conclusions prises par le demandeur. » *Dictionnaire*, I, p. 427, v° *Demande*. Cf. Treilhard, *Exposé de motifs* (Loché, XXI, p. 4).

3. Pour plus de brièveté, nous ne mentionnerons au cours de cet exposé que l'ajournement; mais tout ce que nous en dirons s'applique à la citation devant le juge de paix dans les affaires qui sont de la compétence de ce magistrat.

le disait Treilhard au Corps législatif, dans la séance du 4 avril 1806, « la base, la pierre fondamentale de l'instruction » (4). Mais les conclusions prises ainsi dans l'exploit introductif d'instance ne sauraient assurer au demandeur tous les avantages qu'il peut retirer de l'exercice de son action. Elles suffisent à lui permettre de faire statuer sur le différend malgré le défaut de son adversaire (art. 150, Pr.). Pour obtenir le bénéfice d'un jugement contradictoire, il est nécessaire qu'il ait réitéré sa demande à l'audience devant le juge qui doit connaître de la cause et que le défendeur y ait répondu; en un mot, il faut que les parties aient pris, soit en personne, soit par l'intermédiaire de leurs avoués, des conclusions contradictoires sur le fond (5). L'affaire est alors « en état » (art. 545) et elle doit aboutir à un jugement définitif et contradictoire (6).

Toute action judiciaire traverse donc avant que l'on arrive au jugement, deux phases principales : la phase préparatoire, qui s'étend de l'ajournement à la mise en état et est consacrée à l'instruction de l'affaire; la seconde phase, qui comprend le reste de l'instance, de la mise en état au jugement, est remplie dans la plupart des cas par les plaidoiries. L'importance respective de ces deux phases de l'instance a varié aux différentes époques de la législation romaine comme aux divers âges de notre droit. Dans la procédure formulaire de Rome, de même que dans le droit du moyen-âge, c'est la seconde phase, celle de la *litis contestatio* qui l'emporte; mais au Bas-Empire, comme dans les derniers siècles de notre droit, l'importance de la première phase grandit et la citation en justice, qui en est le point de départ, est placée sur la même ligne que la *litis contestatio* et la contestation en cause. Enfin de nos jours, c'est la citation en justice, qui est prépondérante et la contestation en cause n'a plus conservé

4. *Exposé de motifs* (Loché, XXI, p. 528).

5. Décret du 30 mars 1808, art. 9. Cf. Boitard, *Leçons de procédure*, I, p. 283, n° 312.

6. Civ. cass., 30 novembre 1853. S. 54, I, 550; Civ. cass., 24 février 1857. S. 57, I, 504; Civ. cass., 2 juillet 1866. S. 66, I, 459.

que quelques rares effets sous le nom modeste de « mise en état » (7).

SECTION PREMIÈRE.

DES EFFETS DE LA DEMANDE.

529. Les effets de la demande, c'est-à-dire de l'ajournement, qui découlent du caractère même de cet acte, peuvent se réduire à deux : obliger les parties à comparaître et saisir le juge de la cause. Mais indépendamment de ces effets nécessaires, l'ajournement a aussi des conséquences importantes relativement au droit du demandeur ; il le conserve, l'augmente et le met à l'abri des événements, qui pourraient l'anéantir (8).

Voici l'énumération des principaux effets de l'ajournement :

1° Il oblige les parties à comparaître sous peine d'être condamnées par défaut (art. 149 et 151, Pr.) ;

2° Il lie l'instance et retient les parties en cause jusqu'au jugement définitif (art. 597, Pr.) ;

3° Il suspend les poursuites du demandeur pendant les délais accordés par la loi au défendeur pour préparer sa défense (art. 77, Pr.) ;

4° Il saisit le juge de la cause (art. 171, Pr.) ;

5° Il fixe la valeur du litige et détermine par suite la compétence du tribunal en premier ou en dernier ressort (L. du 11 avril 1838, art. 1) ;

6° Il oblige le possesseur de bonne foi à restituer les fruits à compter de sa date (art. 549, 550 et 1578) ;

7° Il fait courir les intérêts moratoires (art. 1155 et 1154) ;

8° Il interrompt la prescription (art. 2244-2250) ;

7. Rauter, *Procédure civile*, p. 120, n° 115.

8. Rauter, *Procédure civile*, p. 116, n° 115 ; Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 227 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 276 ; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 244 ; Bioche, *Dict. de procédure*, I, p. 225, v° *Ajournement* ; Rousseau, *Dict. de procédure*, I, p. 482, v° *Ajournement*.

9° Il perpétue certaines actions temporaires (art. 2274);

10° Il rend transmissibles aux héritiers les actions exclusivement attachées à la personne (art 550 et 957).

On a vu dans les chapitres précédents que la plupart des effets aujourd'hui produits par la demande ont été longtemps rattachés dans notre ancienne jurisprudence à la contestation en cause; mais la pratique des deux derniers siècles avait peu à peu transporté à l'ajournement quelques uns des anciens effets de la contestation en cause : c'est ce qui avait eu lieu notamment pour le cours des intérêts et l'interruption de la prescription.

SECTION II.

FONDEMENT JURIDIQUE DES EFFETS DE LA DEMANDE.

550. Le but de toute action judiciaire est de faire reconnaître par le juge l'existence du droit réclamé et par suite de conserver ou de recouvrer la jouissance de ce droit, soit par l'effet de l'autorité morale de la sentence, soit avec le secours de la force publique, si la partie condamnée ne s'exécute pas volontairement. Bien que le but de l'action soit la sanction du droit violé, néanmoins avant d'atteindre ce but, elle produit les effets importants qui viennent d'être énumérés.

Ces effets, du moins ceux qui atteignent le fond même du droit, sont rattachés à l'acte introductif d'instance, mais ils n'en dérivent point et ils doivent être ramenés en dernière analyse au jugement, qui est leur véritable cause. Le juge ne peut en effet statuer le jour même où l'affaire est portée à son tribunal; il doit s'écouler parfois un temps assez long avant qu'il puisse examiner la question qui lui est soumise et la résoudre. De là des retards, qui pourraient être fort préjudiciables aux plaideurs, si on n'y avait remédié en attribuant un effet rétroactif à la sentence. C'est là le sens de cette règle tant de fois mentionnée par les jurisconsultes romains : le

jugement doit assurer au demandeur tous les avantages qu'il aurait obtenus, si satisfaction lui eût été fournie le jour même où l'instance a été engagée (9). Ce principe de bon sens et d'équité est encore aujourd'hui en vigueur; l'art 2247 en fait foi. C'est cette rétroactivité qui explique les effets de la demande sur le fond du droit. Le possesseur de bonne foi doit restituer les fruits, à compter de la citation, parce que si le jugement eût été rendu et exécuté à ce moment, le demandeur serait rentré en possession de son bien et en aurait perçu les fruits. Si la demande fait courir les intérêts moratoires, c'est qu'en supposant la sentence prononcée à cette date, le demandeur eût recouvré ses capitaux et les eût fait fructifier. Le créancier, comme le propriétaire, a été privé de la jouissance de son bien pendant la durée du procès; il est juste que son adversaire lui restitue les avantages qu'il a pu retirer de cette jouissance indue. L'effet interruptif de la demande se rattache à la même idée: la personne contre laquelle la prescription court ne doit pas souffrir des retards indispensables pour la bonne administration de la justice; en assignant le possesseur ou le débiteur, elle a fait tout ce qui était en son pouvoir. Enfin les actions exclusivement personnelles deviennent transmissibles aux héritiers par l'effet de la demande, parce qu'en supposant le jugement rendu le jour même où elles ont été intentées, ceux-ci en eussent recueilli le bénéfice avec le reste des biens de leur auteur (10).

Le principe de la rétroactivité des effets du jugement au jour de l'introduction de l'instance n'est pas aussi rigoureux pour le défendeur qu'il le paraît au premier abord. La sentence qui condamne ce dernier constate en même temps que les réclamations de son adversaire étaient fondées. Il a donc eu tort de ne pas lui donner satisfaction et de l'obliger ainsi à engager un procès: l'équité exige qu'il soit puni de la résistance injuste qu'il a ainsi opposée. La rétroactivité des effets du jugement au jour de la demande n'est au fond qu'une

9. L. 20, *De rei vind.*, VI, 1; L. 51 pr., *De reb. cred.*, XII, 1.

10. Demolombe, IV, p. 584, n° 514; IX, p. 554, n° 652; Laurent, XIV, p. 51, n° 26; XVI, p. 586, n° 522.

application de ce principe qui domine toute notre procédure, à savoir que les jugements sont déclaratifs de droits pré-existants (11). Aussi quand il s'agit des cas rares où une décision judiciaire crée un état de choses nouveau, le législateur a pris soin, pour écarter toute incertitude, de rappeler que le principe de la rétroactivité des effets de la sentence reçoit toujours son application ; c'est ce qu'il a fait pour le jugement, qui prononce la séparation de biens (art. 1445) (12).

Notre ancienne jurisprudence, d'accord en cela avec le droit romain, ne considérait la résistance du défendeur comme coupable qu'autant que le demandeur avait formulé publiquement ses réclamations en présence du juge et de l'adversaire, et que celui-ci avait été mis ainsi en mesure de se défendre. Pour qu'on puisse reprocher au défendeur son mauvais vouloir, il faut en effet, d'une part, qu'il lui ait été donné connaissance de la demande formée contre lui et des titres à l'appui, et d'autre part que la date de cette communication soit certaine. Or ces deux conditions se trouvent réunies dans l'ajournement libellé, tel qu'il existe en France depuis le seizième siècle (13). L'exploit d'assignation doit en effet contenir l'indication de l'objet de la demande, l'exposé des moyens (art. 61, Pr.) et la copie des pièces sur lesquelles la demande est fondée (art. 65, Pr.). La simple remise de l'ajournement suffit donc aujourd'hui pour éclairer le défendeur et le mettre en demeure de s'exécuter ; il n'est donc

11. Cette vérité est très nettement exprimée dans les motifs d'un jugement du tribunal de Versailles, du 8 mai 1857 : « Attendu... que la reconnaissance du droit de l'héritier, telle qu'après contestation et litige elle est ultérieurement déclarée par la justice, doit juridiquement rétroagir au jour de ce dépôt. » S. 60. I, 627. Il s'agissait dans l'espèce d'une action contre le domaine de l'État et la citation en justice devant, ainsi qu'on le verra plus bas, être précédée de la remise d'un mémoire au préfet.

12. Colmet de Santerre, VI, p. 245, n° 94 bis, I.

13. « Il faut bien que celui qui est assigné sache pourquoi il est cité, par quel motif... l'exploit doit le dire.

Il faut bien s'assurer que le défendeur a eu connaissance de l'assignation... Comment sera-t-on certain de la remise de l'exploit ? Par l'emploi d'un officier qui ait un caractère public. » Treilhard, *Exposé de motifs*. (Loché, XXI p. 528).

plus nécessaire d'attendre, comme en droit romain et dans la procédure féodale et coutumière, que les plaideurs aient exposé contradictoirement leurs prétentions devant le juge et de ne faire remonter les effets du jugement qu'à la *litis contestatio* ou à la contestation en cause.

CHAPITRE VII.

Des conditions requises pour que la demande produise ses effets.

351. Pour qu'une demande en justice puisse sortir tous ses effets, il faut 1° qu'elle soit régulière en la forme; 2° qu'elle soit portée devant un tribunal compétent, 3° qu'elle contienne mention des effets qu'on veut lui faire produire. Ces trois conditions ne sont pas également requises dans tous les cas.

352. 1° La demande doit être valable en la forme. Cette condition est spécialement exigée par l'art. 2247 pour l'interruption de la prescription. On ne doit pas hésiter à généraliser cette décision donnée dans une matière que le Code civil traite avec la plus grande faveur (1).

353. 2° Il faut ensuite qu'elle soit portée devant un tribunal compétent. Cette condition toutefois a fait difficulté dans la pratique. On a voulu accorder dans tous les cas à la demande déferée à un juge incompétent l'efficacité, qui lui est attribuée dans certaines hypothèses tant en vertu du texte que de l'esprit général de la loi, et on est allé jusqu'à accorder à la demande formée devant un tribunal incompétent la force de faire courir les intérêts. Le demandeur s'adressant plus tard à la juridiction compétente aurait droit aux intérêts courus du jour de sa première demande (2).

1. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 588, n° 25; Demolombe, XXIV, p. 261, n° 630.

2. « Considérant que la demande de de Mondreville et autres contre les héritiers de Contades à la date des 21, 25 et 27 avril 1851, n'a pas été annulée, mais seulement déclarée incompétemment formée et renvoyée devant qui de

On justifie ainsi cette solution. L'art. 2246 donne à la demande formée devant un juge incompétent la force d'interrompre la prescription. Or l'art. 57 du Code de procédure place sur la même ligne l'interruption de la prescription et le cours des intérêts. On en conclut que l'assignation donnée devant un juge incompétent doit avoir la même énergie à l'égard des intérêts qu'en matière de prescription. N'y a-t-il point dans les deux cas un avertissement donné au débiteur de la réclamation qu'on entend diriger contre lui? L'assignation quoique portée devant un tribunal incompétent ne subsiste-t-elle point toujours comme constatation de la mise en demeure et comme preuve de la diligence du créancier? (5).

Cette opinion n'a pas prévalu en jurisprudence. Les arguments sur lesquels on l'appuie ne sont pas en effet aussi solides qu'ils le paraissent au premier abord. Sans doute l'art. 57 du Code de procédure fait aller de pair l'interruption de la prescription et le cours des intérêts : mais il ne préjuge en rien la question de savoir si la demande formée devant un tribunal incompétent interrompt l'une et fait courir les autres. Il faut donc s'en tenir à l'art. 2246.

L'art. 2246 contient une exception aux règles du droit commun. C'est en effet un principe élémentaire qu'un acte irrégulier ne peut produire aucun effet. Or la demande formée devant un tribunal incompétent est si radicalement nulle qu'elle ne saurait être validée par aucune correction et qu'elle doit être remplacée par une demande nouvelle. La loi n'a dérogé à ce principe qu'en ce qui concerne l'interruption de la prescription; on ne peut étendre l'exception à d'autres cas. La disposition toute spéciale de l'art. 2246 s'explique par la faveur que mérite un acte conservatoire comme l'interruption de la prescription. En matière d'intérêts, il ne

droit: — Que dès lors, elle a suffi pour constituer le débiteur en demeure, et, ainsi, pour faire courir les intérêts. » Orléans, 6 avril 1858, Pal., 1858, I, 601. Cf. Paris, 27 juin 1817, S. 17, II, 575.

5. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 277; Devilleneuve, S. 17, I, 522.

s'agit pas de conserver un droit, mais d'acquérir un droit nouveau.

Il n'existe enfin aucune corrélation entre les règles sur l'interruption de la prescription et celles qui régissent le cours des intérêts moratoires, puisque des actes interruptifs de prescription, comme le commandement ou la saisie, ne peuvent servir de point de départ aux intérêts. Une manifestation de volonté de la part du créancier, quelque menaçante qu'elle puisse être, ne suffit point; il faut une demande en justice, c'est-à-dire une demande qui serve de base à une instance, dont le dénouement soit un jugement de condamnation. Or la demande formée devant un juge incompétent n'aboutit qu'à une déclaration d'incompétence : le juge en même temps qu'il se reconnaît incompétent prononce la nullité de la demande et le jugement opère dans les poursuites une interruption aussi complète que pourrait le faire un désistement. Il n'y a donc pas eu de juge saisi et partant les intérêts n'ont pu courir (4).

Néanmoins, en cas d'évocation sur appel, la décision rendue par la juridiction supérieure, doit contenir condamnation aux intérêts à partir de la demande, bien qu'elle ait été portée devant un juge incompétent. C'est qu'alors la demande est le principe même de la condamnation prononcée (5).

De même que la demande portée devant un juge incompé-

4. « Attendu en droit, que, si l'art. 2246 dispose que la prescription est interrompue par la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, cette disposition toute spéciale ne peut s'étendre d'un cas à un autre et s'appliquer au point de départ des intérêts; — Attendu que, si, aux termes de l'art. 1155, les intérêts d'un capital réclamé sont dus à compter du jour de la demande, cette demande n'a d'efficacité à cet égard qu'autant qu'elle est adressée au juge compétent, et qu'elle peut être suivie d'une condamnation dont les effets remonteraient au jour de la demande; qu'il suit de là que la demande portée devant un juge incompétent ne produit aucun effet relativement au point de départ des intérêts, puisqu'elle ne peut être suivie d'aucune condamnation. » Civ. cass., 11 juiv. 1847. S. 47, I. 524.

Cf. Paris, 5 janvier 1857. S. 57, II. 157; Agen, 5 mars 1849. S. 49, II. 178; Alger, 2 juin 1856. S. 56, II. 655; Douai, 5 août 1857. S. 58, II. 575. — Duranton, XXI, p. 454, n° 265; Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 589, n° 26; Colmet de Santerre, V, p. 104, n° 70 bis, VII; Caillemer, *Des intérêts*, p. 108; Demolombe, XXIV, p. 622, n° 651; Aubry et Rau, IV, p. 98, note 16.

5. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 590, n° 26.

lent ne peut faire courir les intérêts, elle est impuissante à produire la plupart des effets de procédure qui s'y rattachent.

554. 5^e Quant à la troisième condition, c'est-à-dire à la nécessité d'indiquer dans la demande les effets qu'elle doit produire, elle n'est pas exigée en général parce que ces effets découlent de la loi elle-même et non de la volonté des parties. Ce point toutefois a fait difficulté en ce qui concerne les intérêts moratoires.

Un système très logique ne fait point de distinction entre le cours des intérêts et les autres effets qui se rattachent à la demande en justice. La demande du capital aurait à elle seule assez d'énergie pour faire courir les intérêts à compter de sa date.

Les intérêts, dit-on, tiennent lieu des dommages et intérêts ; ils résultent du retard dans l'exécution et ne sont dus par conséquent qu'à dater de la mise en demeure. L'art. 1155 se montre sans doute plus rigoureux : au lieu de se contenter d'une simple interpellation, il veut une demande judiciaire ; mais cette exigence n'empêche pas que la demande ne joue à l'égard des obligations de sommes d'argent exactement le même rôle que la sommation dans les autres obligations. La demande étant un acte plus rigoureux que la sommation doit à plus forte raison produire les mêmes effets et dans les mêmes conditions. Or la sommation en matière de dettes d'argent consiste à sommer le débiteur de payer le capital et cette interpellation suffit pour constituer le débiteur en demeure et faire courir les intérêts. Dans les cas où la loi se contente d'une sommation pour faire courir les intérêts, il n'est jamais question que de la sommation de payer le capital (6). Exiger du créancier une demande expresse d'intérêts serait une anomalie inexplicable. La mise en demeure ne peut en effet se concevoir que pour le capital : c'est à l'égard du capital seul que le débiteur est en retard ; il n'est pas en

6. Code civil, art. 1652. Le rapprochement des alinéas 1, 4 et 5 ne permet pas de douter qu'il ne s'agisse ici d'une sommation de payer le capital.

retard de payer les intérêts qu'il ne doit pas encore. On ne peut douter, ajoute-t-on, que tel soit le système du Code civil si on rapproche de l'art. 1153 l'art. 1479, qui en est une application; il décide que les créances personnelles des époux l'un contre l'autre ne portent intérêt que du jour de la demande en justice (7).

Les partisans de cette opinion en déduisent la conséquence que si le tribunal saisi alloue au demandeur les intérêts de sa créance, il y aura droit à compter de l'exploit introductif d'instance. Cette conclusion si conforme au principe que le demandeur doit obtenir du jour des poursuites ce que le tribunal lui adjuge, vient échouer contre un texte formel, l'art. 480 du Code de procédure, qui défend au juge de statuer sur choses non demandées. En allouant les intérêts à partir de la citation, quand ils n'ont pas été réclamés, le juge dépasserait ses pouvoirs et donnerait ouverture à la requête civile.

La plupart des auteurs enseignent au contraire qu'il faut une demande spéciale; autrement le créancier n'aura droit aux intérêts que du jour où il les réclamera et s'il ne les demande pas, il ne pourra se les faire allouer dans l'instance principale.

Cette opinion s'appuie surtout sur les textes. Elle invoque d'abord les termes de l'art. 1153, qui ne peuvent grammaticalement s'entendre que d'une demande relative aux intérêts, puisqu'ils ne parlent pas du principal. De même l'art. 1154 dit que les intérêts peuvent eux-mêmes produire des intérêts par une convention ou par une demande; en mettant la demande

7. « Attendu... que, d'après l'art. 1153, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent que dans la condamnation aux intérêts; c'est donc le retard constaté par la mise en demeure qui sert de point de départ; et lorsque l'art. 1153 dit ensuite que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, c'est comme s'il avait dit du jour de la mise en demeure de payer le capital. Des conclusions spéciales au paiement des intérêts ne sont donc pas nécessaires pour faire courir les intérêts, et ils n'en devraient pas moins être adjugés du jour de la demande du capital, quoique les conclusions spéciales n'eussent été prises que dans le cours de l'instance. » Req. rej., 20 novembre 1848. S. 49, I, 130.

Cf. Civ. rej., 26 février 1867. S. 67, I, 200. — Delvincourt, II, p. 746; Laurent, XVI, p. 386, n° 522.

sur la même ligne que la convention relative aux intérêts, la loi indique assez qu'elle entend parler d'une demande spéciale d'intérêts : enfin le mot « demande d'intérêts » se trouve dans l'art. 1207, qui dispose que la demande d'intérêts dirigée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir à l'égard de tous.

On ajoute que cette doctrine est tout à fait conforme à l'esprit de la loi, qui a voulu que le débiteur fût averti clairement de la volonté du créancier de faire courir les intérêts et de l'accroissement qu'allait dès lors recevoir le capital. Si elle a refusé au commandement et à la saisie le pouvoir de faire courir les intérêts, ce n'est pas que ces actes ne soient pas assez menaçants, c'est qu'ils n'ont trait qu'au capital et par suite qu'ils n'indiquent pas clairement les intentions du créancier. Le débiteur pourrait être surpris si une demande postérieure faisait remonter le cours des intérêts au jour du commandement ou de la saisie. Le même danger serait à craindre dans le cas d'une demande restreinte au seul capital, le débiteur n'ayant pas été prévenu que sa dette allait s'augmenter chaque jour (8).

Le second système n'est pas à l'abri de toute critique. Les textes qu'il invoque s'expliquent parfaitement dans la première opinion. Ainsi dans l'art. 1155, il peut être question aussi

8. « Attendu, en droit, qu'une partie ne peut obtenir en justice plus qu'elle n'a demandé; que rien n'indique que l'art. 1155, Cod. Nap., contienne une dérogation à ce principe; — Qu'en disposant que les intérêts moratoires ne courent que du jour de la demande, cet article, qui ne prononce pas le mot de *principal*, n'a pu naturellement entendre parler que de la demande spéciale des intérêts; — Attendu que l'art. 1207 du même Code, qui décide que la demande d'intérêts formée contre un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard des autres, présuppose que les intérêts doivent être demandés indépendamment du capital; — Attendu que cette interprétation est conforme à l'esprit général du Code Napoléon; qu'il est difficile d'admettre que la loi, qui a établi la prescription de cinq ans pour empêcher la ruine du débiteur sous le poids des arrérages accumulés ait pu vouloir en même temps que ce débiteur fût exposé à payer des intérêts considérables, sans en avoir été prévenu. » Tribunal de Tarascon, 18 avril 1856. S. 59, I, 942.

Limoges, 4 février 1847; Bordeaux, 6 mai 1847. S. 47, II, 449. — Merlin, *Rép.*, v° *Intérêts*, § 4, n° 16; Foullier, VI, p. 285, n° 272; Marcade, IV, p. 461; Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 585, n° 21; Colmet de Santerre, V, p. 105, n° 70 bis, VIII; Demolombe, XXIV, p. 619, n° 627; Aubry et Rau, IV, p. 97, note 15.

bien de la demande du capital que de la demande des intérêts. La loi dit en effet la « demande » d'une façon absolue ; or quand elle s'exprime ainsi, elle entend parler de la demande du capital (art. 1479), de même que si elle emploie le mot « sommation » seul, elle désigne la sommation de payer le capital (art. 474 et 1652). Cette nuance de langage s'accroît encore si on se reporte à l'art. 1154, où il est bien réellement question d'une demande d'intérêts ; on n'y parle pas « de la demande », comme dans l'art. 1155, mais « d'une demande ». Quant à l'art. 1207, il est loin d'avoir l'importance qu'on veut lui attribuer. Il ne se trouve pas au siège de la matière et le but du législateur a été dans cet article d'écartier la doctrine de Pothier, qui ne faisait courir les intérêts que contre le débiteur solidaire poursuivi ; mais il ne décide pas si le créancier doit demander les intérêts ou s'il lui suffit de réclamer le capital.

Quant aux considérations tirées des motifs de l'art. 1155, elles n'auraient de raison d'être que s'il était question d'une production d'intérêts à un taux exagéré ; mais il s'agit là d'un accroissement minime du capital, qui doit entrer dans les prévisions des parties et ne saurait causer aucune surprise au débiteur. Il faut d'ailleurs prendre garde de fausser l'esprit de la loi en établissant une ligne de démarcation aussi tranchée entre la théorie des dommages et intérêts et celle des intérêts moratoires.

Ces raisons ne nous permettent pas d'adopter la dernière opinion ; nous préférons le système qui fait courir les intérêts du jour de la demande du capital, en exigeant tout fois que le demandeur à peine de déchéance vise spécialement les intérêts dans les conclusions qu'il prend à fin de condamnation ; l'art. 480 du Code de procédure oblige à faire cette réserve importante. Il est regrettable que cet article vienne faire échec au grand principe de la rétroactivité du jugement au jour de l'introduction de l'instance. On conçoit parfaitement, en législation, que le juge puisse, sans violer la règle qui lui défend de statuer *ultra petita*, tenir compte des intérêts courus pendant l'instance, quoiqu'ils n'aient pas été expres-

sément réclamés par le créancier. Celui-ci ne doit pas souffrir de la résistance peut-être injuste du débiteur. Si le juge ne tire point ici ses pouvoirs de la volonté des parties, il les puise dans la toute-puissance de la loi.

555. L'intérêt de cette discussion se présente surtout en cas d'appel. Ceux qui admettent que le créancier n'a droit aux intérêts que du jour où il y a conclu, considèrent la demande d'intérêts comme une demande nouvelle qui ne peut être formée en appel. Si on considère au contraire la demande du capital comme suffisant à créer le droit aux intérêts, on permettra au demandeur de les réclamer en tout état de cause, puisqu'il s'agit là d'un accessoire de la demande principale.

556. Il n'est pas toujours nécessaire de demander le capital pour avoir droit aux intérêts moratoires. Le créancier porteur d'un titre revêtu de l'exécution parée, d'un jugement par exemple, peut se borner à demander les intérêts. S'il a déjà commencé des poursuites en paiement du capital, l'instance relative aux intérêts n'est pour la première une cause ni d'interruption ni de suspension (9). A défaut même de titre exécutoire, le créancier peut se borner à réclamer les intérêts. Si le débiteur ne reconnaît pas la dette, il faudra pour prononcer une condamnation aux intérêts déclarer l'existence de la dette. Le débiteur reconnaît-il au contraire la dette, il ne saurait reprocher au créancier de n'avoir pas demandé à la justice de statuer sur un point qui n'était pas contesté (10).

9. Arrêt du parlement de Paris du 26 février 1760.

10. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 587, n° 24. *Contra* Delvincourt, II, p. 747.

CHAPITRE VIII.

De la date à laquelle se produisent les effets de la demande.

557. Les effets de la demande se produisent en général à la date de l'exploit introductif d'instance. Ce principe s'applique sans restriction quand il s'agit d'affaires, qui ne sont pas soumises au préliminaire de conciliation (art. 49, Pr.) et, dans les cas où cette formalité est exigée, s'il s'est écoulé plus d'un mois entre le jour de la non-comparution ou de la non-conciliation et la date de l'ajournement (art. 57, Pr.). Lorsque le demandeur s'est conformé à cet égard aux prescriptions de la loi, la règle est la même pour les effets de procédure et la plupart des effets de droit civil; mais des dispositions formelles du Code civil et du Code de procédure font remonter l'interruption de la prescription et le cours des intérêts à une date antérieure, qui est d'ordinaire celle de la citation en conciliation. Dans des hypothèses exceptionnelles, quelques effets de la demande sont rattachés à des actes, qui précèdent l'ajournement et peuvent à certains points de vue être considérés comme l'équivalent de la citation en conciliation : la remise d'un mémoire au préfet dans les procès contre certaines personnes morales et la requête à fin d'assigner dans les cas rares où elle est exigée. Les trois sections de ce chapitre vont être consacrées à l'examen des effets de ces divers actes.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA CITATION EN CONCILIATION.

558. La citation en conciliation n'est pas un acte de l'instance : elle indique seulement l'intention de former une demande en justice (1). Toutefois, comme ce préliminaire est obligé, il ne serait pas juste que le demandeur perdît son temps à l'accomplir ; de là la décision de l'art. 57 du Code de procédure, qui transporte à la citation en conciliation quelques uns des effets de l'ajournement. Autrement le propriétaire ou le créancier, dont la demande ne peut être reçue par les tribunaux sans avoir subi l'épreuve de la conciliation, serait privé par les délais inséparables de ce préliminaire du droit qu'il a, soit d'interrompre jusqu'au dernier moment une prescription imminente, soit de faire courir les intérêts moratoires contre un débiteur récalcitrant. D'ailleurs le propriétaire ou le créancier en citant son adversaire devant le bureau de paix a manifesté autant qu'il était en son pouvoir l'intention de le poursuivre ; il ne doit pas être victime des retards forcés imposés par la loi à son action.

La loi des 16-24 août 1790 avait tenu compte de ces considérations d'équité et attribué en conséquence à la citation en conciliation l'effet d'interrompre la prescription (2) ; mais elle était allée trop loin et n'avait pas fixé un délai dans lequel cet acte dût être suivi d'un ajournement. Comme il n'appartient pas au juge d'établir des délais, on décidait, sous l'empire de cette loi, que pour faire dater l'interruption

1. « La citation [en conciliation] n'est pas un acte introductif d'instance, et ne constitue pas un litige, puisqu'elle est destinée à prévenir et l'instance et le litige ; ce n'est qu'un préalable et un préliminaire, qui a pour but d'empêcher le procès. » Limoges, 18 avril 1859. S. 59, II, 425. Cf. Bordeaux, 15 mars 1849. S. 49, II, 522.

Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 204 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 255, q. 219 ; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 56 et 52 ; Boitard, *Leçons de procédure*, I, p. 85, n° 121.

2. « La citation faite devant le bureau de paix... aura aussi l'effet d'interrompre la prescription lorsqu'elle aura été suivie d'ajournement. » Décret des 16-24 août 1790, tit. X, art. 6.

du jour de la citation au bureau de paix, il suffisait qu'entre cet acte et l'ajournement il ne se fût pas écoulé le temps requis pour que l'action fût prescrite de nouveau (3). Le Code civil est sorti du vague de la loi des 16-24 août 1790 et il a décidé dans l'art. 2245 que l'ajournement devait être donné « dans les délais de droit. » Ces délais ont été fixés par l'art. 57 du Code de procédure à un mois « à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. »

Si les effets de la demande se produisent à la date de la citation en conciliation, c'est parce que ce dernier acte en est considéré comme le préalable. La citation en conciliation n'est donc efficace qu'autant qu'elle est suivie dans les délais voulus d'une assignation valable(4), dont l'effet n'est point détruit par un désistement, une péremption ou un rejet définitif (5). Le sort de la citation dépend en effet de celui de l'ajournement ; or de deux choses l'une : ou l'ajournement est suivi d'un jugement conforme et ses effets se produisent à la date de la citation en conciliation, ou il se trouve non venu et alors la prescription n'a jamais été interrompue.

Du moment où on fait rétroagir la demande au jour de la citation en conciliation, il va sans dire que cette citation donnée avant l'échéance du terme nécessaire pour prescrire interrompt la prescription, quoique l'ajournement signifié d'ailleurs dans le mois ne soit venu qu'après l'accomplissement de la prescription. Refuser dans cette hypothèse l'effet interruptif à la citation, ce serait ne l'accorder qu'à l'ajournement, au mépris de l'art. 2245. Or, c'est précisément pour que le demandeur puisse voir sans danger le délai fatal s'accomplir avant son assignation qu'un effet interruptif a été attribué à la citation en conciliation (6).

3. Req. rej., 6 vendémiaire an XI. S. 5, I, 128. — Merlin, *Rép.*, v° *Interruption de prescription*, n° 5; *Quest. de droit*, v° *Bureau de paix*, §§ 5 et 6.

4. Civ. cass., 16 janvier 1845. D. 45, I, 49; Aix, 22 décembre 1845. S. 44, II, 268.

5. Marcadé, XII, p. 194, n° 162; Leroux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription*, I, p. 558, n° 469.

6. Req. rej., 13 vendémiaire an X. S. 5, I, 28; — Troplong, *De la prescription*, II, p. 108, n° 591; Marcadé, XII, p. 196, n° 165; Leroux de Bretagne, *op. cit.*, I, p. 558, n° 469.

339. Quelques auteurs veulent restreindre à la matière de l'interruption de la prescription la règle qui vient d'être exposée et attribuent à la citation en conciliation certains effets, bien qu'elle ne soit pas suivie dans le mois d'une demande en justice : ils lui reconnaissent ainsi la force de faire courir les intérêts, à quelque époque qu'elle soit plus tard introduite. La citation, disent-ils, suffit à elle seule pour constater le retard aussi bien que pourrait le faire une simple sommation, pourvu toutefois que le débiteur cité devant le juge de paix ait nié sa dette ou refusé de l'acquitter (7). Mais puisque c'est en qualité d'acte interruptif de prescription qu'on considère la citation en conciliation comme opérant la mise en demeure du débiteur, il faut bien qu'elle réunisse les conditions exigées pour être interruptive (art. 57, Pr.). On objecte, il est vrai, que la citation en conciliation doit avoir autant de force qu'une simple sommation. Cette objection pourrait avoir quelque valeur, s'il ne s'agissait pas d'un acte d'une nature toute particulière, dont les conditions et les effets ont été déterminés par le législateur. D'ailleurs l'opinion que nous combattons est contraire à une règle d'interprétation bien connue, qui veut que dans le doute on se décide en faveur du débiteur (art. 1162). Lorsque le créancier ne donne pas suite à la citation devant le juge de paix, le débiteur est autorisé à croire qu'il renonce à le poursuivre : il serait bien dur d'imposer à ce débiteur l'obligation de payer les intérêts à partir de ce moment, à quelque époque que le créancier reprit plus tard son action ; on ne peut guère considérer comme injuste la résistance opposée par lui à des prétentions qui se sont si peu accusées (8).

340. Les effets de la demande en justice se produisent à la date de la citation en conciliation, bien que celle-ci ait été

7. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 485, n° 17.

8. Civ. rej., 14 juin 1814. S. 14, I, 241. — Merlin, *Quest. de droit*, v° *Emphytéose*, § 3; Toullier, IV, p., 266, n° 259; Duranton, X, p. 518, n° 492; Demolombe, XXIV, p. 530, n° 528.

donnée devant un juge de paix incompétent ; on doit en effet appliquer l'art. 2246 par analogie (9).

341. En est-il de même quand la citation en conciliation s'applique à une affaire qui n'est point soumise par la loi à cette formalité ? C'est là un point sur lequel les commentateurs sont en désaccord. Les uns refusent tout effet à la citation en conciliation, quand il s'agit d'affaires qui en sont dispensées ; d'autres au contraire y rattachent certains effets de la demande. Entre ces deux opinions absolues, il y a une doctrine intermédiaire, qui distingue suivant que le litige peut ou non se terminer par une transaction.

La première opinion a été soutenue par Pigeau (10) ; elle est restée isolée. En effet, lorsque la citation en conciliation cesse d'être obligatoire, elle n'en est pas moins vue avec faveur par le législateur. Il serait donc contraire à l'esprit de la loi de dépouiller cet acte des effets, qui lui sont attribués d'ordinaire. En vain, dirait-on, que si la citation en conciliation interrompt la prescription, fait courir les intérêts, c'est qu'elle est le préliminaire obligé de l'assignation et qu'ici elle n'a plus ce caractère. Sans doute, c'est la nécessité où l'on se trouve le plus souvent de recourir à cette formalité qui a déterminé le législateur à y rattacher quelques uns des effets de la demande ; mais il ne résulte pas de là que dans tous les cas où cette épreuve préalable n'est pas requise on doive la considérer comme destituée de toute efficacité. Il serait en effet contradictoire de reconnaître d'une part que la citation en conciliation, quand elle n'est pas exigée, est cependant conseillée par la loi, et d'autre part de la priver de ses effets ordinaires.

La seconde opinion au contraire fait remonter dans tous les cas à la citation en conciliation les effets de la demande (11).

9. Pigeau, *Procédure civile*, I, p. 192 ; Vazeille, *Traité des prescriptions*, I, p. 206, n° 191 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 268, q. 248 bis ; Marcadé, XII, p. 202, n° 175.

10. Pigeau, *Commentaire*, I, p. 154.

11. Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Prescription*, section 2, § 5, art. 5 ; Vazeille, *Traité des prescriptions*, I, p. 203, n° 191 ; Marcadé, XII, p. 201, n° 172 ; Aubry et Rau, II, p. 350 note 18.

On invoque quelquefois à l'appui de cette opinion un arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 1810.

Elle s'inspire des motifs de la loi, qui a donné à la citation en conciliation la force d'interrompre la prescription et de faire courir les intérêts parce qu'elle instruit le défendeur des prétentions du demandeur et de l'intention où il est de les faire valoir en justice. Or ces motifs sont tout à fait généraux : ils s'appliquent aussi bien aux affaires, qui peuvent aboutir à une transaction, qu'à celles qui n'en sont pas susceptibles.

Nous pensons avec la jurisprudence que le second système est trop absolu et que l'on doit tenir compte de la distinction entre les questions qui admettent une transaction et celles qui n'en comportent point (12). Dans ce dernier cas, la citation au bureau de paix est sans but et sans portée juridique : elle ne peut aboutir qu'à de simples pourparlers, puisque la loi dans un intérêt supérieur d'ordre public interdit tout arrangement qui pourrait éteindre l'action sans l'intervention du juge. En vain, opposerait-on que la citation est également frustratoire dans les affaires dispensées du préliminaire de conciliation qui peuvent se terminer par une transaction. La conciliation peut ici être fort utile, bien qu'elle ne soit pas obligatoire ; mais ce n'est qu'une formalité dérisoire quand il est interdit aux parties de se concilier.

Une objection plus spécieuse a été faite à l'opinion que nous avons adoptée. La citation en conciliation donnée dans une affaire, qui ne comporte pas la faculté de transiger, est bien, dit-on, un acte nul, mais c'est un acte nul pour défaut de compétence ; or l'assignation devant un juge incompétent produit néanmoins, aux termes de l'art. 2246, tous les effets de

sation (Civ. rej., 9 novembre 1809. S. 10, I, 77) ; mais cet arrêt s'appliquait à une affaire, qui était encore régie par la loi des 16-24 août 1790, loi qui n'admettait pas d'exception à la nécessité du préliminaire de conciliation. Cf. Troplong, *De la prescription*, II, p. 111, n° 592 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 269, q. 248 bis.

12. Montpellier, 9 mai 1858. S. 58, II, 492 ; Rouen, 15 décembre 1842. S. 45, II, 170. — Delvincourt, II, p. 205, note 9 ; Troplong, *De la prescription*, II, p. 111, n° 592 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 269, q. 248 bis ; Bioche, *Dict. de procédure*, IV, p. 414, v° *Préliminaire de conciliation*, n° 409 ; Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 584, n° 20 ; Leroux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription*, I, p. 559, n° 472.

la demande en justice et personne n'hésite à étendre l'art. 2246 à la citation en conciliation donnée devant un juge de paix incompétent. Cette objection ne nous paraît pas porter; car il ne s'agit point ici d'une question de compétence: le demandeur n'a pas appelé son adversaire à venir plaider devant le juge de paix au lieu de procéder devant le tribunal de première instance. L'art. 2246 est fondé sur l'idée que la personne, qui cite son adversaire devant un juge incompétent, témoigne l'intention de poursuivre sa demande par les voies légales, puisqu'elle accomplit quoique irrégulièrement la première formalité prescrite par la loi. Cette considération s'applique également à la citation en conciliation donnée devant un magistrat incompétent. Au contraire en appelant en conciliation dans une affaire où tout accord est interdit, on fait un acte qui n'a point de valeur légale; il est donc impossible de faire remonter jusqu'à lui les effets de l'introduction d'une instance à laquelle il n'appartient pas. Cet acte n'est en réalité qu'une simple sommation extrajudiciaire; or il est de principe qu'une semblable interpellation est impuissante à faire courir les intérêts ou à interrompre la prescription (art. 1155 et 2244).

542. La comparution volontaire du défendeur devant le juge de paix produit les mêmes effets que la citation en conciliation, pourvu toutefois que cette comparution soit constatée par un procès-verbal de non-conciliation et qu'elle soit suivie dans le mois d'un ajournement.

Cette solution toutefois n'a pas été admise sans hésitations. On s'est demandé si elle n'était pas en contradiction avec les art. 2245 du Code civil et 57 du Code de procédure, qui n'attachent l'interruption de la prescription qu'au fait de la citation au bureau de paix (15). Mais les art. 9 et 48 du Code de procédure, placent sur la même ligne la comparution volontaire et la comparution à la suite de citation. Le but de la loi, qui est de mettre les parties en présence devant le magistrat qui doit les concilier, est atteint par la comparution volontaire.

15. Colmar, 15 juillet 1809. S. 14, II, 89. — Duranton, XXI, p. 455, n° 266.

D'ailleurs, la citation en conciliation ne sert qu'à constituer le défendeur en demeure de comparaître. Or ici ce serait une formalité frustratoire, puisque le défendeur se présente spontanément. Quand à la vertu d'interrompre la prescription ou de faire courir les intérêts, elle est attachée plutôt à l'interpellation, qui est nécessairement contenue dans toute tentative de conciliation, qu'à la citation elle-même qui ne fait connaître que d'une façon fort incomplète les prétentions du demandeur (art. 52, Pr.). N'y a-t-il pas une interpellation devant le juge de paix en cas de comparution volontaire comme en cas de comparution forcée ? Cette interpellation n'est-elle pas constatée dans le procès-verbal de non-conciliation (14) ?

545. La loi du 2 mai 1855, dans son art. 2, a interdit aux huissiers de donner aucune citation en justice avant que le juge de paix n'eût appelé devant lui les parties au moyen d'un avertissement expédié par la poste. On s'est demandé s'il fallait attribuer à cet avertissement les effets d'une citation. Nous pensons qu'on ne saurait voir dans cet avertissement une véritable interpellation. D'une part, rien ne constate sa réception puisqu'il n'est pas remis par un huissier ; d'autre part, cette simple lettre ne mentionne pas même l'objet de la demande ou le nom de la personne, à la requête de laquelle elle a été envoyée. Si la partie à qui l'avertissement a été ainsi adressé se présente devant le juge de paix, les effets de l'instance en cas de non-conciliation remonteront à la date de cette comparution qu'on doit assimiler à la comparution volontaire mentionnée dans l'art. 48 du Code de procédure. L'emploi de l'avertissement ou « petite conciliation » est en effet uniquement un procédé de simplification ; on ne saurait donc reconnaître à cet acte aucun caractère juridique, bien que depuis la loi du 25 août 1871 il doive être rédigé sur papier timbré (15).

14. Vazeille, *Traité des prescriptions*, I, p. 186, n° 204; Troplong, *De la prescription*, II, p. 107, n° 590; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 270, q. 249; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 59; Lèrombière, *Théorie des obligations*, I, p. 484, n° 18; Aubry et Rau, II, p. 550, note 20; Marcadé, XII, p. 196, n° 166; Leroux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription*, I, p. 559, n° 471.

15. Marcadé, XII, p. 198, n° 168; Leroux de Bretagne, *op. cit.*, I, p. 541, n° 476.

544. La citation en conciliation produirait tous les effets de la demande, si elle avait été suivie dans le mois d'une assignation devant des arbitres, dont les parties seraient convenues par un compromis passé au bureau de paix (16). Mais le compromis à lui seul n'aurait pas la force de vivifier la citation en conciliation, s'il n'avait pas été suivi d'une assignation ou tout au moins d'une comparution volontaire devant les arbitres. Il faut évidemment que l'instance arbitrale s'engage et suive son cours, pour qu'on puisse en faire remonter les effets jusqu'au jour de la citation en conciliation. Un compromis auquel il n'est pas donné suite doit être assimilé à une instance tombée en péremption ou éteinte par un désistement. La citation en conciliation serait encore privée de tout effet, si la demande avait été rejetée par les arbitres (17); mais si le compromis suivi d'assignation avait été annulé faute par les arbitres de remplir leur mission, cette circonstance ne causerait aucun préjudice au demandeur (18).

SECTION II.

DE LA REMISE DU MÉMOIRE AU PRÉFET.

545. La personne qui veut intenter une action contre le domaine de l'État (19), contre un département (20) ou une commune (21), est tenue d'adresser préalablement au préfet un mémoire contenant l'exposé de la demande et les motifs à

16. Toulouse, 4 juin 1865. S. 64, II, 20. — Vazeille, *Traité des prescriptions*, I, p. 207, n° 191; Troplong, *De la prescription*, II, p. 112, n° 595; Marcadé, XII, p. 196, n° 164; Leroux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription*, I, p. 541, n° 475.

17. Grenoble, 1 août 1855. S. 54, II, 19; Limoges, 29 avril 1856. S. 56, II, 270; Limoges, 6 avril 1848. S. 48, II, 548. — Troplong, *De la prescription*, II, p. 112, n° 594; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 275, q. 251 bis; Marcadé, XII, p. 197, n° 167.

18. Bastia, 18 février 1856. S. 56, II, 145.

19. Décret des 28 octobre — 5 novembre 1790, tit. III, art. 15.

20. L. du 10 mai 1838, art. 37.

21. L. du 18 juillet 1857, art. 51.

l'appui. La remise de ce mémoire constitue une tentative de conciliation : elle avertit le préfet et le met en mesure d'en référer au ministre compétent s'il s'agit d'une action contre le domaine ou contre le département ; si l'action est dirigée contre une commune, le préfet transmet le mémoire au maire.

La loi des 28 octobre — 5 novembre 1790 et la loi du 18 juillet 1857 attribuaient formellement à la remise du mémoire et à son enregistrement au secrétariat de la préfecture (22) l'effet d'interrompre la prescription (25), tandis que la loi du 10 mai 1858 se bornait à dire simplement que la prescription était suspendue pendant les deux mois, qui suivent la présentation du mémoire (24). La rédaction défectueuse de l'art. 57 de la loi du 10 mai 1858, avait été signalée dans la discussion au Corps législatif, mais il était trop tard pour qu'on pût la modifier et la loi avait été votée quand même (25). Aussi admettait-on généralement sous l'empire de cette loi, que malgré les expressions inexactes employées par le législateur, il n'avait pas entendu refuser à la présentation du mémoire son effet interruptif ordinaire (26). Quelques auteurs, il est vrai, prenant à la lettre les termes de l'art. 57 de la loi du 10 mai 1858, pensaient que la prescription reprenait son cours à l'expiration des deux mois fixés dans cet article (27). La loi du 10 août 1871 a écarté tous les doutes et attribué en termes formels à la présenta-

22. La loi de 1790 exigeait, pour que le mémoire préalable interrompît la prescription, qu'il eût été remis et enregistré au secrétariat du directoire de district ; aujourd'hui c'est au secrétariat de la préfecture qu'il doit être déposé et enregistré. Cf. Foucart, *Droit administratif*, II, p. 56, n° 757.

25. « La remise et l'enregistrement du mémoire interrompent la prescription. » Décret des 28 octobre — 5 novembre 1790, tit. III, art. 15.

« La présentation du mémoire interrompra la prescription... » L. du 18 juillet 1857, art. 51.

24. « L'action ne peut être portée devant les tribunaux que deux mois après la date du récépissé, sans préjudice des actes conservatoires. Durant cet intervalle, le cours de toute prescription demeurera suspendu. » L. du 10 mai 1858, art. 57.

25. *Moniteur*, 9 mars 1858, p. 525.

26. Aubry et Rau, II, p. 555, note 55.

27. Cf. Chauveau, *Code d'instr. adm.*, p. 24, n° 40 ; Leroux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription*, I, p. 556, n° 506.

tion du mémoire, l'effet d'interrompre la prescription qui courait au profit du département (28).

546. Pour que la prescription soit réputée interrompue à la date de la remise du mémoire, deux conditions sont nécessaires :

1° Il faut que la présentation du mémoire soit le préliminaire indispensable de la demande formée contre le domaine, le département ou la commune. Elle n'aurait ainsi aucun effet, s'il s'agissait d'actions, qui, comme les actions possessoires, peuvent être intentées directement par la partie intéressée (29);

2° La remise du mémoire doit être suivie de l'introduction d'une instance dans un délai assez bref. Cette formalité est l'équivalent du préliminaire de conciliation; elle emprunte, comme lui, toute sa force à l'ajournement. La loi du 10 août 1871 s'est expliquée sur ce point : elle a fixé le délai dans lequel devait être formée la demande à trois mois à compter de la date du récépissé (art. 55). Les lois des 28 octobre — 5 novembre 1790 et du 18 juillet 1857 n'ayant établi aucun délai, à l'expiration duquel dussent être intentées les actions contre l'État ou les communes, on décide généralement qu'il y a lieu en ce cas de s'en référer au droit commun (art. 2245; art. 57, Pr.); l'ajournement doit alors être donné dans le mois, qui suit, soit l'expiration du délai de deux mois, dans lequel le conseil de préfecture doit se prononcer sur la demande en autorisation, soit la décision qui autorise la commune à agir, si l'autorité administrative a statué auparavant (30).

28. « La remise du mémoire interrompra la prescription, si elle est suivie d'une demande en justice dans le délai de trois mois. » L. du 10 août 1871, art. 55.

29. Les actions possessoires sont formellement exceptées par les lois du 10 mai 1838 et du 10 août 1871; la loi du 18 juillet 1857, en permettant au maire d'intenter les actions possessoires sans autorisation préalable (art. 55), a implicitement donné aux adversaires de la commune le droit d'agir directement contre elle. Req. rej., 28 novembre 1864. S. 65, I, 52; Civ. cass., 20 novembre 1871. D. 71, I, 277. Cf. Foucart, *Droit administratif*, p. 104. n° 1655; Aubry et Rau, II, p. 353, note 35.

30. Foucart, *Droit administratif*, II, p. 37, n° 738; Chauveau. *Code d'instr. adm.*, p. 25, n° 41.

547. Les lois de 1790, de 1837 et de 1871 ne se sont occupées que de l'interruption de la prescription. De là des incertitudes en ce qui touche les autres effets de la demande. Quelques auteurs pensent que la remise du mémoire fait courir les intérêts et sert de point de départ pour la restitution des fruits. Cette remise, disent-ils, remplace ici le préliminaire de conciliation; elle doit par suite en produire tous les effets tels qu'ils sont déterminés par l'art. 57 du Code de procédure; en outre, il est de règle que les actes interruptifs de prescription fassent courir les intérêts et constituent le débiteur en demeure (51).

Ce système n'a pas été admis par la jurisprudence; la Chambre civile de la Cour de cassation l'a repoussé à deux reprises différentes. En 1840, elle s'est prononcée sur les restitutions de fruits et elle a visé la loi des 28 octobre 5 novembre 1790 (52); en 1874, elle a statué sur l'application aux intérêts moratoires de l'art. 51 de la loi du 18 juillet 1837 et a décidé que la présentation du mémoire ne les ferait pas courir (53). Cette dernière décision est tout à fait conforme aux principes généraux. En effet, de ce que certains actes interrompent la prescription et font courir les intérêts, on ne peut en conclure que tout acte à qui est attribué le premier de ces effets, doive nécessairement produire le second. Or il est de principe que les intérêts ne courent qu'à partir de la demande (art. 1153) et que c'est seulement par exception

51. Foucart, *Droit administratif*, II, p. 37, n° 738; Chauveau, *Code d'instr. adm.*, p. 25, n° 41.

52. « Attendu que l'article 15 de la loi du 5 novembre 1790 n'a attaché exceptionnellement à la remise et à l'enregistrement du mémoire qu'il exige comme préalable de toute action contre l'État, que l'effet d'interrompre la prescription. » Civ. rej., 25 déc. 1840, S. 41, I, 156, *Contra* Trib. de Versailles, 8 mai 1857, S. 60, I, 627.

53. « Attendu qu'aux termes de l'article 1153, les intérêts d'une créance ne sont dus que du jour de la demande; — que si le dépôt du mémoire prescrit par l'article 51 de la loi du 18 juillet 1837 interrompt la prescription et toutes déchéances, il ne s'ensuit pas qu'il ait pour effet de faire courir les intérêts de la créance dont le paiement doit être poursuivi contre la commune par une demande distincte et séparée; — qu'à la différence de la citation... le dépôt du mémoire ignoré de la commune au moment où il est opéré, ne peut avoir le caractère et les effets d'une interpellation directe... » Civ. cass., 25 mars 1874, S. 76, I, 75. Cf. Dufour, *Droit administratif*, V, p. 165, n° 146.

qu'ils peuvent être dus à compter d'une date antérieure. Or la loi du 18 juillet 1857, qui a reconnu à la remise du mémoire l'effet d'interrompre la prescription, laisse subsister un doute en ce qui concerne les intérêts ; ce doute doit s'interpréter dans le sens du retour au droit commun.

SECTION III.

DE LA REQUÊTE A FIN D'ASSIGNER.

348. Dans certaines hypothèses très exceptionnelles, le demandeur ne peut citer son adversaire en justice qu'après avoir obtenu une autorisation du président du tribunal donnée dans la forme des ordonnances sur requête. Ainsi les demandes en séparation de corps ou de biens ne peuvent être formées sans une autorisation préalable du président (art. 865 et 875, Pr.) ; de même il faut obtenir une permission pour assigner à bref délai (art. 65 et 75, Pr.).

La requête à fin d'assigner ne produit en général aucun des effets de la demande ; c'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de Caen dans une matière où l'on est cependant habitué à admettre des tempéraments, celle de l'interruption de la prescription (54).

349. Ce principe toutefois souffre exception en matière de séparation de corps. La jurisprudence décide ici que l'instance est liée par la requête adressée au président (55). La requête fixe la compétence du tribunal d'une façon définitive, en sorte que si le mari vient à changer de domicile avant même que la femme, si elle est demanderesse, se soit

54. « Considérant qu'aux termes de l'article 2244 du Code civil, c'est la citation en justice qui seule interrompt la prescription et qu'on ne saurait attribuer le même effet à une simple requête afin d'obtenir permission d'assigner. » Caen, 15 mai 1854, S. 54, II. 699.

55. « Attendu que c'est parce que le tribunal civil, dont il est membre, doit prononcer sur l'action en séparation, que la requête introductive de cette action est adressée au président de ce tribunal... Attendu que le tribunal civil de Lyon a été ainsi régulièrement saisi de la demande en séparation... » Req. rej., 27 juillet 1825, S. 25, I, 269. Cf. Paris, 7 août 1855, S. 55, II. 495.

pourvue devant le tribunal saisi, il ne peut plus demander le renvoi devant les juges de son nouveau domicile. La requête à fin d'assigner est en effet le point de départ de toute la procédure en séparation : elle est destinée à amener la comparution des parties devant le président, qui ne joue pas simplement, comme le juge de paix, le rôle de conciliateur, mais qui a des devoirs de juge à remplir, des mesures provisoires à ordonner (56). Pour que la requête saisisse ainsi le tribunal de la demande en séparation, il faut qu'elle ait été suivie d'une ordonnance du président enjoignant aux parties de comparaître devant lui au jour indiqué (57). Quant aux effets de la demande sur le fond du droit, ils ne sauraient être transportés à la requête même en matière de séparation de corps ou de biens; l'intention du législateur à cet égard est nettement indiquée dans l'art. 271 relatif au divorce (58).

56. « Attendu qu'en matière de séparation, la requête présentée au président du tribunal est le premier acte de procédure, et que cette requête, répondue par une ordonnance, a lié l'instance... » Paris, 7 août 1855. S. 55, II. 495. Cf. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 282, q. 254.

57. Amiens, 30 avril 1856. Pal. 36, 1305.

58. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, III, p. 642, n° 2168; Dutruc. *Traité de la séparation de biens*, p. 204, n° 270.

CHAPITRE IX.

Influence de la demande sur la marche de l'instance.

550. L'ajournement est un exploit d'huissier par lequel une personne est citée par une autre devant un tribunal compétent à un certain jour ou à un certain délai pour voir prononcer sur le différend qui les divise. Les principaux effets de la demande sur la marche de l'instance sont renfermés dans cette définition; ils peuvent se ramener à deux : introduire l'instance et saisir le juge.

SECTION PREMIÈRE.

DES EFFETS DE LA DEMANDE ENTRE LES PARTIES.

Ces effets sont ou communs aux deux parties ou spéciaux à l'une d'entre elles.

§ 1. *Effets communs aux deux parties.*

551. Les effets de la demande communs aux deux parties sont :

1° L'introduction de l'instance, qui sera liée d'une façon définitive lorsque des conclusions contradictoires auront été prises (1). La demande n'est réputée formée que par l'assigna-

1. Rauter. *Procédure civile*, p. 116. n° 115.

tion. Tout autre acte, même la citation en conciliation est impuissant à constituer le litige (2).

2° L'obligation pour les parties de comparaître au jour indiqué. En imposant au défendeur l'obligation de comparaître pour faire valoir ses exceptions et moyens de défense, le demandeur par son exploit introductif d'instance contracte celle de se présenter lui-même pour établir le fondement de son action.

Cette obligation s'entend différemment suivant qu'il s'agit d'affaires de la compétence des juges de paix ou des tribunaux de première instance. Devant le juge de paix, les plaideurs sont tenus de se présenter à l'audience en personne (art. 55, Pr.) Devant les tribunaux de première instance au contraire, la comparution réelle des parties est remplacée par la constitution d'avoué (art. 75, Pr.).

La peine du défaut de comparaître est pour l'une et l'autre des parties d'être jugées sans être entendues. Dans les affaires de la compétence du juge de paix, il n'y a qu'une seule espèce de défaut, le défaut *faute de comparaître*. Devant les tribunaux de première instance, le défendeur est d'abord réputé défaillant s'il n'a pas constitué un avoué (art. 149, Pr.). En outre, le demandeur, qui a dû constituer avoué avant d'assigner son adversaire (art. 61, Pr.) et le défendeur, qui a fait cette constitution se rendent également défaillants, si au jour indiqué leurs avoués ne se présentent pas au tribunal; de là une autre espèce de défaut, le défaut *faute de conclure* (art. 149, Pr.).

On s'est demandé si cette obligation était si rigoureuse que le défendeur assigné devant un juge incompétent fût tenu de se présenter pour demander son renvoi. Mais les termes des art. 168 et 169 du Code de procédure semblent bien indiquer

2. Limoges, 18 avril 1859. S. 59, II, 425; Bordeaux, 15 mai 1849. S. 49, II 522; Douai, 22 février 1869. S. 69, II, 518. — Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 204; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 255, q. 219; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 56 et 52; Bioche, *Dict. de procédure*, IV, p. 596, v° *Préliminaire de conciliation*, n° 6.

que le législateur n'a entendu admettre aucun tempérament en cette matière (5).

5° Le maintien de l'instance entre les plaideurs soit jusqu'au jugement définitif, soit jusqu'au désistement du demandeur ou à l'acquiescement du défendeur (4).

4°. La preuve jusqu'à inscription de faux de l'exactitude des faits qu'a constatés l'huissier dans l'exercice de son ministère, par exemple de la date de l'acte et de sa signification. Ainsi, il y a présomption légale que le défendeur a reçu la copie et cette présomption ne peut être combattue que par une procédure de faux (5).

§ 2. Effets spéciaux à l'une ou à l'autre des parties.

552. Les effets spéciaux au demandeur sont :

1° La suspension des poursuites jusqu'à l'expiration du délai de huitaine fixé pour la comparution (art. 72. Pr.) (6). Lorsque le défendeur a constitué avoué, l'effet suspensif de la demande se prolonge pendant la quinzaine, qui lui est accordée pour fournir ses défenses (art. 77, Pr.), de telle sorte que le demandeur ne peut prendre aucun jugement valable, ni faire aucun acte d'instruction jusqu'à l'expiration de ce délai (7).

Cette obligation de suspendre les poursuites est spéciale au demandeur. Les délais des art. 72 et 77 du Code de procé-

5. Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I. p. 228, note 47; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II. p. 249; Bioche, *Dict. de procédure*, I. p. 222, v° *Ajournement*, n° 98.

4. « Attendu... que bien qu'il n'ait pas été procédé sur la première assignation donnée à jour fixe, et que ni demandeur ni défendeur n'aient comparu devant le tribunal, il n'en résulte pas moins qu'une demande a été formée devant ce tribunal [tribunal de commerce de Lille] et qu'aucun désistement suffisant ou régulier n'est intervenu; que, dès lors, la demande originaire doit être réputée maintenue. » Douai, 1^{er} mai 1868. S. 69, II, 517. Merlin, *Rép.*, v° *Compte*, § 2; Bioche, *Dict. de proc.*, I, p. 222, v° *Ajournement*, n° 99.

5. Req. rej., 8 décembre 1868. S. 69, I, 109; Chambéry, 16 juillet 1869. S. 70, II, 79. — Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 82; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 245.

6. Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 227; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 276; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 249; Bioche, *Dict. de procédure*, I, p. 222, v° *Ajournement*, n° 99.

7. Paris, 27 août 1829. S. 29, II, 521.

dure n'étant établis qu'en faveur de la partie assignée et pour lui permettre de préparer sa défense, celle-ci a le droit d'y renoncer et de constituer avoué avant l'expiration des délais de l'assignation : elle peut alors donner aussitôt un avenir, poursuivre l'audience et même prendre défaut contre le demandeur avant que ces délais ne soient expirés (art. 154, Pr.) (8).

Si l'exploit est un acte d'appel, il a pour effet d'arrêter toutes les poursuites que voudrait faire le défendeur primitif, l'intimé, en exécution du jugement qu'il a obtenu, à moins toutefois que celui-ci n'ait été déclaré exécutoire par provision (art. 457, Pr.). Les actes d'exécution faits par l'intimé après l'appel interjeté seraient nuls (9).

2° La fixation du point précis du litige. Le demandeur doit prendre des conclusions dans l'exploit introductif d'instance (art. 61, Pr.). Ces conclusions peuvent ensuite être modifiées ; mais il faut que les nouvelles conclusions soient implicitement contenues dans les premières ou qu'elles n'en soient que l'accessoire. On ne pourrait par des conclusions ultérieures convertir une demande en rescision d'un acte en une demande en annulation pour nullité de forme. En outre il n'est pas permis au demandeur de revenir dans de nouvelles conclusions sur ce qu'il a concédé à son adversaire dans les conclusions primitives (10).

555. Les effets spéciaux au défendeur sont :

1° L'obligation de constituer avoué dans les délais de l'assignation, quand elle est donnée devant un tribunal civil ou devant une cour d'appel (art. 75, Pr.). Cette constitution est exigée dans les délais de l'ajournement en ce sens que le défendeur peut à l'expiration de ces délais être condamné par défaut. Mais la seule expiration des délais n'entraîne aucune

8. Jousse, *Nouv. comm. sur l'ordonnance civile*, I, p. 46 ; Merlin, *Rép.*, v° *Délai*, sect. I, § I, n° 6 ; Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 228, note 48.

9. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, IV, p. 151, q. 1655 ; Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 54, n° 697.

10. Lyon, 17 juillet 1841. S. 45, II, 424. — Bioche, *Dict. de procédure*, I, p. 644, v° *Conclusions*, n° 15.

déchéance pour le défendeur négligent ; il lui est donc toujours loisible, tant que le jugement par défaut n'a pas été rendu, de constituer avoué et d'engager contradictoirement l'instance (11).

2° Le droit pour le défendeur de poursuivre l'instance engagée contre lui et d'en invoquer la péremption ou la prescription (12).

SECTION II.

DES EFFETS DE LA DEMANDE A L'ÉGARD DU JUGE.

554. Les effets de la demande à l'égard du juge sont :

1° L'attribution de la cause au tribunal devant lequel elle est portée (art. 61, Pr.). On dit alors que le juge est saisi. Quand les parties lui ont ainsi soumis leur différend, il y aurait de graves inconvénients à lui en enlever la décision : d'une part, il est présumé en avoir déjà une certaine connaissance ; d'autre part les frais faits jusque là seraient perdus. Voici les nombreuses conséquences de cette idée que le juge est saisi.

1) Le juge n'a plus le droit de se déclarer incompétent sans motifs légitimes ni de déléguer sa juridiction ; les justiciables ne peuvent en effet être distraits de leurs juges naturels (15).

2) Le décès de l'une des parties ou les changements qui peuvent survenir dans leur état n'enlèvent pas au juge saisi la connaissance de la cause.

3) De deux tribunaux également compétents pour une même cause et en cas de connexité, c'est le premier saisi qui retient l'affaire (14). Toutefois il serait fait exception à cette règle si de deux demandes connexes portées devant des tribunaux différents, l'une était principale et l'autre accessoire ;

11. Bonnier, *Éléments de procédure*, I, p. 64 ; Bioche, *Dict. de procédure*, I, p. 671, v° *Constitution d'avoué*.

12. Rauter, *Procédure civile*, p. 116, n° 115.

13. Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 55.

14. Req. régl. de juges, 6 avril 1808, S. 8, I, 241.

cette dernière, bien que formée la première, doit néanmoins : être reportée devant le tribunal où la demande principale est pendante (art. 556, Pr.) (15).

4) L'assignation à elle seule fait naître l'exception de litispendance, sans qu'il soit besoin que les parties aient en aucune façon donné suite à l'instance ainsi introduite (16). L'art. 171 du Code de procédure exige en effet simplement que la demande ait été formée. La contestation en cause n'était pas plus nécessaire autrefois qu'elle ne l'est aujourd'hui : ainsi l'avait décidé un arrêt du Parlement de Douai du 2 décembre 1785.

Toutefois il y a cette différence entre le cas où la cause est en état et celui où l'instance n'est pas encore liée, mais simplement introduite, qu'il suffit au demandeur de se désister pour pouvoir saisir un autre tribunal : il n'y a nul besoin que son désistement ait été accepté (17).

5). L'obligation pour le juge saisi de statuer à peine d'être poursuivi comme coupable de déni de justice (art. 185, P.). En général, l'assignation ne suffit pas à mettre le juge en demeure de se prononcer ; il faut, indépendamment des réquisitions prescrites par l'art. 507 du Code de procédure, que les conclusions aient été prises contradictoirement à l'audience. L'art. 506 du même code, dans la définition du déni de justice parle en effet « des affaires en état et en tour d'être jugées (18). » Il n'y a d'exception qu'au cas de jugement par défaut : les juges ne pourraient sans commettre de déni de justice refuser de prononcer le défaut, bien qu'il n'ait pas pu être pris de conclusions contradictoires ; les termes impératifs des art. 150 et 454 du Code de procédure ne peuvent laisser aucun doute à cet égard (19).

15. Req. rej., 21 juin 1820, S. 20, I, 418 ; Req. régl. de juges, 22 janvier 1862, S. 62, I, 510. — Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 55 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, II, p. 191, q. 726

16. Douai, 22 février 1869, S. 69, II, 517. — Merlin, *Rép.*, v° *Litispendance*, V ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, II, p. 191, q. 727 ; Bioche, *Dict. de procédure*, II, p. 574, v° *Exception*, n° 64.

17. Req. rej., 17 décembre 1859, S. 40, I, 576 ; Req. rej., 18 juillet 1859, S. 60, I, 779.

18. Bordeaux, 22 mai 1840, S. 40, II, 365.

19. Pigeau, *Commentaire*, I, p. 501.

555. 2^e La fixation de la valeur de la demande. Cette valeur sert à déterminer d'une part si l'affaire est de la compétence du juge de paix ou du tribunal de première instance et d'autre part si elle doit être jugée en premier ou en dernier ressort (L. du 11 avril 1858, art. 1 ; L. du 25 mai 1858, art. 1 et 2).

Cet effet important de la demande ne se produit qu'en matière mobilière. Dans les actions immobilières, la loi ne s'en rapporte pas pour la fixation de la compétence et du ressort à l'appréciation des parties (20). D'un côté, il eût été dangereux de permettre une évaluation sans contrôle à l'égard des immeubles, dont l'estimation est parfois difficile, et de mettre ainsi l'une des parties à la discrétion de l'autre quant au droit d'interjeter appel. D'un autre côté, si on eût autorisé le défendeur à critiquer l'évaluation du demandeur, une expertise serait devenue nécessaire et l'on n'aurait pas évité les inconvénients que la suppression de l'appel avait pour but de prévenir. On a trouvé une base plus fixe dans le revenu de l'immeuble tel qu'il résulte d'un bail ou d'un acte constitutif de rente (L. du 11 avril 1858, art. 1). Lorsque ces deux éléments de détermination font défaut ou que l'immeuble ne produit aucun revenu, on rentre dans la règle générale et l'affaire doit être portée directement devant les juges de droit commun, c'est-à-dire devant les tribunaux de première instance et passer par les deux degrés de juridiction (21).

Dans les actions mobilières au contraire, on laisse au demandeur le soin de fixer lui-même la valeur du litige : c'est donc aux conclusions prises par celui-ci et non au jugement qu'il faut s'en référer (22). Ce système permet sans doute au demandeur de priver, en réduisant ses prétentions, son adversaire du bénéfice de l'appel ; mais un tel résultat ne peut être atteint qu'au moyen de sacrifices devant lesquels les plaideurs

20. Riom, 4 juillet 1857, Pal. 57, 1055.

21. Req. rej., 2 février 1857, S. 57, I, 650 ; Rouen, 17 juillet 1869, S. 70, I, 181 ; Req. rej., 51 janvier 1870, S. 70, I, 265. — Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 8, n° 668.

22. Civ. cass., 14 juillet 1856, S. 56, I, 818. — Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, VII, p. 155, n° 77 ; Bonnier, *Organisation judiciaire*, p. 127, n° 145 ; Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 8, n° 669.

reculeront souvent, tandis que le système qui ferait dépendre l'appel du montant de la condamnation, aurait l'inconvénient bien autrement grave de laisser au juge la faculté de rendre à son gré des jugements en dernier ressort en n'allouant au demandeur que quinze cents francs. Cela serait d'ailleurs contraire à l'esprit de nos lois de procédure, qui autorisent l'appel de tout jugement statuant sur une question de compétence, quelque minime que soit l'intérêt engagé (art. 454, Pr.) (25).

La demande originaire ne fixe pas irrévocablement la valeur du litige : le demandeur reste maître d'augmenter ou de restreindre les conclusions contenues dans l'exploit introductif d'instance ; il est en effet de principe que ce sont les conclusions définitives qui doivent seules être prises en considération (24).

Pour que les conclusions primitives puissent être ainsi amplifiées de manière à rendre l'appel recevable, il faut que les modifications qui y sont apportées procèdent d'une cause antérieure à la demande (25). La Cour de cassation va jusqu'à décider qu'il en est ainsi quoique la nouvelle demande ne soit pas sérieuse et qu'elle ait été faite uniquement dans le but de se ménager une voie de recours contre la décision des premiers juges (26).

Quant au droit qui appartient au demandeur de restreindre ses conclusions, il est subordonné à deux conditions. Il faut : 1^o que les choses soient encore entières, que cette réduction ne cause par suite aucun préjudice au défendeur (27) ; 2^o que celui-ci ait eu connaissance des changements. En conséquence, lorsque le défendeur fait défaut, la question du premier ou du

25. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, IV, p. 117, q. 1655.

24. Nîmes, 18 juin 1867, S. 68, II, 105 ; Civ. cass., 18 mai 1868, S. 68, I, 508 ; Civ. cass., 15 juin 1870, S. 70, I, 565. — Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, I, p. 527 ; VII, p. 141, n^o 179 ; Rivoire, *Traité de l'appel*, p. 7, n^o 9 ; Guilbon, *Compétence des juges de paix*, p. 15, n^o 25 ; Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 9, n^o 669.

25. Orléans, 51 mai 1864, S. 65, II, 8.

26. Civ. cass., 25 juillet 1864, S. 64, I, 451 ; Civ. cass., 11 janvier 1865, S. 65, I, 225. *Contra* Rennes, 28 mars 1819 (Dalloz, *Rép.*, XV, p. 91, v^o *Degrés de juridiction*) ; Bourges, 7 mars 1860, S. 60, II, 185.

27. Rivoire, *Traité de l'appel*, p. 7, n^o 9.

dernier ressort est irrévocablement fixée par les conclusions contenues dans l'exploit introductif d'instance et de nouvelles conclusions prises en son absence ne sauraient modifier la situation qu'il sait lui être faite par l'assignation (28).

Le principe que la valeur du litige n'est irrévocablement fixée que par les conclusions définitives ne s'applique pas à la compétence : le tribunal civil saisi d'une demande supérieure au taux de la compétence du juge de paix ne cesse pas d'être compétent pour connaître de cette demande, quoiqu'elle ait été réduite au-dessous de ce taux par des conclusions prises en dernier lieu (29).

La valeur du litige n'est pas toujours donnée par le chiffre total des demandes contenues dans l'exploit d'ajournement : il faut en déduire tous les accessoires, restitutions de fruits, intérêts, dommages et intérêts, dépens, qui n'entrent pas en ligne de compte pour ce calcul. Ainsi le décidait l'Édit du 9 août 1777, dont la loi du 11 avril 1858 a reproduit la doctrine (50). Il en est autrement des intérêts échus et des dommages et intérêts nés avant la demande : ils doivent être joints au principal pour fixer la compétence et déterminer le ressort (51).

Si la demande avait une valeur indéterminée, l'estimation que ferait le demandeur dans l'exploit introductif d'instance resterait inefficace, tant que le défendeur n'y aurait pas donné son adhésion. Il n'y a là en effet de la part du demandeur qu'une offre de se soumettre à la juridiction compétente dans les limites qu'il a assignées à sa réclamation ; il

28. Bordeaux, 29 février 1844, S. 44, II, 570; Montpellier, 7 mai 1867, S. 67, II, 276. Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, VII, p. 141, n° 79; Rivoire, *Traité de l'appel*, p. 7, n° 9; Guillon, *Compétence des juges de paix*, p. 15, n° 25; Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 9, n° 669.

29. Toulouse, 27 juin 1868, D. 68, II, 210. — Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 9, note 1.

50. « A l'égard des intérêts, arrérages ou restitutions de fruits échus depuis la demande, dépens, dommages et intérêts, ils ne seront pas compris dans la somme qui déterminera la compétence. » Édit du 9 août 1777, art. 5.

51. Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, I, p. 527; VII, p. 155, n° 77; Rivoire, *Traité de l'appel*, p. 18, n° 21; Guillon, *Compétence des juges de paix*, p. 15, n° 27 et s.; Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 9, n° 670.

peut donc, tant qu'elle n'a pas été acceptée par la partie adverse, la rétracter et provoquer lui-même une déclaration d'incompétence (52).

52. Boncenne et Bourbeau. *Théorie de la procédure*, VII, p. 184, n° 99.

CHAPITRE X.

Des effets de la demande dans les rapports du propriétaire et du possesseur.

SECTION PREMIÈRE.

INFLUENCE DE LA DEMANDE SUR LES RESTITUTIONS DE FRUITS.

556. L'introduction d'une instance en revendication n'a aucune influence sur les rapports du propriétaire et du possesseur de mauvaise foi. Celui-ci reste tenu, comme il l'était auparavant, de la restitution de tous les fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir (art. 549 et 1578). En prenant possession d'un bien qui appartient à autrui, il s'est obligé envers le véritable propriétaire à réparer tout le dommage qui pourrait résulter de cette possession indue (1) ; or ce dommage consiste principalement dans la perte des fruits et produits de la chose.

557. La demande en justice modifie au contraire complètement la position du possesseur de bonne foi ; elle le rend comptable des fruits. Jusque là en effet il fait les fruits siens. On a craint d'appauvrir ce possesseur dont la conduite est en somme irréprochable, et de lui imposer des restitutions trop onéreuses au profit d'un propriétaire, qui s'est rendu

1. « Attendu que le possesseur de mauvaise foi dont la possession a été dès l'origine le résultat du dol ou de la fraude, est, comme l'auteur de tout quasi-délit, tenu de la réparation intégrale du préjudice causé par son usurpation au légitime propriétaire ; que sa responsabilité implique dès lors l'obligation d'indemniser le propriétaire de toute privation de jouissance et, par conséquent, de lui faire compte non seulement des fruits perçus pendant l'indue possession, mais encore de ceux perçus de bonne foi par les tiers-détenteurs à qui il a livré la chose usurpée... » Civ. cass., 9 fèv. 1864, S. 64, I, 159.

coupable de faute ou tout au moins de négligence en ne réclamant pas son bien (2). Le bénéfice de l'acquisition des fruits doit naturellement cesser dès que cesse la bonne foi ; car dès ce moment, le motif d'équité, qui fait dispenser le possesseur de rendre les fruits, n'existe plus.

558. En droit romain, le possesseur cessait d'être de bonne foi dès qu'il acquérait d'une manière quelconque la connaissance des droits du véritable propriétaire (3).

L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 exigeait pour que le possesseur fût constitué de mauvaise foi une demande libellée. Cette règle fort sage, qui prévenait toute contestation sur le moment où avait cessé en fait la bonne foi, ne paraît pas avoir été suivie d'une façon générale et les commentateurs interprétaient l'ordonnance en ce sens qu'elle aurait maintenu les principes du droit romain (4). Ainsi pour Pothier, le possesseur cesse d'être de bonne foi, dès qu'il a connaissance des vices qui entachent son titre, alors même qu'il n'y aurait eu aucune demande en justice (5).

Cette doctrine est consacrée par l'art. 550, qui déclare que « le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment où les vices de son titre lui sont connus. » Dans la séance du Conseil d'Etat du 27 vendémiaire an XII (20 octobre 1805), Maleville fit observer que la règle de l'art. 550 était trop vague et demanda qu'on revint à la doctrine qui réputait le possesseur de bonne foi jusqu'à l'interpellation judiciaire. Treilhard répondit qu'en jurisprudence on suivait plus ordinairement le principe posé par l'article. « Ce n'est que par les circonstances, ajoutait-il, qu'on peut juger, quand le possesseur a cessé d'être de bonne foi (6). » Il n'a pas été donné suite à l'observation de Maleville. La détermination du moment où a cessé la bonne foi est donc aujourd'hui une pure question de fait laissée à l'appréciation du juge (7).

2. Faure, *Discours au Tribunal* (Loché, VIII, p. 178).

3. L. 48 § 1, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1.

4. Bourdin, *Notes sur l'ordonn. d'août 1539* (Néron et Girard, *Edits*, I, p. 217).

5. Pothier, *Traité de la propriété*, n° 542 (*Œuvres*, IV, p. 475).

6. Loché, VIII, p. 125.

[7. Bordeaux, 14 août 1809, S. 11, II, 85 ; Civ. cass., 8 février 1850, S. 50,

559. Il n'y a pas en principe à se préoccuper de la nature du fait, qui a révélé au possesseur l'insuffisance de son titre. Les vices de ce titre peuvent avoir été portés à sa connaissance par une demande en justice ou par une citation en conciliation suivie dans les délais de droit d'une assignation. C'est là le moyen le plus sûr et le plus fréquent ; mais ce n'est pas le seul, et une simple sommation extrajudiciaire ou tout autre moyen serait parfaitement suffisant pour constituer le possesseur de mauvaise foi. Seulement il faudrait prouver contre lui qu'il a eu connaissance des vices de son titre, la mauvaise foi ne se présument jamais (art. 2268) (8). Or cette preuve ne sera pas toujours facile et bien souvent le propriétaire revendiquant se trouvera dans l'impossibilité d'établir l'époque précise où a commencé la mauvaise foi. En outre le juge n'admettra pas facilement cette preuve et en général il considérera le possesseur comme resté de bonne foi, toutes les fois que celui-ci n'aura été averti du droit du propriétaire que par des menaces de poursuites. Il faut, comme le disait Bourdin en commentant l'ordonnance de Villers-Cotterets, que la mauvaise foi du possesseur soit « manifestement et oculairement prouvée et avérée (9) ».

Le possesseur peut donc, nonobstant la survenance de la mauvaise foi, continuer à jouir des avantages de la possession de bonne foi ; ce n'est plus alors la conséquence d'une idée d'équité, c'est l'effet d'une présomption légale que les moyens de preuve dont disposait le demandeur ont été impuissants à renverser.

Cette situation privilégiée du possesseur cesse nécessairement le jour où une demande en justice engage l'instance. Il n'y a à cet égard aucune distinction à faire entre le possesseur qui aurait acquis par l'assignation dirigée contre lui la

I, 94 ; Civ. rej., 13 décembre 1850, S. 51, I, 24 ; Civ. rej., 25 décembre 1840, S. 41, I, 156 ; Caen, 50 avril 1849, S. 52, II, 177. — Duranton, IV, p. 512, n° 562 ; Taulier, II, p. 265 ; Chavot, *Traité de la propriété nobiliaire*, II, p. 215, n° 494 ; Demolombe, IX, p. 555, n° 630 ; Aubry et Rau, II, p. 273 note 25.

8. « Il est censé ignorer les vices de son titre tant qu'on ne constate pas qu'il les connaissait. » Portalis, *Exposé de motifs* (Loché, VIII, p. 159).

9. Néron et Girard, *Édits*, I, p. 217.

connaissance des vices de son titre et celui qui, malgré cette demande, serait resté de bonne foi. L'obligation de restituer les fruits à compter de la demande n'est point en effet une question de bonne ou de mauvaise foi, c'est la conséquence du caractère purement déclaratif des décisions judiciaires; le demandeur qui triomphe dans une action en revendication est réputé avoir toujours été propriétaire, et par suite il doit être mis dans la même situation que si le défendeur avait reconnu son droit le jour de l'assignation et lui avait donné satisfaction à ce moment même. Il faut pour cela que la chose réclamée soit restituée au revendiquant avec tous les fruits qu'elle a produits pendant l'instance. Comme le disait Faure dans son discours au Tribunat : « Lorsque la chose est en la possession d'un autre que le propriétaire, le possesseur est tenu de la rendre aussitôt qu'elle est revendiquée (10) ». Ce n'est pas en qualité de possesseur, mais comme défendeur qu'il est obligé à cette restitution.

D'ailleurs le possesseur, une fois l'instance engagée, n'a pas pu sans une grave imprudence compter sur les fruits d'un bien qui était revendiqué contre lui. La demande est un avertissement suffisant de s'abstenir des actes de propriétaire; à partir de ce moment, il ne doit plus s'approprier les fruits, les consommer ou en dissiper la valeur, mais les tenir en réserve pour les restituer au demandeur, si ce dernier réussit à faire triompher ses prétentions (11). Le juge qui accueille la demande portée devant lui ne saurait donc sans violer les principes fondamentaux de la procédure dispenser le possesseur de restituer les fruits perçus depuis l'assignation; car du moment où il reconnaît fondées les prétentions du demandeur, il constate que le possesseur a eu tort de plaider et qu'il aurait dû donner satisfaction dès le début aux réclamations de son adversaire.

10. Loqué. VIII, p. 178.

11. Civ. cass., 8 mars 1852, S. 52, I, 497; Paris, 30 avril 1859, S. 60, II, 625. — Chavot, *Traité de la propriété mobilière*, II, p. 217, n° 495; Demante, II, p. 460, n° 585 bis, V; Demolombe, IX, p. 554, n° 652; Aubry et Rau, II, p. 274, note 24; Laurent, VI, p. 296, n° 222.

560. On exprime quelquefois cet effet de la demande en disant que le possesseur est constitué de mauvaise foi par l'ajournement (12). Cette formule est loin d'être exacte. Il n'y a en effet dans la loi aucune disposition qui établisse au cas de demande formée contre le défendeur une présomption légale de mauvaise foi ; or les présomptions doivent être édictées par un texte formel. Une semblable présomption eût été souvent fautive : il se peut fort bien que le défendeur, malgré la demande, conserve la conviction entière de son droit et par conséquent la bonne foi. Tel serait le cas où le propriétaire ne lui aurait pas communiqué les titres qui établissent sa propriété ou ne lui en aurait donné qu'une connaissance insuffisante dans l'exploit d'ajournement (15).

La résistance du possesseur à des prétentions qu'il croit mal fondées doit être considérée comme légitime. Il serait donc peu équitable de le traiter à tous égards comme un possesseur de mauvaise foi. Ainsi la demande ne fera passer sur sa tête les risques de la chose revendiquée qu'autant qu'elle le constituera en même temps de mauvaise foi (14) ; le possesseur de mauvaise foi est en effet garant de la perte arrivée même par cas fortuit (art. 1579). De plus, elle ne l'obligera pas à restituer les fruits qu'il a négligé de percevoir, comme en serait tenu un possesseur de mauvaise foi (15).

561. L'application des art. 549 et 550, présente quelques difficultés dans les hypothèses suivantes :

1° Le possesseur a obtenu gain de cause au possessoire ; il succombe dans l'instance sur la propriété. Doit-il les fruits perçus depuis la demande au possessoire ou seulement depuis la demande au pétitoire ? Deux opinions sont en présence.

12. Rauter, *Procédure civile*, p. 117, n° 115 ; Berriat Saint-Prix, *Procédure civile*, I, p. 227 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, p. 277 ; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 249 ; Rousseau, *Dict. de procédure*, I, p. 482, v° *Ajournement*, n° 112.

13. Demante, II, p. 460, n° 585 bis, V ; Demolombe, IX, p. 553, n° 652 ; Aubry et Rau, II, p. 274, note 24 ; Laurent, VI, p. 296, n° 222.

14. Demante, *loc. cit.* ; Demolombe, IX, p. 496, n° 586.

15. Hennequin, *De la possession relativement aux fruits* (*Revue de lég. et de jurispr.*, 1837, VI, p. 227).

L'une consacrée par la Cour de cassation (16) s'appuie sur l'idée que les jugements rendus au possessoire sont définitifs quant à la possession et qu'en général loin de faire disparaître la bonne foi du possesseur, ils doivent la confirmer. Le jugement de maintenue possessoire empêche, comme le disait Voët (17), qu'on puisse réputer le possesseur de mauvaise foi ; on ne saurait en effet lui reprocher d'avoir cru à la légitimité d'une possession consacrée par une décision judiciaire (18).

Cette première opinion, malgré la haute autorité qui l'appuie, ne nous paraît pas pleinement satisfaisante et nous préférons la doctrine opposée. Le possesseur ne trouve pas en effet dans le jugement de maintenue un titre l'autorisant à s'approprier les fruits. Le juge de paix en maintenant l'une des parties en possession n'a pas examiné si la possession qu'il protégeait était de bonne ou de mauvaise foi, puisque cette circonstance est indifférente pour les actions possessoires. Le tribunal civil saisi de la revendication a donc toute liberté pour reconnaître que le possesseur annal manquait de bonne foi et pour l'obliger à restituer les fruits à son adversaire du jour de la demande au possessoire (19). Cette doctrine est traditionnelle dans notre droit. Argou dit en effet que le véritable propriétaire « est réduit à se servir de l'action pétitoire, à justifier le titre de sa propriété, et à laisser jouir le possesseur durant le cours du procès, sauf à demander contre lui la restitution des fruits » (20).

562. 2^o Le possesseur doit de même restituer les fruits à partir de la demande, quand il succombe en appel, après avoir obtenu gain de cause en première instance ou quand un jugement par défaut rendu d'abord à son profit vient à être

16. Civ. cass., 5 juillet 1826, S. 27, I, 115.

17. Voët, *De acq. rer. dom.*, n^o 51 (*Comm. ad Pandectas*, II, p. 615).

18. Chavot, *Traité de la propriété mobilière*, II, p. 218, n^o 496 ; Laurent, VI, p. 297, n^o 225.

19. Bordeaux, 14 août 1809, S. 11, II, 85 ; Caen, 25 juillet 1826, S. 28, II, 151 ; Civ. cass., 11 novembre 1828, S. 28, I, 469. — Belime, *Traité du droit de possession*, p. 552 ; Demolombe, IX, p. 555, n^o 655 ; Aubry et Rau, II, p. 274 ; Bourcart, *Des actions possessoires*, p. 544, n^o 189.

20. Argou, *Institution au droit français*, liv. II, ch. 9 (I, p. 238).

rapporté. Si le possesseur ne devait les fruits à partir de la demande qu'à raison de sa mauvaise foi, on pourrait peut-être contester cette décision, car le possesseur qui gagne son procès doit être évidemment confirmé dans sa bonne foi; mais, ainsi qu'on l'a vu plus haut, il n'y a pas ici une question de bonne ou de mauvaise foi; mais une application du principe de rétroactivité des jugements. D'ailleurs la demande a suffi pour avertir le défendeur et il doit savoir que sa position ne peut être fixée qu'autant que l'affaire aura été définitivement tranchée.

563. 5° Il en serait de même si le possesseur gagnait en première instance et en appel, mais que l'arrêt rendu en sa faveur fût cassé et que la cour d'appel, à laquelle l'affaire a été renvoyée, le condamnât au délaissement (21).

564. 4° La même solution devrait être donnée au cas où la décision judiciaire, qui a maintenu le possesseur, serait ensuite rétractée par l'effet de la requête civile. M. Demolombe, fait toutefois des réserves pour les cas où la requête civile est fondée sur des moyens autres que le dol du possesseur. Il pense que dans ces hypothèses on pourrait considérer le possesseur comme ayant été confirmé dans sa bonne foi par le jugement rendu en sa faveur. Cette opinion, qui peut être fort équitable, nous paraît en opposition avec le principe de rétroactivité des décisions judiciaires, principe qui s'applique à la requête civile (22).

565. Toutes ces décisions seraient applicables aux héritiers, qui seraient condamnés au délaissement par suite d'une instance engagée avec leur auteur; leur bonne ou leur mauvaise foi n'est pas en jeu : ils succèdent ici à l'obligation de restituer comme à toutes celles qui découlent du contrat judiciaire. La Chambre civile qui avait admis dans son arrêt du 24 mai 1848 (25), que l'héritier pouvait se prévaloir de sa

21. Demolombe, IX, p. 555, n° 633; Aubry et Rau, II, p. 274; Laurent, VI, p. 297, n° 225.

22. Req. rej., 3 juin 1839, S. 39, I, 477. — Demolombe, IX, p. 555, n° 634; Aubry et Rau, II, p. 274, note 25. *Contra* Paris, 18 juillet 1835, S. 35, II, 405.

23. Civ. cass., 24 mai 1848. S. 49, I, 125.

bonne foi personnelle pour se dispenser de restituer les fruits, est revenue avec raison sur cette doctrine dans un arrêt du 8 juin 1864; elle avait d'ailleurs été précédée dans cette voie par la Chambre des requêtes (24).

La demande ne détruit pas absolument le droit du possesseur aux fruits, qui lui demeureront acquis si la revendication dirigée contre lui échoue, si le demandeur se désiste ou si l'instance est périmée. Dans le cas où l'action viendrait ensuite à être reprise, il ne devrait en principe restituer les fruits qu'à compter de la nouvelle demande dirigée contre lui, les premières poursuites étant réputées non avenues. Ce sera là toutefois une question de fait, car il est possible que les pièces produites par le propriétaire lui aient donné pleine connaissance des vices de son titre et que, nonobstant le désistement ou la péremption, il ait cessé dès lors d'être de bonne foi (25).

SECTION II.

DE L'INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE.

566. Quand la demande en justice conduit à un jugement qui condamne le possesseur à délaisser, le revendiquant a trente ans pour faire exécuter ce jugement. Lors au contraire que la demande est rejetée ou qu'elle reste inefficace par suite d'un désistement ou de la péremption de l'instance, l'interruption opérée par la citation en justice est considérée comme non avenue. La question délicate de savoir quels sont les effets de l'interruption se présente donc seulement dans le cas où il n'est pas donné suite à la demande, sans toutefois que l'instance s'éteigne par suite d'une péremption ou d'un

24. Req. rej., 19 mai 1857, S. 58, I, 59; Civ. cass., 8 juin 1864, S. 64, I, 588; Req. rej., 17 mai 1865, S. 65, I, 250.

25. Demolombe, IX, p. 556, n° 636; Aubry et Rau, II, p. 274; Laurent, VI, p. 298, n° 224. *Contra* Chavot, *Traité de la propriété mobilière*, II, p. 219, n° 497.

désistement. L'interruption agit-elle ici sur les conditions requises pour l'accomplissement de l'usucapion ?

La question ne présente d'intérêt que pour la prescription de dix à vingt ans, puisque c'est la seule prescription acquisitive qui subsiste dans notre droit avec la prescription trentenaire.

On dit d'ordinaire que le possesseur avec juste titre et bonne foi, dont l'usucapion a été interrompue, pourra, nonobstant l'interruption, recommencer à prescrire dans les mêmes conditions, c'est-à-dire par dix à vingt ans (26). Cette doctrine, qui a été consacrée par un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 avril 1845 (27), s'appuie d'abord sur le principe que l'interruption ne change en rien la situation du possesseur, qui reste dans l'état où il se trouvait au moment où la prescription a commencé à courir; elle invoque ensuite l'art. 2269, aux termes duquel il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition.

Cette opinion, quelles que soient les autorités qui l'appuient ne nous semble pas pleinement justifiée, et nous préférons la doctrine de Troplong, d'après laquelle l'interruption a ici pour effet de substituer à la prescription par dix à vingt ans celle de trente ans (28). Il est de principe sans doute qu'en recommençant à courir, la prescription n'a en général rien qui diffère de l'ancienne prescription commencée et interrompue; c'est un nouveau travail, comme l'a dit Troplong, qui se fait avec les mêmes éléments. Mais cette règle n'est pas aussi absolue qu'on le prétend; il y est fait exception quand précisément le fait interruptif vient modifier l'un des éléments de

26. Aubry et Rau, II, p. 565; Laurent, XXXII, p. 177, n° 169.

27. « Attendu, en droit, que pour donner à la possession décennale la force d'opérer la prescription, les art. 2265 et 2269 exigent seulement que l'acquisition ait été faite avec bonne foi et juste titre; qu'il est d'ailleurs de principe que l'interruption rend seulement inefficace la possession antérieure, sans affecter le titre duquel elle procédait; qu'il suit de là que l'acquisition faite de bonne foi conserve ce caractère et doit en conséquence servir de point d'appui à la prescription établie par l'art. 2265, si la possession de l'acquéreur est continuée pendant une période décennale entière, à partir de l'acte interruptif. » Req. rej., 2 avril 1845, S. 45, I, 244.

28. Troplong, *De la prescription*, II, p. 75, n° 555; p. 224, n° 688.

la prescription. Or c'est ce qui a lieu en matière d'usucapion par dix à vingt ans. L'ajournement contient copie des pièces sur lesquelles la demande est fondée (art. 65, Pr.) ; il fait donc connaître au défendeur les titres qui condamnent sa possession et le constitue en général de mauvaise foi. La prescription qui recommence ensuite ne peut être alors qu'une prescription trentenaire ; car la bonne foi est une condition indispensable de l'usucapion par dix à vingt ans et elle s'apprécie ici d'une façon bien plus stricte qu'en matière d'acquisition de fruits.

La doctrine de Troplong viendrait, suivant les partisans de la première opinion se heurter à la règle que la bonne foi n'est exigée qu'au moment de l'acquisition (art. 2269).

Cette objection n'est pas décisive. La première opinion donne à la maxime *Mala fides superveniens non impedit usucapionem* une portée exagérée, qui n'est pas dans l'esprit de notre législation. Elle signifie simplement que la mauvaise foi survenue dans la personne d'un tiers-acquéreur ne fait pas obstacle à ce que la prescription s'accomplisse à son profit par dix à vingt ans. Les termes dont s'est servi Bigot-Prémeneu dans l'Exposé des motifs indiquent clairement que le législateur avait en vue l'hypothèse où le possesseur acquerrait la connaissance des vices de son titre par toute autre voie qu'une citation en justice. « Quant à la mauvaise foi qui peut survenir pendant la prescription, dit-il, c'est un fait personnel à celui qui prescrit ; sa conscience le condamne ; aucun motif ne peut, dans le for intérieur, couvrir son usurpation » (29).

D'ailleurs les raisons d'équité, qui avec les motifs d'utilité générale ont déterminé le législateur de 1804 à abandonner la règle du droit canonique, qui exigeait la continuité de la bonne foi, et à revenir au système du droit romain consacré dans l'art. 2269, n'existent pas dans l'hypothèse qui nous occupe. La prescription de dix à vingt ans est

29. Loaré, XVI, p. 579. — L'art. 49 du projet (2269) a été adopté sans observation dans la séance du Conseil d'Etat du 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804). Cf. Loaré, XVI, p. 542.

fondée d'une part sur l'inaction du propriétaire qui a négligé son bien pendant un laps de temps considérable et d'autre part sur la faveur qu'inspirent le possesseur de bonne foi et le titre coloré. Or ici le propriétaire n'est pas resté dans l'inaction puisqu'il a protesté par une interpellation judiciaire; cette interpellation, il est vrai, n'a pas été suivie de poursuites; mais il a pu être empêché de les continuer par une absence. Il serait fort peu équitable de permettre qu'il fût dépouillé de son droit par un laps de temps aussi court que dix ans : son inaction ne devient réellement coupable qu'autant qu'elle s'est prolongée pendant trente ans.

Enfin notre ancienne jurisprudence suivait les principes du droit canonique. Les rédacteurs du Code civil s'en sont écartés sur un point; il faut s'en tenir strictement à la dérogation, telle qu'ils l'ont formulée et ne pas donner à l'art. 2269 une extension qui n'était pas dans leur pensée. La règle canonique, qui exigeait la continuité de la bonne foi pendant toute la durée de la possession, comptait encore des partisans convaincus : les tribunaux d'appel de Paris et de Besançon en avaient en effet demandé le maintien avec beaucoup d'énergie (50).

567. De même que nous repoussons une extension exagérée de la maxime *Mala fides superveniens...*, nous ne saurions admettre davantage l'application trop littérale que l'on fait à notre matière des art. 2265 et 2269. L'interruption n'efface pas seulement le temps qui s'est écoulé auparavant, comme se borne à dire la Chambre des requêtes (51), elle anéantit encore toute la possession antérieure. Comme l'a remarqué

50. « C'est ce que décide le droit romain; mais, en cette partie, nous l'avons abandonné : le droit naturel, qui oblige de rendre le bien d'autrui et défend de se l'approprier, nous avait paru préférable. » Observ. du trib. d'appel de Paris (Fenet, V, p. 289).

« Cette règle vient des lois romaines, mais n'en vaut pas mieux... Si la bonne foi manque, il n'y a plus de différence entre le porteur d'un titre et le simple possesseur, à qui la loi ne permet de prescrire que par trente ans. On propose de substituer à l'art. cette rédaction : La bonne foi doit durer pendant tout le cours de la prescription. » Observ. du trib. d'appel de Besançon (Fenet, III, p. 255).

51. Req. rej., 2 avril 1845, S. 45, I, 244.

Bigot-Préameneu, « la possession qui a précédé l'interruption ne peut plus être d'aucune considération » (52). S'il en est ainsi, on ne peut se reporter au moment de l'acquisition pour examiner si la possession réunit les conditions exigées pour la prescription de dix à vingt ans. Ce qui fonde la prescription, c'est uniquement la nouvelle possession qui recommence au jour de l'acte interruptif; c'est à ce moment là seulement qu'on doit examiner si les conditions exigées pour la prescription sont réunies, puisque tout le passé est effacé.

Cette proposition se justifie par les considérations suivantes :

Les conditions exigées pour la prescription de dix à vingt ans sont le juste titre et la bonne foi. L'interruption en effaçant la possession antérieure ne porte aucune atteinte au juste titre; celui-ci subsiste et à toute époque, il pourra servir de point d'appui à une nouvelle possession utile, pourvu toutefois que celle-ci recommence avec bonne foi. Or la bonne foi suppose une croyance pleine et entière : elle est exclue par le moindre doute que pourrait avoir le possesseur sur les droits de son auteur. Les poursuites dont ce possesseur est l'objet ont nécessairement fait naître des doutes dans son esprit et porté atteinte à l'intégrité de cette bonne foi qui est une condition indispensable de la prescription de dix à vingt ans.

C'est en vain qu'on nous objecterait, avec le tribunal de Saint-Girons (53), que nous substituons à l'acquisition de bonne foi exigée par les art. 2265 et 2269 un commencement de possession avec bonne foi. Le législateur dans ces articles n'a eu en vue que l'hypothèse ordinaire, celle où la prescription s'est accomplie paisiblement au profit de l'acquéreur avec juste titre et bonne foi. Dans ce cas, l'acquisition et le commencement de la possession se confondent, mais il est plus juridique de se placer au commencement de la possession et tel est aussi le langage de la Chambre des requêtes

52. Loqué, XVI, p. 569.

53. Tribunal de Saint-Girons, 25 août 1845, S. 45, 1, 242.

dans un arrêt du 22 juillet 1874 (54). Lors au contraire que la possession a été interrompue, il devient singulièrement facile, quoi qu'en ait pu dire le tribunal de Saint-Girons, de distinguer l'acquisition du commencement de la possession, puisque ces deux faits peuvent être séparés par un intervalle de huit, neuf et même dix-neuf ans. Du reste cette objection repose sur l'idée erronée qu'en matière de prescription acquisitive le juste titre et la bonne foi se confondraient au lieu d'être deux conditions indépendantes.

Nous concluons donc que la bonne foi devant s'apprécier non pas à l'époque de l'acquisition mais au moment où recommence la possession nouvelle, c'est-à-dire au moment de l'interruption, la prescription de dix à vingt ans n'est plus possible et qu'elle fait place à la prescription de trente ans.

54. • C'est à l'origine même de la possession invoquée pour prescrire que doivent exister les conditions nécessaires pour rendre cette possession efficace. • Req. rej., 22 juillet 1874, S. 75, I, 18.

Auzanet disait de même: « Il suffit que, lors de l'acquisition, l'acquéreur soit en bonne foy, pourvu que la mauvaise foy, c'est-à-dire la connoissance de l'hypothèque du créancier, ne survienne point avant la tradition et jouissance de l'acquéreur. » *Notes sur l'anc. cout. de Paris* (Auzanet, *Œuvres*, p. 101).

CHAPITRE XI.

Des effets de la demande dans les rapports du créancier et du débiteur.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA MISE EN DEMEURE.

368. Lorsque la demande en justice n'a été précédée d'aucune interpellation, elle constitue le débiteur en demeure.

La mise en demeure a des conséquences importantes ; elle fait passer les risques sur la tête du débiteur en retard d'exécuter ses engagements ; elle lui impose en outre l'obligation de payer des dommages et intérêts. Toutefois les hypothèses où le créancier introduit une instance sans adresser à son débiteur de sommation préalable sont si rares dans les obligations de donner ou de faire qu'il suffit de mentionner la possibilité d'une mise en demeure résultant de la demande.

369. Ce qui est l'exception dans les obligations de donner ou de faire devient la règle dans les obligations de sommes d'argent. Ici une simple sommation ne suffit plus pour constituer le débiteur en demeure ; il faut une demande en justice. Cette exigence a été dictée par l'intérêt même du débiteur. Dans les obligations de sommes d'argent, les intérêts de ces sommes, ainsi qu'on va le voir bientôt, commencent à courir du jour de la mise en demeure. Cet accroissement d'une dette d'argent par le cours des intérêts peut être fort avantageux au créancier, surtout s'il n'a pas besoin de ses capitaux. Il était donc à craindre, si une simple sommation eût

suffi pour la mise en demeure du débiteur, que le créancier ne se contentât d'une sommation de payer et qu'il ne songeât pas à presser ses poursuites. Son inaction, sauf le cas d'insolvabilité du débiteur, ne peut jamais lui nuire, puisqu'il retrouvera un jour ou l'autre ses capitaux grossis par la production d'intérêts. A l'inverse un pareil état de choses eût été ruineux pour le débiteur qui eût vu ainsi sa dette s'augmenter chaque jour, sans qu'il se fût peut-être rendu bien compte des effets de la sommation. La loi a donc voulu que le créancier manifestât son intention par un acte sur le caractère duquel l'obligé ne pût se méprendre et c'est pour cela qu'elle a exigé une demande en justice (1).

570. La nécessité d'une demande en justice pour constituer le débiteur en demeure a été de nos jours très vivement critiquée et ces critiques ont trouvé un écho dans le nouveau Code civil italien (2). On a vu dans cette dérogation à la règle générale de l'art. 1139 une inconséquence (3). La sommation, a-t-on dit, n'est-elle pas un acte d'huissier comme l'ajournement? Est-ce qu'un acte aussi rigoureux ne fait pas connaître clairement la volonté du créancier? Mais la sommation n'indique pas suffisamment que le créancier est disposé à recourir à des poursuites judiciaires au cas où elle resterait sans effet; le débiteur peut, malgré la sommation, s'abuser encore sur les intentions du créancier et penser que celui-ci n'usera pas de rigueur à son égard. Il arrivera le plus souvent que le débiteur ne s'exécutera pas aussitôt, et néanmoins sa dette s'augmentera par la production d'intérêts. Or, c'est précisément ce que la loi a cherché à éviter. Elle a désiré que le débiteur s'exécutât de lui-même et, pour l'y déterminer, elle a voulu que le créancier lui adressât des menaces aussi formelles que possible. Quel acte pouvait mieux dissiper les illusions du débiteur qu'une assignation en justice.

Si la sommation, ajoutent les auteurs qui critiquent la dis-

1. Colmet de Santerre, V, p. 105, n° 70 bis, VI; Demolombe, XXIV, p. 617, n° 625.

2. Codice civile, art. 1231. Cf. Huc, *Code civil italien*, II, p. 262.

3. Laurent, XVI, p. 579 et 580, n° 519.

position de l'art. 1155, peut encore laisser quelque incertitude dans l'esprit du débiteur, on ne saurait en dire autant de l'acte par lequel celui-ci se reconnaît en demeure. Cette reconnaissance exclut toute surprise et prouve à l'évidence que l'obligé connaît sa position. Cependant cette reconnaissance est impuissante à faire courir des intérêts moratoires. S'il en est ainsi, c'est que la loi a craint que cette reconnaissance ne fût pas sincère, que le créancier n'eût abusé de sa situation pour l'extorquer au débiteur. Dans la matière des obligations de sommes d'argent, la loi a toujours eu en vue l'usure, ainsi que le prouve l'art. 1154, et c'est à cette préoccupation qu'elle a obéi en proscrivant la reconnaissance du débiteur comme mode de mise en demeure.

Il importe enfin, pour justifier complètement la disposition de l'art. 1155, de se placer au point de vue du créancier. La mise en demeure produit des effets importants ; elle crée notamment au profit du créancier le droit à des dommages et intérêts, qui sont la représentation du préjudice qu'il a éprouvé ou du gain qu'il a manqué de faire. S'il ne se presse pas de poursuivre son débiteur en paiement, c'est que la privation de ses capitaux ne lui cause pas grand dommage. Il y aurait donc contradiction à accorder des dommages et intérêts dans cette hypothèse.

SECTION II.

DES EFFETS MORATOIRES.

571. Dans les obligations de sommes d'argent, la mise en demeure n'a d'autre effet que d'astreindre le débiteur à payer des dommages et intérêts, puisqu'il n'y a pas à se préoccuper ici des risques.

Les dommages et intérêts offrent ici cette particularité qu'ils consistent toujours dans les intérêts fixés par la loi, au lieu d'être arbitres par le juge suivant les circonstances. Cette fixa-

tion uniforme s'explique par la difficulté, par l'impossibilité même où l'on est souvent d'apprécier exactement le préjudice éprouvé par le créancier. Le créancier d'ailleurs ne peut se plaindre, puisqu'on lui accorde l'intérêt légal, le seul qu'un honnête homme puisse en général retirer de son argent, celui-là même qu'il devra à son prêteur s'il a été obligé de recourir à un emprunt par suite du retard de son propre débiteur. Pour éviter ces difficultés d'appréciation, la loi a pour ainsi dire jeté dans le même moule les dommages et intérêts provenant de l'inexécution des obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme et elle en a réglé le chiffre par une sorte de forfait (4).

Cette présomption d'après laquelle le préjudice dans les obligations de sommes d'argent serait à peu près uniforme est très contestable. Dans les moments de crise, où l'argent est rare, le créancier forcé par le retard de son débiteur de recourir à des emprunts, trouvera difficilement des capitaux au taux de 5 pour 100, tandis qu'aux époques de prospérité, il pourra s'en procurer à un taux bien inférieur. La règle absolue que pose la loi conduit donc parfois à des résultats peu équitables. Il est à regretter que le législateur n'ait pas laissé au juge un certain pouvoir discrétionnaire et ne lui ait pas permis de s'écarter du taux de 5 pour 100 dans les cas rares où ce taux ne suffirait pas à réparer le dommage causé (5). La condamnation aux intérêts fixés par la loi est du reste une sanction absolument inefficace de la demeure, lorsque des intérêts conventionnels ont été stipulés, le débiteur devant en cas de retard continuer à servir les intérêts comme par le passé.

572. En outre dans les obligations de sommes d'argent les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour cause que le retard dans l'exécution tandis que dans les autres obligations ils peuvent résulter soit de l'inexécution, soit du retard dans l'exécution. Les obligations de donner ou de faire peuvent en

4. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 566, n° 1; Colmet de Santerre, V, p. 100, n° 70 bis, II; D molombe, XXIV, p. 612, n° 619.

5. Pont, *Des petits contrats*, I, p. 96, n° 218.

cas d'inexécution se transformer en une obligation pécuniaire, qui indemniserait le créancier de la perte qu'il subit en ne recevant pas l'objet de la dette. Cette conversion ne se conçoit pas à l'égard des dettes d'argent : l'obligation primitive et l'obligation subsidiaire ont ici même nature et même objet. D'ailleurs l'inexécution dans les obligations de sommes d'argent ne peut résulter que de la mauvaise volonté du débiteur ou de son insolvabilité. Dans le premier cas, elle se confond avec le retard dans l'exécution, puisque si le débiteur est solvable, le créancier arrivera toujours à se faire payer, fût-ce même par la voie d'une exécution forcée. Le débiteur est-il insolvable, il n'exécutera pas l'obligation et il sera bien superflu de grossir la dette originaire en y ajoutant des dommages et intérêts qu'ils ne payerait pas plus que le principal (6).

§ 1. *Créances qui produisent des intérêts moratoires par l'effet de la demande.*

575. Pour qu'une créance puisse produire des intérêts moratoires, il faut : 1° qu'elle ait pour objet une somme d'argent ; 2° qu'elle dérive d'un contrat ; 3° qu'elle soit suffisamment liquide ; 4° qu'on ne se trouve pas dans les cas exceptés par la loi.

1° Il faut d'abord que l'obligation ait pour objet une somme d'argent. L'art. 1155 mentionne expressément cette condition. Il en résulte qu'il n'y a pas lieu à l'indemnité légale des intérêts moratoires toutes les fois qu'il s'agira du paiement d'autre chose que d'une somme d'argent. Ainsi, quand même l'obligation aurait pour objet des choses fongibles et susceptibles à ce titre de produire des intérêts conventionnels, les dommages et intérêts dus en cas de retard dans l'exécution ne se borneront point au paiement des intérêts proprement dits, à moins que ces choses fongibles ne soient dues en vertu d'un prêt. Les dispositions de l'art. 1155 ont été en effet étendues par

6. Colmet de Santerre. V, p. 100, n° 70 bis, II; Demolombe, XXIV, p. 608, n° 612.

l'art. 1904 au prêt de consommation, quel que soit son objet. La raison en est qu'au cas de non-restitution des choses prêtées l'obligation primitive se transforme en une dette d'argent. La loi a voulu en outre éviter les débats sur l'augmentation ou la diminution de valeur des choses prêtées et les expertises compliquées qu'ils entraîneraient.

Cette doctrine, qui est universellement admise aujourd'hui, n'a pas été reçue toutefois sans contestation. On a soutenu que l'art. 1904 n'avait en vue que le prêt d'une somme d'argent et que dans les cas où le prêt avait un tout autre objet les dommages et intérêts résultant du retard dans le paiement devaient être réglés par le droit commun (7). Mais les termes de l'art. 1904 repoussent cette distinction. En parlant des choses prêtées ou de leur valeur, il suppose évidemment que le prêt peut s'appliquer à des choses fongibles, puisque s'il ne s'agissait que de sommes d'argent, il serait bien inutile de mentionner une restitution en nature à côté d'une restitution en valeur (8).

Dans les cas où il s'agira d'un prêt de denrées, on évaluera les choses prêtées suivant les règles de l'art. 1905 et on calculera les intérêts au taux légal en prenant pour base le capital fourni par cette estimation.

La théorie des intérêts moratoires serait également inapplicable aux obligations de faire, quand même elles se borneraient au recouvrement et à la restitution d'une somme d'argent, comme le mandat de recouvrer une créance. Le mandataire, en cas d'inexécution, ne devra pas seulement les intérêts de la créance non recouvrée, mais bien de véritables dommages et intérêts. Il ne doit pas en effet une somme d'argent; l'objet direct de son engagement est une prestation de services (9).

574. 2° Il ne suffit pas que l'obligation ait pour objet une

7. Zacharie, § 547, III, p. 397, note 10. MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord adopté cette opinion (5^e édition, III, p. 452, note 5), l'ont abandonnée.

8. Req. rej., 5 juin 1850, S. 50, I, 455. — Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 584, n° 20; Pont, *Des petits contrats*, I, p. 96, n° 219; Demolombe, XXIV, p. 615, n° 624; Aubry et Rau, IV, p. 600, note 6.

9. Req. rej., 25 juillet 1855, S. 55, I, 494. — Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 581, n° 19.

somme d'argent, il faut encore qu'elle dérive d'un contrat. Si elle avait sa source dans un délit civil ou criminel ou dans un quasi-délit, elle donnerait lieu à une véritable action en dommages et intérêts. Il ne serait plus alors question d'intérêts moratoires, mais d'intérêts *compensatoires*. On appelle ainsi les intérêts alloués au créancier pour la réparation de tout autre dommage que celui qui résulte du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent. Le juge peut en effet condamner le débiteur en réparation de la faute qu'il a commise à telle indemnité qu'il le juge convenable; il a par suite le droit d'allouer au créancier comme complément les intérêts de cette somme et de les faire courir d'une époque bien antérieure à la demande de même qu'il lui est loisible de ne les accorder qu'à partir du jour de l'expertise, s'il est nécessaire d'y recourir pour l'évaluation du dommage causé (10).

Quant aux dommages et intérêts dus à raison de délits criminels, ce pouvoir discrétionnaire d'appréciation est reconnu aux juges par les art. 51 et 117 du Code pénal et par l'art. 202 du Code forestier.

La question est plus délicate pour les quasi-contrats et notamment pour le paiement de l'indû. On a dit qu'on devait appliquer l'art. 1155 par la raison qu'aucune disposition ne faisait courir les intérêts de plein droit ou en vertu d'une simple sommation. Mais il semble difficile de transporter la règle de l'art. 1155, qui est spéciale aux obligations conventionnelles dans le titre IV du livre III du Code civil, le titre *Des engagements qui se forment sans convention*. Il serait d'ailleurs fort rigoureux d'aggraver les conditions de la mise en demeure et d'exiger ici une demande en justice : le *tradens* ne mérite-t-il pas les mêmes égards que le vendeur, le mandant ou le déposant, qui peuvent à l'aide d'une simple sommation faire courir les intérêts à leur profit (11).

575. 5° Pour qu'une créance puisse produire des intérêts

10. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 582, n° 19; Demolombe, XXIV, p. 625, n° 654; Aubry et Rau, IV, p. 750, note 11; Laurent, XVI, p. 590, n. 527.

11. Laurent, XVI, p. 595, n° 551.

par l'effet de la demande il n'est pas nécessaire qu'elle soit absolument liquide. En effet l'art. 1155 suppose qu'on peut réclamer les intérêts d'une dette en restitution de fruits, dette incontestablement non liquide. D'ailleurs, si le débiteur ne pouvait être condamné aux intérêts qu'autant que la créance serait définitivement liquide, il dépendrait de lui d'échapper à une condamnation de ce genre en traînant en longueur la liquidation (12). Toutefois si le défaut de liquidité ne fait pas obstacle au cours des intérêts, faut-il au moins qu'il ne provienne pas du fait du créancier.

La demande ou mise en demeure doit en outre être conçue en des termes tels que le débiteur soit mis à même de faire un paiement ou des offres réelles; sinon on ne pourrait justement lui reprocher ses retards. Si le créancier se bornait à demander le paiement d'une somme d'argent sans rien préciser, se réservant de fixer le chiffre de ses prétentions dans des conclusions ultérieures, le débiteur ne serait réellement pas en mesure de faire des offres réelles; les intérêts ne seraient dus qu'à partir des conclusions additionnelles (13).

576. 4° La dernière condition exigée pour que la demande fasse courir les intérêts est qu'on ne se trouve pas dans les cas exceptionnels où l'art. 1155 n'est pas applicable.

Une première classe d'exceptions plus nombreuse autrefois qu'aujourd'hui comprend les créances qui ne peuvent s'accroître par la production d'intérêts moratoires (14). On refusait jadis à certaines créances le privilège de s'augmenter de cette manière (15). La seule exception de ce genre, qui existe aujourd'hui, concerne les sommes que le Trésor peut avoir à recouvrer sur les contribuables et les créances en restitution des contribuables contre le Trésor pour taxes indûment perçues. Il faut en effet une loi pour augmenter ou

12. Req. rej., 11 novembre 1820, S. 21, I, 392; Paris, 26 mars 1851, S. 51, II, 248; Civ. rej., 19 juillet 1852, S. 53, I, 55. — Massé, *Droit commercial*, III, p. 250, n° 1688.

13. Req. rej., 30 mars 1852, S. 52, I 577.

14. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 581, n° 49; Aubry et Rau, IV p. 97.

15. Le Camus d'Houlouve, *Traité des intérêts des créances*, p. 128.

diminuer la quotité d'un impôt quelconque; or aucune disposition législative n'autorise le Trésor à exiger des contribuables les intérêts des sommes dont ils sont redevables, pas plus qu'ils ne peuvent prétendre faire produire des intérêts à leurs créances en restitution contre le Trésor (16).

La seconde classe d'exceptions comprend : d'une part, les cas où la loi fait courir les intérêts de plein droit (17); et d'autre part, ceux où, par un retour au principe général de l'art. 1139, elle se contente d'une simple sommation (18).

Il faut ajouter aux exceptions écrites dans la loi les dérogations qui résultent de la volonté des parties. Rien n'empêche les contractants de stipuler que les intérêts seront dus sur simple sommation et même par le seul fait du retard sans qu'il soit besoin d'interpellation. L'art. 1155 n'est pas une disposition d'ordre public; les parties, du moins en ce qui touche les conditions de la mise en demeure, ont toute liberté de s'en écarter et de revenir au droit commun de l'art. 1159 (19).

§ 2. *Des intérêts d'intérêts et de revenus.*

577. Les dommages et intérêts, en cas de retard dans l'exécution d'obligations ayant pour objet une somme d'argent, peuvent consister non seulement dans les intérêts d'un capital, mais encore dans les intérêts des intérêts qui ont été stipulés, pourvu qu'ils soient dus pour une année entière (art. 1154).

Les intérêts compensatoires sont aussi susceptibles de produire des intérêts à la condition d'être dus pour une année entière. Puisqu'on considère les intérêts compensatoires

16. Civ. cass., 21 mars 1842, S. 42, I, 515; Civ. cass., 26 août 1844, S. 44, I, 708.

17. Code civil, art. 455, 456, 474, 609, 612, 856, 1578, 1440, 1473, 1570, 1652, 1846, 1996, 2001.

En outre, d'après les usages commerciaux consacrés par la jurisprudence, les intérêts des sommes portées dans un compte-courant courent de plein droit. Demolombe, XXIV, p. 624, n° 652.

18. Code civil, art. 474, 1652, 1956, 1996. Code de commerce, art. 184.

19. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 602, n° 59; Demolombe, XXIV, p. 636, n° 644.

comme devenus un capital, il est tout naturel de leur appliquer les règles de l'art. 1155, et de faire courir les intérêts moratoires de ce nouveau capital seulement du jour de la citation en justice.

A part le cas de convention expresse, la demande est toujours exigée quand même les intérêts, auxquels on veut en faire produire de nouveaux, auraient couru de plein droit ou en vertu d'une simple mise en demeure.

578. Pour que le créancier ait droit aux intérêts des intérêts il faut, en général, qu'il réunisse les conditions exigées pour qu'il obtienne des intérêts moratoires. Il ne lui suffit donc pas de réclamer les intérêts du capital pour faire produire à ces intérêts de nouveaux intérêts, il doit prendre à cet égard des conclusions formelles (20). Mais pas plus pour le capital que pour les intérêts il n'est nécessaire que la dette soit liquide (21). C'est là un point admis sans difficulté par la jurisprudence, bien que la lecture des travaux préparatoires eût pu faire naître quelques hésitations à ce sujet : dans la discussion, en effet, on a toujours parlé des intérêts liquidés (22). Toutefois, comme les intérêts des intérêts ne sont alloués qu'à titre de dommages et intérêts pour retard dans le paiement des intérêts échus, la loi suppose évidemment que le débiteur est en demeure de payer et que ce retard provient de sa faute. La capitalisation des intérêts n'aura donc pas lieu, quand la liquidation dépendra d'un compte à rendre ou de pièces à fournir par le créancier et que celui-ci aura négligé de faire ces justifications indispensables. Il doit en effet dans cette hypothèse s'imputer à lui-même d'avoir mis le débiteur hors d'état de se libérer par un paiement ou par des offres réelles (23).

20. Paris, 17 novembre 1815, S. 19, I, 15; Civ. cass., 9 février 1864, S. 64, I, 158. — Aubry et Rau, IV, p. 109, note 56.

21. Req. rej., 10 décembre 1858, S. 58, I, 968; Civ. rej., 11 novembre 1851, S. 52, I, 17.

22. Fenet, XIII, p. 61 et s.

23. « Attendu... qu'il n'est pas vrai de dire que les intérêts des intérêts échus ne sauraient être dus tant qu'un compte n'est pas apuré et liquidé; que cette distinction n'est pas dans l'article 1154, les intérêts des intérêts échus faisant

579. La demande ne peut pas, comme la convention, opérer la capitalisation anticipée des intérêts à échoir au fur et à mesure de leurs échéances annuelles. Pour que les intérêts puissent courir, il faut un capital qui les produise et une mise en demeure qui les justifie. Quand on réclame à l'avance la capitalisation des annuités à échoir, il n'existe pas encore de capital producteur; le défaut de capital entraîne l'impossibilité d'une mise en demeure. Une telle demande est prématurée et sans cause; le juge commettrait un excès de pouvoir, s'il condamnait le débiteur à payer les intérêts des intérêts au fur et à mesure de chaque échéance annuelle. Il faut donc, avant de former une demande de ce genre, attendre l'échéance des intérêts, de même qu'on doit dans les cas ordinaires attendre l'exigibilité du capital (24).

Si la demande a assez d'énergie pour faire produire des intérêts aux revenus échus et aux intérêts d'une dette, elle est impuissante à convertir les intérêts ainsi obtenus en un nouveau capital productif d'intérêts. En effet, l'art. 1154 s'applique aux intérêts échus des capitaux et non aux intérêts des intérêts. L'art. 1155 a trait sans doute aux intérêts de certaines créances spéciales présentant beaucoup d'analogie avec des créances d'intérêts; mais il ne dit pas que ces intérêts soient eux-mêmes sur une demande en justice productifs d'autres intérêts. D'ailleurs l'art. 1155 contient des dispositions exceptionnelles; il faut se renfermer dans une stricte interprétation de ses termes (25). Toutefois il n'en est pas ainsi des intérêts payés par un tiers au créancier en

comme ces derniers partie de la créance, sous les seules conditions portées dans l'article 1154, à moins que ce ne soit par la faute du créancier, et par suite des retards ou obstacles par lui apportés, que les intérêts n'ont pas été liquidés. » Civ. rej., 11 novembre 1851, S. 52, I, 20. Cf. Civ. rej., 25 août 1845, S. 45, I, 705; Civ. rej., 18 mai 1846, S. 46, I, 375; Civ. cass., 19 juillet 1852, S. 55, I, 55. — Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 605, n° 4; Demolombe, XXIV, p. 667, n° 667.

24. Civ. cass., 14 juin 1857, S. 57, I, 484; Riom, 24 juillet 1840, S. 40, II, 456; Civ. rej., 17 mai 1865, S. 65, I, 250. — Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 607, n° 6; Demolombe, XXIV, p. 649, n° 656; Aubry et Rau, IV, p. 110.

25. Civ. cass., 15 janvier 1859, S. 59, I, 97. — Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 606, n° 5; Aubry et Rau, IV, p. 109.

l'acquit du débiteur. Ces intérêts forment à l'égard du tiers qui les a déboursés un véritable capital; les premiers intérêts qu'ils ont produits sont donc susceptibles d'en produire de nouveaux à la seule condition qu'ils soient dus pour une année entière.

SECTION III.

DE L'INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE.

§ 1. *Effets de l'interruption.*

580. La demande en justice a pour effet de rendre inutile pour la prescription tout le temps qui a couru jusque-là; en effet la prescription extinctive suppose que celui qui a une action n'agit point; il ne peut donc être question de prescription quand le créancier exerce son droit. L'effet de la demande se fait en principe sentir sur le passé: elle n'empêche pas qu'une nouvelle prescription ne puisse commencer à courir.

Il y a à cet égard deux questions à examiner: 1° Quel sera le point de départ de cette prescription nouvelle? 2° Dans quelles conditions s'accomplira-t-elle?

581. 1° Le point de départ de la prescription varie suivant les cas.

1) Lorsque la demande a été suivie d'un jugement qui l'a accueillie, le demandeur a une action pour poursuivre l'exécution des condamnations prononcées à son profit. Cette action se prescrit par trente ans à compter du jugement, selon le droit commun. C'est une nouvelle prescription qui commence et qui n'a rien de commun avec la prescription de la créance dont le paiement a été poursuivi en justice. Le jugement qui reconnaît une personne créancière d'une certaine somme forme pour elle un nouveau titre qui n'est soumis qu'à la prescription de trente ans, bien que la créance primitive fût prescriptible par un moindre temps (26).

26. Paris, 27 juin 1847, S. 17, II, 575, Civ. cass.. 29 août 1860, S. 61, I, 145. — Troplong, *De la prescription*, II, p. 204, n° 683; Aubry et Rau, II,

2) Si la citation en justice a été donnée devant un juge incompetent, une nouvelle prescription commencera à courir contre le créancier du jour où le juge saisi de la demande se sera déclaré incompetent. En effet dès ce moment le demandeur doit intenter une nouvelle action ; en attendant qu'il le fasse, la prescription recommence à courir puisqu'il n'y a aucun obstacle qui s'y oppose. La loi par faveur pour le créancier dont l'erreur peut être excusable donne effet à l'assignation devant un juge incompetent, mais c'est à condition que celle-ci soit suivie d'une demande régulière qui la vivifie. Dans une espèce soumise à la Cour de cassation, on avait prétendu que la nouvelle prescription ne pouvait commencer à courir qu'à partir de la signification du jugement, qui déclare l'incompétence ; on invoquait le brocard *Paria sunt non esse et non significari*. Mais cette règle qui est applicable à l'exécution des jugements est étrangère à la prescription. Celui qui prescrit n'est tenu d'aucune diligence pour faire courir la prescription à son profit : le temps agit seul pour lui (27).

582. 2° La demande n'efface pas seulement le temps qui a couru jusqu'à elle, mais encore elle rend inutile pour la prescription celui qui s'écoule pendant l'instance. L'effet interruptif de la demande se prolonge aussi longtemps que dure l'instance ; d'où cette conséquence qu'une prescription interrompue, quelque courte qu'elle soit, ne peut plus s'accomplir pendant le procès. Cette règle est commandée par l'équité. Que servirait au créancier d'intenter une action et de chercher à obtenir un jugement, si une nouvelle prescription pouvait s'accomplir dans l'intervalle et mettre son droit à néant. D'ailleurs la prescription extinctive est fondée sur l'inaction du créancier. Elle ne saurait donc plus courir dès que le créancier met en mouvement son action. Or l'exercice de l'action ne consiste pas uniquement dans le fait de la citation en justice, mais encore dans la con-

p. 565 ; Leroux de Bretagne. *Traité de la prescription*, I, p. 557, n° 507 ; Laurent, XXXII, p. 171, n° 265.

27. Civ, cass., 17 décembre 1849, S. 50, I. 122. — Leroux de Bretagne, *Traité de la prescription*, I, p. 558, n° 508 ; Laurent, XXXII, p. 172, n° 164.

tinuation des poursuites jusqu'au jugement. Le droit ainsi déduit en justice ne peut donc plus être atteint que par la péremption ou par la prescription de l'instance : par la péremption, parce qu'elle efface la cause et l'effet de l'interruption ; par la prescription, parce que la discontinuation des poursuites pendant trente ans éteint tout à la fois l'instance et l'action (28).

La jurisprudence a souvent fait application de cette règle aux intérêts ou arrérages échus avant la demande. Les poursuites judiciaires, qui ont préservé de la prescription le capital de la dette ou de la rente, ont aussi préservé les intérêts ou arrérages échus (29). La même décision doit être donnée pour les intérêts moratoires. Quelle que soit la durée de l'instance pourvu qu'elle ne soit point périmée ou prescrite, le créancier a droit aux intérêts courus depuis sa demande, sans qu'on puisse lui opposer aucune prescription. Pour qu'il y eût lieu à prescription, il faudrait qu'une condamnation aux intérêts échus eût été prononcée et que le créancier négligeât d'en poursuivre l'exécution (30).

383. L'art. 189 du Code de commerce apporte une exception à cette règle qu'on exprime d'ordinaire en ces termes empruntés à Gaius : *Omnes actiones, quæ tempore pereunt, semel inclusæ judicio salve permanent*. Toute action relative à une lettre de change ou à un billet à ordre se prescrit par cinq ans à compter de la dernière poursuite. Il résulte de cette disposition que si une action relative à un effet de commerce a été intentée, elle se trouve néanmoins éteinte par la prescription, s'il s'est écoulé plus de cinq ans depuis le dernier acte de poursuite, sans qu'il soit besoin que la péremp-

28. Civ. cass., 19 avril 1831, S. 31, I, 162 ; Req. rej., 2 août 1841, S. 41, I, 776 ; Douai, 24 novembre 1851, S. 52, II, 62. — Troplong, *De la prescription*, p. 202, n° 685 ; Marcadé, XII, p. 177, n° 148 ; Aubry et Rau, II, p. 564 ; Leroux de Bretagne, *Traité de la prescription*, I, p. 559, n° 510 ; Laurent, XXXII, p. 170, n° 162.

29. Civ. cass., 29 août 1860, S. 61, I, 145 ; Colmar, 29 avril 1865, D. 65, II, 5.

30. Req. rej., 12 juillet 1856, S. 57, I, 224 ; Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 587, n° 25 ; Laurent, XXXII, p. 499, n° 476.

tion ait été demandée (51). On a prétendu, il est vrai, que l'art. 189 du Code de commerce ne contenait point une semblable dérogation (52). En effet, a-t-on dit, dès que le tribunal est saisi, le créancier n'a plus à craindre la prescription de cinq ans de l'art. 189 du Code commerce. L'expression « dernière poursuite » que l'on trouve dans cet article doit s'entendre de la procédure toute entière et non seulement de la demande ; or les poursuites subsistent tant qu'il n'est pas intervenu de jugement ou que la péremption n'a pas été demandée.

Cette interprétation de l'art 189 du Code de commerce n'a été admise ni par la doctrine ni par la jurisprudence. On ne saurait en effet donner aux mots « dernière poursuite » un sens aussi large, tandis qu'ils doivent s'entendre comme dans l'art. 597 du Code de procédure, de tout acte de procédure où figure le demandeur. D'ailleurs la prescription de l'art. 189 du Code de commerce est fondée sur un motif d'intérêt général de la plus haute importance : il faut rendre au commerce le plus tôt possible la libre disposition de ses capitaux. L'art 189 attribue à la reconnaissance par acte séparé et au jugement de condamnation l'effet exorbitant de prolonger le délai de la prescription, mais c'est là une exception que l'on doit renfermer dans ses termes et que l'on ne saurait étendre sans porter atteinte aux intérêts du commerce.

584. Lorsqu'il s'agissait d'actions annales, notre ancienne jurisprudence exigeait, pour l'application de la règle *Omnes actiones...*, qu'il y eût eu contestation en cause (53). On a soutenu que telle devait être encore la règle dans tous les cas où la loi n'attribuait pas expressément à l'assignation l'effet de rendre perpétuelles des actions temporaires (54). L'ajour-

51. Toulouse, 25 février 1827, S. 27, II, 101 ; Civ. cass., 19 avril 1831, S. 31, I, 162 ; Civ. rej., 27 novembre 1848, S. 49, I, 255 ; Civ. cass., 24 décembre 1860, S. 61, I, 504. — Alauzet, *Comm. du Code de commerce*, III, p. 590, n° 1556 ; Nouguier, *De la lettre de change*, II, p. 526, n° 1629 ; Aubry et Rau, II, p. 564, note 76 ; Leroux de Bretagne, *Traité de la prescription*, I, p. 559, n° 311.

52. Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, III, p. 565.

53. Pothier, *Traité des retrats*, n° 258 (*OEuvres*, I, p. 795).

54. Rauter, *Revue de lég. et de jurispr.*, 1855, V, p. 155

nement est, dit-on, insuffisant par lui-même pour lier l'instance et donner naissance au contrat judiciaire; or c'est le contrat judiciaire, qui opère la novation d'où résulte la transformation des actions temporaires en actions perpétuelles. Pour écarter cette opinion, il ne suffit pas de dire que le Code de procédure n'a pas maintenu la contestation en cause; car si la contestation en cause n'a pas conservé son nom, elle n'en a pas moins subsisté sous une autre dénomination et produit encore aujourd'hui certains effets. La vérité est que le Code civil a dépouillé la contestation en cause de cet effet important et qu'il l'a rattaché à la demande. Dans l'art. 2274, en effet, il place sur la même ligne l'arrêté de compte, la reconnaissance et la citation en justice non périmée: ce qui indique qu'il attribue à ce dernier acte l'effet de proroger les actions temporaires, sans qu'il soit besoin que cette citation ait été suivie de contestation en cause. En outre l'art. 597 du Code de procédure reconnaît à l'assignation la force de lier l'instance, si bien que pour en faire tomber les effets, il faudra, même en l'absence de constitution d'avoué, demander la péremption (55).

On donne quelquefois de la maxime *Omnes actiones, quæ morte pereunt, semel inclusæ judicio salve permanent*, une traduction qui n'est pas tout à fait exacte. On dit que le droit une fois déduit en justice devient imprescriptible, que du moment où des actions sont portées devant le juge elles ne peuvent plus périr (56).

Ce langage conduirait à attribuer à la demande un caractère suspensif, qui n'est pas dans l'esprit de notre législation. Le Code civil traite de l'interruption et de la suspension dans deux sections différentes; il est naturel de penser que ces deux institutions produisent des effets distincts. La preuve en est que le législateur, qui ne manque jamais en organisant la suspension, de fixer expressément ou implicitement le temps qu'elle dure, n'a pris aucune disposition de ce genre relati-

55. Merlin, *Quest. de droit*, v^o *Bureau de paix*, § 5; *Prescription*, § 4, n^o 5
Troplong, *De la prescription*, II, p. 203, n^o 685; Aubry et Rau, II, p. 564.

56. Marcadé, XII, p. 178, n^o 148.

vement à l'interruption. Si les causes de suspension empêchent la prescription de courir, cela tient à ce qu'elles sont continues, à ce qu'elles se renouvellent chaque jour, tandis que la demande en justice est un fait simple, qui conserve tous les effets qu'il a produits, dès que son efficacité n'est pas atteinte par une péremption ou par un désistement, mais qui ne saurait en produire de nouveaux. La prétendue imprescriptibilité du droit déduit en justice est en opposition avec de nombreuses dispositions du droit civil. Elle est contredite par l'art. 2244, qui ne donne à l'assignation qu'un effet interruptif; par les art. 2251 à 2259, qui n'ont point placé le créancier qui a formé une demande au nombre des personnes privilégiées contre lesquelles la prescription ne court pas; par l'art. 2274, qui montre assez que la prescription qui recommence à courir du jour de l'arrêté de compte ou de la reconnaissance doit également recommencer du jour de la citation en justice (57).

585. La demande n'empêche donc pas une nouvelle prescription de recommencer à l'instant. Le sort de cette prescription est sans doute bien fragile: elle subira une nouvelle interruption chaque fois que le demandeur fera un acte de procédure et le jugement qui viendra mettre fin à l'instance effacera pour jamais cette prescription, qui a couru *intra moras litis*. Le demandeur doit en effet être mis dans la même situation que si la sentence eût été prononcée le jour même de la citation en justice.

L'interruption opérée par la demande n'a pas pour effet de « tuer la prescription, » comme l'a dit Marcadé dans un langage un peu hyperbolique: il faut qu'un jugement vienne achever l'œuvre commencée par la demande. Si la demande en justice ne peut à elle seule rendre impossible la prescription, n'a-t-elle pas au moins pour conséquence d'en rendre l'accomplissement plus difficile en prolongeant le temps requis pour prescrire? Ce point est un des plus controversés de la matière.

57. Mourlon. *Revue critique*, 1855, VI, p. 264 et s.

Le législateur s'est expliqué à l'égard des courtes prescriptions édictées dans les art. 2271, 2272 et 2275. L'art. 2274 porte que ces prescriptions cessent de courir quand il y a « citation en justice non périmée », ce qui veut dire que ces courtes prescriptions cessent d'être applicables et qu'elles font place à la prescription de trente ans, la prescription de droit commun.

L'intention du législateur se révèle encore plus clairement si on rapproche l'art. 2274 de l'art. 9 du titre I de l'ordonnance de 1675, dont il est la reproduction. Cet art. 9 était ainsi conçu : « Voulons le contenu ès deux articles ci-dessus avoir lieu encore qu'il y eût continuation de fourniture ou d'ouvrage, si ce n'est qu'avant l'année ou les six mois il n'y eût eu compte arrêté, sommation ou interpellation judiciaire, cédule, obligation ou contrat. »

586. La question ne se présente donc que pour les prescriptions abrégées, qui ne tombent pas sous l'application de l'art. 2274. On se demande si elles restent telles qu'elles étaient avant d'avoir été interrompues ou si le délai change, de sorte que la prescription primitive soit remplacée par la prescription trentenaire.

D'après un premier système consacré par quelques décisions de la jurisprudence, la nouvelle prescription qui recommence à courir à dater de l'acte interruptif aurait exactement la même durée que celle qui a été interrompue (58).

Les textes ne s'étant point prononcés, disent les partisans de cette opinion, il faut résoudre la question d'après les principes. La raison des courtes prescriptions est dans la nature des créances ; or les créances restent les mêmes malgré l'interruption, qui n'affecte pas le fond du droit et n'agit que sur le temps requis pour prescrire. Si la créance conserve la nature à raison de laquelle la loi l'a soumise à une prescription abrégée, le délai doit rester le même. Le législateur a tenu compte de ce principe dans l'art. 189 du Code de com-

58. Nancy, 18 décembre 1857. S. 38, II, 222; Riom, 1852, S. 52, II, 528; Grenoble, 6 mai 1854, D. 56, II, 124. — Aubry et Rau, II, p. 564, note 77; Laurent, XXXII, p. 175, n° 168.

merce et il a décidé qu'en matière de lettres de change la prescription, qui recommence après l'interruption, s'accomplirait par le délai primitif, toutes les fois qu'il n'y aurait pas eu de jugement de condamnation ou de reconnaissance par acte séparé.

En outre, pour considérer les courtes prescriptions comme prorogées pour trente ans par l'effet de la demande, il faudrait supposer que la citation en justice produisit dans notre droit une novation. Or cette novation ne se conçoit pas quand il s'agit d'une demande à laquelle le défendeur n'a pas répondu par une constitution d'avoué et le dépôt de conclusions. Le défendeur n'ayant manifesté aucune volonté, on ne saurait admettre qu'il se soit formé entre lui et le demandeur une convention tacite donnant naissance à un droit nouveau.

Cette première opinion ne nous semble pas justifiée. En effet, le principe que l'acte interruptif proroge simplement l'action pour une nouvelle période égale à celle exigée par la loi pour prescrire cette action n'est posé nulle part. Le Tribunal de cassation avait demandé qu'on l'introduisît dans le Code civil et proposé de le formuler dans un article, qui eût pris place à la fin de la section consacrée à l'interruption de la prescription (liv. III. tit. xx, ch. iv, sect. 1) (59). Les rédacteurs du Code n'ont pas accueilli cette proposition. D'ailleurs on ne peut, sans méconnaître l'esprit de notre législation, prétendre avec les partisans de la première opinion que l'art. 189 du Code de commerce contienne la règle et l'art. 2274 du Code civil l'exception, tandis que c'est le contraire qui est vrai. L'art. 189 du Code de commerce est en effet une disposition toute exceptionnelle : les droits auxquels donnent naissance les effets de commerce deviendraient une gêne pour les opérations commerciales, s'ils étaient trop nombreux ; c'est ce qui arriverait s'ils avaient une trop longue durée (40).

59. Art. 65. « L'instance, qui est formée en justice par la constitution d'un avoué pour le défendeur ou pour l'intervenant, dure autant que l'action qui fait la matière de cette instance. » *Observ. du Tribunal de cassation* (Fenet. II, p. 754).

40. Nougier, *De la lettre de change*, II, p. 350, n° 1658.

Nous préférons donc nous en tenir avec la Cour de Toulouse à la doctrine traditionnelle⁽⁴¹⁾. Rien ne prouve que les rédacteurs du Code civil aient entendu s'en écarter ; d'une part, ils ont rejeté la proposition du Tribunal de cassation, qui demandait la consécration du système contraire ; d'autre part, ils ont reproduit dans l'art. 2274 une disposition de l'ordonnance de 1673, qui n'était qu'une application de la maxime *Omnes actiones...*

Cet art. 2274 met sur la même ligne la citation en justice et la reconnaissance de la dette par le débiteur ; or la reconnaissance proroge pour trente années les courtes prescriptions énumérées dans les art. 2271, 2272 et 2273. Il n'y a qu'à généraliser cette décision et à l'appliquer à toutes les prescriptions de moins de trente ans. Il serait en effet peu logique de supposer que le législateur ait attribué à la demande l'effet de rendre perpétuelles les actions des fournisseurs, tandis qu'on n'aurait jamais que dix ans pour demander la rescision d'un contrat annulable.

La première opinion prétend s'appuyer sur les principes généraux en matière de prescription ; ils peuvent aussi être invoqués par la seconde. La prescription extinctive est fondée sur l'inaction du créancier. S'il a agi en justice, la prescription manque de base ; il serait en effet injuste de mettre sur la même ligne le créancier qui a commencé des poursuites et celui qui a gardé le silence. Quand il ne s'élève aucune réclamation, le débiteur peut croire que la dette est éteinte ou qu'il n'en a jamais existé ; au contraire, lorsqu'une demande a été formée et ensuite abandonnée, la situation des parties n'est plus la même : le demandeur ne poursuit-il pas l'instance, le défendeur a dès lors le droit de le forcer à sortir de son inaction ; s'il ne le fait pas, il n'a qu'à s'imputer sa propre négligence, et partant, il ne doit être libéré que par trente ans.

41. Toulouse, 30 mars 1855, S. 35, II, 417 ; Civ. cass., 8 décembre 1852, D. 55, I, 50. — Mourlon, *Revue critique*, 1855, VI, p. 275. Troplong dit de même : « On ne peut pas préciser *a priori* le temps pendant lequel une assignation interrompt la prescription ; ce temps varie suivant les cas et suivant la durée de la procédure. » *De la prescription*, II, p. 204, n° 685.

§ 2. *Étendue de l'interruption.*

387. L'effet interruptif de la demande est exclusivement limité au droit qui en a fait l'objet. Tel est le sens de cet adage emprunté à d'Argentré : L'interruption ne s'étend pas d'une action à une autre (42). On exprime quelquefois la même idée sous une autre forme : L'interruption ne s'étend pas d'une chose à une autre.

388. Le principe s'applique sans difficulté lorsqu'il s'agit d'actions personnelles. Tel est le cas d'une personne créancière en vertu de deux prêts distincts ; si elle réclame seulement l'une de ces dettes, l'interruption ne s'opérera qu'à l'égard de cette dette ; l'inaction du créancier, qui est le fondement de la prescription, n'a en effet disparu qu'en ce qui touche la dette réclamée et elle subsiste quant à celle dont le paiement n'est pas demandé (43). Toutefois, si les deux créances avaient été constatées dans un seul et même acte, le créancier qui demanderait d'une façon générale en vertu de cet acte, interromprait la prescription pour le tout. En se référant ainsi au titre, il indique qu'il entend réclamer tout ce qui y est contenu.

389. L'interruption ne s'étend pas d'une action personnelle à une action réelle et réciproquement. Ainsi l'exercice de l'action personnelle *ex testamento* n'empêche pas la prescription de l'action réelle fondée sur la dévolution héréditaire des biens légués (44). De même l'action personnelle contre l'acquéreur reste sans effet à l'égard de l'action en délaissement ou de l'action en résolution contre les tiers détenteurs ; il y a là en effet deux droits distincts, qui ont chacun une existence indépendante (45). Enfin l'exercice de l'action per-

42. D'Argentré, *Comm. in patrias Britonum leges*, tit. *De interr.*, c. VI, n° 8, p. 1042.

43. Riom, 2 décembre 1816, Dalloz, *Rép.*, v° *Prescription*, n° 675. — Laurent, XXXII, p. 147, n° 158.

44. Nîmes, 6 mars 1852, S. 52, II, 324 ; Douai, 13 janvier 1865, S. 66, II, 61. — Troplong, *De la prescription*, II, p. 181, n° 664 ; Aubry et Rau, II, p. 558.

45. Bordeaux, 15 août 1829, S. 50, II, 98 ; Req. rej., 28 novembre 1851,

sonnelle contre le débiteur n'interrompt pas la prescription, qui court au profit du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué à la dette et à l'inverse, l'interruption de l'action hypothécaire n'a aucune influence sur l'action personnelle (46).

390. L'effet interruptif de la demande ne s'étend pas plus d'une action réelle à une autre action réelle, qu'il ne s'étend d'une action personnelle à une action réelle. Ainsi l'action hypothécaire dirigée contre un tiers détenteur n'interrompt pas la prescription de l'action en délaissement, qui pourrait être intentée contre lui si le titre de son auteur venait à être résolu (47). Ainsi, encore l'exercice d'une action possessoire ou d'une action en bornage ne saurait interrompre la prescription de la propriété; la jurisprudence a souvent fait l'application de cette règle à la complainte (48).

S. 31, I, 249. — Troplong, *De la prescription*, II, p. 170, n° 648; p. 180, n° 662; Aubry et Rau, II, p. 558.

46. Riom, 2 avril 1816, S. 17, II, 575; Civ. rej., 25 avril 1826, S. 26, I, 455; Riom, 6 juillet 1830, S. 55, II, 647; Req. rej., 8 novembre 1858, S. 39, I, 428. — Troplong, *De la prescription*, II, p. 178, n° 659; Pont, *Privilèges et hypothèques*, p. 1096, n° 1255; Aubry et Rau, II, p. 558; Laurent, XXXII, p. 151, n° 145.

47. Paris, 25 janvier 1831, S. 31, II, 252.

48. Cass., 10 mars 1873, D. 75, I, 310.

CHAPITRE XII.

Influence de la demande sur la transmission des actions attachées à la personne.

591. L'action est un bien qui fait partie du patrimoine et passe en conséquence à ceux qui le recueillent par voie de transmission héréditaire. L'art. 724 constate le principe en ces termes : « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. »

Les héritiers légitimes par l'effet de la saisine sont admis à exercer immédiatement toutes les actions personnelles ou réelles, qui appartenaient à leur auteur. A l'inverse, ils peuvent être actionnés dès l'instant de l'ouverture de la succession par tous ceux qui auraient été en droit d'agir contre le défunt. La condition des successeurs irréguliers est sans doute un peu différente : ils ne peuvent ni exercer les actions héréditaires, ni être poursuivis par les tiers, tant qu'ils n'ont pas été régulièrement mis en possession de la succession. L'envoi en possession, exigé par l'art. 724 à l'égard des successeurs irréguliers, ne fait que leur conférer l'exercice des actions héréditaires ; mais elles leur ont été transmises, comme tous les autres biens, dès l'instant de la délation de l'hérédité.

592. Toutefois l'héritier, quoique représentant universel du défunt, ne peut pas toujours et indistinctement agir du chef de celui-ci. Le principe de la transmissibilité reçoit exception à l'égard des actions qui étaient exclusivement attachées à la personne de son auteur. Ces actions se ramènent à deux groupes principaux.

Les unes ne présentent aucun intérêt pécuniaire direct : elles sont destinées à assurer la reconnaissance ou la protection des droits de famille, comme les actions d'état (réclamation d'état d'enfant légitime, recherche de la maternité naturelle, action en désaveu), les demandes en annulation de mariage fondées sur une cause de nullité relative.

Les autres offrent bien un intérêt pécuniaire, mais ce n'est pas là leur objet principal : elles sont surtout destinées à procurer à une personne la réparation d'un préjudice plutôt moral que matériel. Ce sont des actions *vindictam spirantes*, comme disaient les Romains, qui peuvent s'éteindre par le pardon et dont l'exercice comporte par conséquent une appréciation toute personnelle. Telles sont les demandes en séparation de biens, l'action en révocation d'une donation pour ingratitude, l'action en dommages et intérêts à raison de délits contre la personne (action d'injures, action en diffamation).

On va dans ce chapitre étudier l'influence exercée par la demande sur ces actions et rechercher s'il y a ou non dans le cours de l'instance un moment à partir duquel elles deviennent transmissibles.

SECTION PREMIÈRE.

LA MAXIME *OMNES ACTIONES, QUÆ MORTE PEREUNT, SEMEL INCLUSÆ JUDICIO SALVÆ PERMANENT* ET SON APPLICATION DANS LE DROIT ACTUEL.

393. Avant d'examiner en détail les principales actions exclusivement attachées à la personne, il convient de dégager des divers textes de nos lois les principes qui ont guidé le législateur en cette matière.

On a vu, au début de ce travail, que dans les idées romaines les actions exclusivement attachées à la personne devenaient transmissibles dès que l'instance avait été poursuivie jusqu'à la *litis contestatio*. C'est ce résultat que Gaius exprime dans cette phrase si souvent citée : *Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ*

permanent (1). Au Bas-Empire, cet effet est attaché à la simple introduction de l'instance.

Il semble à première vue que la règle romaine soit toujours en vigueur dans notre droit et que les actions essentiellement personnelles cessent d'être intransmissibles dès qu'elles ont été mises en mouvement par le titulaire primitif. Le Code civil paraît faire à deux reprises différentes l'application de la maxime *Omnes actiones...*, l'une à l'action en réclamation d'état (art. 550), l'autre à l'action en révocation des donations pour ingratitude (art. 957). Mais on n'est pas d'accord sur l'interprétation de ces deux articles: ce qui met en question l'existence même de la règle et son application dans notre droit.

594. Une première opinion, qui a pour elle l'autorité de M. Demolombe, se refuse à admettre que « le législateur français ait posé nulle part la règle de la transmissibilité des actions personnelles résultant de l'exploit d'ajournement. Ces actions restent, après l'introduction de l'instance, telles qu'elles étaient auparavant, sans subir aucune transformation dans leur nature (2). »

Voici les principales raisons qu'invoquent les partisans de ce premier système. Ils écartent d'abord de la discussion les art. 550 et 957, sous prétexte qu'ils ne se rapportent pas à des actions exclusivement personnelles et par suite intransmissibles. Le droit d'intenter une action en réclamation d'état, disent-ils, peut naître dans la personne des héritiers (art. 528). Lorsque l'enfant laisse à sa mort une instance pendante, la loi, en disposant qu'elle pourra être continuée, ne fait qu'étendre le droit d'action qui appartient en principe aux héritiers. Quant à l'art. 957, il n'est guère plus probant; il met les héritiers du donateur sur la même ligne que le donateur lui-même; s'ils peuvent suivre l'action, c'est qu'ils ont le

1. L. 159, *De reg. jur.*, l. 17.

2. Marcadé, I, p. 560; Demolombe, III, p. 407, n° 259; IV, p. 507, n° 429; Valabrègue, *Des effets de l'instance en droit romain et en droit français au double point de vue de la transmissibilité et de la durée des actions*. (*Revue critique*, 1879, n. série, VIII, p. 546).

droit de l'intenter de leur chef. On en conclut que ces articles, qui ont trait à des actions transmissibles, ne peuvent servir à résoudre la question qui nous occupe. — Les auteurs, qui voient dans la maxime *Omnes actiones...* une règle tombée en désuétude, font en outre remarquer que c'était là une conséquence de la novation judiciaire produite par la *litis contestatio*; mais dans notre droit, ajoutent-ils, la demande en justice ne produit rien de semblable : la nature, le caractère de l'action ne sont pas changés; le fondement même de la règle a donc disparu.

Dans une seconde opinion, qui est la plus généralement adoptée et qui nous semble la plus sûre, on reconnaît que la maxime *Omnes actiones...* est toujours en vigueur en ce sens qu'il y a en principe une phase de l'instance, à partir de laquelle les actions essentiellement personnelles deviennent transmissibles (3). Ce moment varie avec les différentes espèces d'actions : ce peut être tantôt celui de la demande, tantôt celui de la mise en état, la contestation en cause du droit moderne. Il est impossible de refuser cet effet à la mise en état, en présence des termes de l'art. 342 du Code de procédure : le décès de l'une des parties n'éteint pas l'instance, qui est en état : elle se continue avec ses héritiers (4). Mais si parfois l'application de la maxime *Omnes actiones...* est reculée jusqu'au moment de la mise en état, le principe est aujourd'hui que les actions exclusivement personnelles deviennent transmissibles par le seul effet de l'exploit d'ajournement. C'est ce principe traditionnel, qui est consacré par le Code civil dans les art. 530 et 957.

Les partisans de l'opinion adverse prétendent qu'on ne peut tirer argument de ces articles, parce qu'il s'agit d'actions qui ne sont point vraiment attachées à la personne. Ce point

3. Duranton, II, p., 233 n° 271 ; Demante, I, p. 559, n° 262 *bis*, V ; Aubry et Rau, VI, p. 18, note 6 ; VII, p. 420, note 21 ; Laurent, XIV, p. 31, n° 25 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, III, p. 611, n° 2117 ; Dutruc, *Traité de la séparation de biens*, p. 35, n° 39.

4. Favard de Langlade, *Rép.*, IV, p. 882, v° *Reprise d'instance* ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, III, p. 222, q. 1277 ; Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, V, p. 234.

de vue nous semble inexact. Le législateur commence, tant dans les art. 529 et 330 que dans l'art. 957 par déclarer que l'action est absolument intransmissible. Il indique ensuite les cas très exceptionnels, où elle peut passer aux héritiers ; mais en apportant des dérogations à la règle rigoureuse qu'il a posée, il n'entend nullement la renverser.

Est-il bien vrai en outre, comme le prétend M. Demolombe, que l'introduction d'une instance ne change en rien le caractère de l'action ? A l'autorité de M. Demolombe ne peut-on pas opposer le témoignage très formel de Bigot-Préameneu, qui s'exprime ainsi à propos de l'action en réclamation d'état : « Si l'action a été intentée par l'enfant, les héritiers la trouvent au nombre des droits qu'ils ont à exercer dans sa succession (5). » La demande produit donc, quoi qu'on en puisse dire, une transformation dans le caractère de l'action en réclamation d'état. Avant d'être exercée, cette action a pour objet direct et principal de faire constater la filiation légitime. Une fois introduite, elle conserve ce caractère plutôt moral que pécuniaire, lorsqu'elle est poursuivie par l'enfant. Mais s'il vient à mourir pendant le cours de l'instance et qu'il laisse des héritiers, dont l'état personnel soit indépendant de celui de leur auteur, l'intérêt, qui sert de base à l'action ne peut plus être de rechercher une filiation qui leur est indifférente. Cet intérêt consiste uniquement dans les droits pécuniaires que l'état réclamé attribuait à l'enfant. L'action a donc dépouillé son caractère primitif pour devenir un droit exclusivement pécuniaire et par suite transmissible.

Les rédacteurs du Code civil ne se sont pas expliqués à l'égard de l'action en révocation des donations pour ingratitude ; mais il se produit également une transformation analogue. L'action en révocation pour ingratitude est destinée à obtenir la réparation de l'injure qui a été faite au donateur ; son exercice comporte donc une appréciation délicate des circonstances, qui ne peut appartenir qu'à la personne offensée. Mais cet examen fait et l'instance introduite, on se trouve

5. Bigot-Préameneu, *Exposé de motifs* (Loché, VI, p. 205).

en présence d'une action dont l'intérêt est surtout pécuniaire et que rien n'empêche de passer aux héritiers. « La loi, comme le dit fort justement M. Larombière, a alors enlevé à l'action le caractère de personnalité qu'elle avait du vivant du défunt et elle en a fait purement et simplement une partie commune de l'actif héréditaire (6). »

On a dit enfin que la maxime *Omnes actiones...* n'avait plus de fondement dans notre droit parce qu'elle résultait d'une espèce de novation judiciaire produite par la *litis contestatio* et qui n'existe plus aujourd'hui. Cette objection est peu fondée. On a vu dans la première partie de ce travail, que la règle *Omnes actiones...* était la conséquence du caractère contractuel des obligations créées par la *litis contestatio*. D'ailleurs, à supposer même que les idées, qui avaient donné naissance à la règle, aient disparu, on peut lui trouver une base plus solide ; elle n'est en effet qu'une application de ce principe général, d'après lequel le demandeur doit obtenir tout ce qu'il aurait reçu, s'il eût été fait droit à sa réclamation le jour même de la demande. Or si le jugement eût été rendu à cette époque, le demandeur aurait recueilli le bénéfice de ses poursuites et l'aurait transmis à ses héritiers ; il est juste que ceux-ci ne souffrent point des lenteurs de la justice (7).

Nous croyons avoir établi que, si le législateur n'a posé nulle part la règle traditionnelle *Omnes actiones...*, il l'a du moins consacrée implicitement et par suite qu'elle est toujours en vigueur. Mais en l'absence de dispositions formelles, il est très difficile de déterminer dans quelle mesure elle s'applique. Il faut pour cela passer en revue les principales actions attachées à la personne.

6. Larombière, *Théorie des obligations*, I, p. 685, n° 9.

7. Laurent, XIV, p. 31, n° 26.

SECTION II.

DE LA TRANSMISSION DES ACTIONS AUX HÉRITIERS,

§ 1. *Des actions personnelles qui deviennent transmissibles par l'effet de la demande.*

595. Le législateur s'est expliqué à l'égard de deux actions, l'action en réclamation d'état et l'action en révocation des donations pour ingratitude qui appartiennent chacune à une catégorie différente d'actions exclusivement personnelles : l'une rentre dans les actions destinées à assurer la reconnaissance ou la protection des droits de famille, l'autre dans les actions *vindictam spirantes*.

Dans le premier groupe nous étudierons spécialement l'action en désaveu, l'action en recherche de la maternité naturelle, les demandes en nullité de mariage pour vice ou défaut de consentement et l'action en séparation de corps.

596. L'application de la maxime *Omnes actiones...* à l'action en désaveu ne souffre aucune difficulté. Tous les auteurs s'accordent à reconnaître aux héritiers du mari le droit de continuer l'instance en désaveu qu'il a introduite, tant que celle-ci n'est pas périmée (8). Le délai de deux mois, imparti aux héritiers par l'art. 517, a trait uniquement au cas où ils intentent l'action et non à l'hypothèse où ils se bornent à la poursuivre. Ce dernier cas n'ayant pas été prévu par le législateur, il doit être régi par les principes généraux. Les termes de l'art. 517 : « si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, » sont purement énonciatifs ; on ne saurait donc en induire que les héritiers du mari n'aient point le droit de suivre l'instance engagée par lui. Il serait illogique en effet de refuser aux héritiers le droit de continuer l'action en désa-

8. Marcadé, II, p. 17 ; Demolombe, V, p. 159, n° 120 ; Aubry et Rau, VI, p. 58 ; Valabrègue, *op. cit.* (*Revue critique*, 1879, n. série, VIII, p. 545).

veu lorsqu'ils ont celui de la former. Quand le mari a introduit une demande, il a manifesté sa volonté d'écarter l'enfant adultérin de la famille et il a donné ainsi ouverture à tous les effets que le désaveu peut produire quant aux biens. L'action, qui était jusque-là exclusivement morale et destinée surtout à venger l'honneur outragé du mari, devient à certains égards un droit pécuniaire. Le caractère moral de l'action l'emporte tant qu'elle est entre les mains du mari, celui-ci pouvant toujours renoncer au droit de désavouer ; mais s'il vient à mourir pendant l'instance le côté moral de l'action disparaît et elle devient un droit purement pécuniaire qui fait partie intégrante de la succession du défunt. « Le droit du mari, disait le tribun Duveyrier, doit nécessairement passer à ses héritiers par l'effet de la transmission héréditaire (9). »

597. La question est beaucoup plus délicate pour l'action en recherche de la maternité naturelle, dont le caractère n'a pas été déterminé par le législateur. Pour que les héritiers de l'enfant naturel puissent ou aient intérêt à se prévaloir de la règle *Omnes actiones...* il faut se placer, avec les plus illustres commentateurs du Code civil, dans l'opinion qui applique purement et simplement à la recherche de la filiation naturelle les règles restrictives édictées par les art. 529 et 550 en matière de réclamation d'état d'enfant légitime (10). Les héritiers de l'enfant naturel ont alors intérêt à invoquer la transmissibilité opérée par la demande si leur auteur est mort après sa vingt-sixième année, puisqu'ils ne pourraient plus alors intenter de leur chef l'action en recherche de la maternité.

Au contraire il n'y a pas à se préoccuper de l'influence exercée par la demande dans le système de la Cour de cassation qui a été suivie avec docilité par toute la jurisprudence (11) ;

9. Loqué, III, p. 129.

10. Marcadé, II, p. 85 ; Demante, II, p. 154, n° 70 *bis*, IV ; Demolombe, V, p. 552, n° 524.

11. Civ. rej., 20 novembre 1845, S. 45, I, 849 ; Besançon, 12 juillet 1855, S. 56, II, 452 ; Civ. cass., 29 juillet 1861, S. 61, I, 601 ; Rouen, 25 juillet 1862, S. 62, II, 64 ; Civ. cass., 10 août 1864, S. 64, I, 505 ; Grenoble, 26 décembre 1867, S. 68, II, 515.

l'action en recherche de la maternité est dans cette doctrine une action essentiellement personnelle et intransmissible, qui meurt avec l'enfant, « un bénéfice personnel » comme l'a dit un magistrat de la Cour suprême (12). Si les héritiers de l'enfant n'ont aucun droit d'après la Cour de cassation, ils n'ont pas non plus d'intérêt à continuer une recherche de maternité dans un système diamétralement opposé qui autorise toute personne légalement intéressée à établir la filiation d'un enfant naturel (13).

L'action en recherche de la maternité est, à notre avis, une action essentiellement attachée à la personne, comme les actions d'état en général ; mais elle devient transmissible dans les cas et sous les restrictions énoncés dans les art. 529 et 550 à propos de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime, et par suite la demande produit à son égard les mêmes effets.

Les dispositions générales, qui terminent le chapitre II du titre *De la paternité et de la filiation*, relatif à la filiation légitime, sont en effet applicables à la filiation naturelle toutes les fois qu'il n'y a pas été expressément ou tacitement dérogé dans le chapitre III, *Des enfants naturels*. Or ce dernier chapitre ne renferme aucune disposition sur la transmission de l'action en recherche de la maternité ; donc le législateur s'est référé au chapitre précédent. Il suffit, pour prouver que telle est bien l'économie du titre *De la paternité et de la filiation*, de rappeler ces paroles de Bigot-Préameneu, qui disait en terminant son discours et après avoir indiqué les règles de la filiation naturelle : « Enfin, il a été regardé comme important de rappeler et de consacrer la maxime qu'il n'appartient qu'aux tribunaux civils de statuer sur les réclamations d'état (14). » Si les rédacteurs du Code civil entendaient appliquer à l'action en recherche de la maternité la

12. S. 58, I, 690.

13. Angers, 29 mai 1852, D. 52, II, 641. — Pont, *Revue de législation*, 1844, XIX, p. 257; Neyremand, *Revue critique*, 1857, XI, p. 501; Aubry et Rau, VI, p. 496; Laurent, IV, p. 155, n° 105.

14. Fenet, X, p. 158. Cf. Marcadé, II, p. 85; Demante, II, p. 154, n° 70 bis, IV; Demolombe, V, p. 565, n° 51.

règle de compétence spéciale à l'action en réclamation d'état, il faut en conclure qu'ils admettaient la même extension pour les art. 529 et 550 relatifs à la transmission de l'action en réclamation d'état.

L'action en recherche de la maternité ayant comme l'action en réclamation d'état un caractère à la fois moral et pécuniaire, la transmission aux héritiers s'opère pour les mêmes raisons ; l'introduction de l'instance par l'enfant a donné ouverture aux droits pécuniaires qui forment dès lors partie de sa succession.

598. L'action en nullité pour vice du consentement n'appartient qu'à l'époux dont le consentement n'a pas été entier : elle ne passe jamais à ses héritiers, qu'il soit ou non décédé dans le délai utile pour former sa demande. Cela résulte des termes très formels de l'art. 180 et de la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État dans la séance du 6 brumaire an X (15). Mais si l'époux vient à mourir pendant l'instance en nullité, l'action qu'il a introduite peut être suivie par ses héritiers en vertu de la règle *Omnes actiones...* (16).

Ce dernier point toutefois a été très vivement contesté. Quelques auteurs, entre autres Marcadé, exagèrent le caractère personnel de l'action en nullité pour vice du consentement et ils la déclarent absolument intransmissible (17).

Ces auteurs commencent d'abord par écarter du débat les art. 550 et 957, sous prétexte que ces articles s'occupent d'actions qui auraient pu être intentées directement par les héritiers de l'intéressé, tandis que les héritiers de l'époux ne peuvent jamais commencer une instance en nullité de mariage pour cause de violence ou d'erreur. Nous avons établi au début de ce chapitre que cette circonstance n'était pas à ces actions leur caractère essentiellement personnel et ne les faisait pas rentrer dans la classe des actions transmissibles.

15. Loqué, IV, p. 412.

16. Duranton, II, p. 255, n° 271; Vazeille, *Traité du mariage*, I, p. 415, n° 258; Demante, I, p. 559, n° 262 bis. V; Demolombe, III, p. 409, n° 259; Aubry et Rau, V, p. 69.

17. Marcadé, I, p. 559; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, p. 256, n° 150; Valabrègue, *op. cit.* (*Revue critique*, n. série, VIII, p. 550).

Ils ajoutent que l'action en nullité pour vice du consentement a un but tout à fait personnel à l'époux : il s'agit de faire rompre une union qui l'enchaîne malgré lui ; les héritiers ne sauraient invoquer de motif pour continuer l'action. Mais il en est de l'action en nullité pour vice du consentement comme de toutes les actions exclusivement attachées à la personne : elles ont un caractère surtout moral, mais elles peuvent aussi avoir des conséquences pécuniaires. Ainsi, dans l'espèce, l'annulation du mariage fait tomber toutes les donations consenties par contrat de mariage. Cet intérêt pécuniaire, qui est le seul qui subsiste après le décès de l'époux, suffit à justifier l'exercice de l'action par les héritiers.

L'opinion qui applique à l'action en nullité pour vice du consentement la règle *Omnes actiones...* n'est pas en contradiction, comme on l'a prétendu, avec le texte de l'art. 180, qui dispose que « le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. » En effet, cet article ne réserve en propre à l'époux qu'une seule chose, le droit d'attaquer le mariage ; mais il ne défend nullement aux héritiers de continuer l'instance commencée. Toute autre chose est en effet d'intenter une action de cette nature et de la suivre. L'attaque dirigée par l'époux fait disparaître les motifs pour lesquels le législateur a refusé l'action aux héritiers. — D'une part, l'époux a manifesté formellement son intention en commençant les poursuites ; il n'y a donc pas à craindre l'avidité des collatéraux, puisque celui qui était seul juge de l'opportunité de cette action s'est prononcé. — D'autre part, l'introduction de l'instance par l'époux écarte toute présomption de renonciation.

599. Le droit de demander la séparation de biens n'appartient qu'à la femme (art. 1445 et 1446). Si celle-ci vient à mourir dans le cours de l'instance, ses héritiers ou successeurs universels peuvent la continuer (18). C'est là une doctrine

18. Bastia, 7 juillet 1869, D. 72. 1, 260. — Marcadé, V. p. 590 ; Rodière et

traditionnelle dans notre droit, ainsi que le prouve un arrêt du Parlement de Paris du 28 mai 1746 (19). La femme a manifesté sa volonté de parvenir à la séparation et elle a donné ouverture aux droits pécuniaires qui en découlent. Il ne faut pas que les lenteurs nécessaires de la justice nuisent à ses héritiers.

On a objecté que la mort de l'un des époux opérant la séparation que la demande de la femme avait pour but d'obtenir, cette demande devenait désormais sans objet et qu'elle devait par suite s'éteindre comme les actions en divorce et en séparation de corps (20). Mais dans ces deux dernières actions, les intérêts pécuniaires ne sont qu'un accessoire, qui doit disparaître dès que l'action principale est éteinte. Ici au contraire les héritiers ont grand intérêt à obtenir un jugement qui, à la faveur de l'effet rétroactif, fera remonter la séparation au jour de la demande et assignera au dessaisissement du mari cette date au lieu de celle du décès de la femme : ils feront ainsi annuler toutes les aliénations consenties par le mari depuis cette époque.

400. L'action civile en responsabilité à raison d'un délit ou d'un quasi-délit passe en principe aux héritiers et successeurs universels de la personne lésée. Il est toutefois fait exception pour les délits contre la personne, qui ont occasionné plutôt un tort moral qu'un préjudice matériel, comme les délits d'injure ou de diffamation. Les actions en dommages et intérêts à raison de ces faits ne peuvent être mises en mouvement que par l'offensé (L. du 26 mai 1819, art. 5; L. du 25 mars 1822, art. 17); elles sont donc exclusivement attachées à la personne et ne passent point aux héritiers (21). Jousse en donnait autrefois la raison en ces termes : « Dans

Pont, *Du contrat de mariage*, III, p. 611, n° 2117; Dutruc, *Traité de la séparation de biens*, p. 55, n° 59; Colmet de Santerre, VI, p. 245, n° 195 bis, 1; Aubry et Rau, V, p. 588; Laurent, XXII, p. 206, n° 200.

19. Pothier, *Proc. civile*, part. I, ch. iv, sect. III, § 1 (*Œuvres*, VII, p. 82).

20. Douai, 25 mars 1851, S. 51, II, 245.

21. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, II, p. 561; Maugin, *Traité de l'action publique*, I, p. 181, n° 127; Aubry et Rau, IV, p. 751. *Contra* Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, p. 44, n° 58. Cf. Amiens, 21 décembre 1869, S. 70, II, 57.

« cette espèce d'actions, il s'agit moins de réparer un dommage reçu que de venger un affront; celui qui est mort sans se plaindre est censé par son silence avoir remis l'offense qui lui a été faite (22). »

Dans les cas rares où l'action en responsabilité se présente comme un droit essentiellement personnel, elle passe aux héritiers de l'offensé, quand elle a été introduite par lui (25). En effet, la plainte de la partie lésée écarte toute présomption de renonciation; elle a en outre fait naître le droit à une réparation, droit que ses héritiers trouvent dans sa succession et qu'ils sont par suite autorisés à exercer.

§ 2. Des actions qui restent intransmissibles après la demande.

401. Il y a des actions tellement inhérentes à la personne, que les héritiers ne peuvent les faire valoir, même quand une instance a été engagée par celui dont ils tiennent la place : telles sont l'action en nullité de mariage pour défaut de consentement des ascendants (art. 182) et la demande en séparation de corps.

402. L'action en nullité pour défaut de consentement ne pourrait être continuée ni par les héritiers de l'ascendant, dont le consentement était requis, ni par ceux de l'époux, qui avait besoin de ce consentement (24). Cette action a en effet un caractère exclusivement moral : elle est la sanction du droit de puissance paternelle et ne peut appartenir qu'à ceux dont l'autorité a été méconnue (art. 149, 150 et 151), parce qu'il y a là une sorte de mandat conféré par la loi et que le mandat s'éteint à la mort de celui qui l'a reçu (art. 2005).

403. Le droit de demander la séparation de corps est exclusivement attaché à la personne des époux. C'est là une action

22. *Traité de la justice criminelle*, III, p. 655.

25. Montpellier, 22 décembre 1825, D. 26, II, 72. — Mangin, *op. cit.*, I, p. 181, n° 127; Faustin Hélie, *op. cit.*, II, p. 658; Sourdat, *op. cit.*, I, p. 44, n° 59; Aubry et Rau, IV, p. 751.

24. Caen, 22 mai 1850, S. 52, II, 566. — Durantou, II, p. 244, n° 290; Massol, *De la séparation de corps*, p. 25, n° 4; Demante, I, p. 362, n° 264 bis, IV; Demolombe, III, p. 419, n° 259; p. 440, n° 279; Aubry et Rau, V, p. 76, note 51.

vindictam spirans, qui s'efface par la remise de l'injure; or cette remise se présume, lorsque la demande n'a pas été introduite du vivant des deux époux. Si ce point est en dehors de tout débat, il n'en est pas de même de la question de savoir si l'action en séparation introduite par l'un des époux peut être continuée par ses héritiers. Deux opinions sont en présence.

Une première opinion fort accréditée dans la doctrine autorise les héritiers de l'époux demandeur à poursuivre l'instance en séparation contre le conjoint survivant, toutes les fois qu'ils ont un intérêt pécuniaire à faire judiciairement déclarer qu'il existait des motifs suffisants de séparation (25).

Cet intérêt pécuniaire peut consister : 1° dans le règlement des dépens; 2° dans la déchéance du droit au préciput conventionnel (art. 1518); 3° dans la révocation des donations consenties à l'époux contre lequel la séparation a été demandée, révocation, qui selon les uns s'opère de plein droit (26), selon les autres doit être réclamée en vertu de l'art. 957 (27).

Voici les principaux arguments de ce premier système.

La demande en séparation de corps a un double objet : faire cesser d'une part la vie commune ; punir d'autre part l'époux coupable en le dépouillant des avantages qui lui avaient été faits. Le décès de l'époux demandeur fait disparaître le premier objet de l'action : la cessation de la vie commune ; mais le second subsiste : il est juste que l'époux coupable soit puni.

On ajoute qu'il en est de l'action en séparation de corps, comme de l'action d'injures. Le silence de l'époux offensé est considéré comme un pardon et il permet d'exclure les héritiers ; mais ce motif n'existe plus quand il a lui-même engagé l'instance. Il a donné ouverture à un droit qui se transmet à ses héritiers avec tous ses autres biens (art. 724). On n'a donc

25. Bruxelles, 6 avril 1806, S. 6, II, 450. — Duranton II, p. 555, n° 580; Zachariæ, § 140, I, p. 254.

26. Demolombe, IV, p. 501, n° 525.

27. Aubry et Rau, V, p. 206, note 2.

qu'à appliquer ici purement et simplement la règle *Omnes actiones...*

Dans un second système, qui est constamment suivi en jurisprudence et qui est bien préférable, on décide que l'instance en séparation de corps ne peut être continuée par les héritiers de l'époux prédécédé (28).

La demande en séparation de corps n'a en effet qu'un seul but, mettre fin à la vie commune. Or ce but est atteint puisque la mort a brisé les liens qui unissaient les époux. Il est impossible aux tribunaux, comme l'a dit fort bien la Chambre civile dans les motifs d'un arrêt du 27 juillet 1871, « de modifier les conditions d'une union qui n'existe plus (29). » C'est en vain qu'on objecterait que l'action a un second objet, amener la révocation des avantages matrimoniaux, et qu'à ce titre elle peut encore être exercée, puisque cette modification n'est que l'accessoire et la conséquence de la demande principale. La révocation ne résulte que de la séparation de corps prononcée (art. 1518) et dans l'espèce, il ne saurait plus être question de la prononcer.

La première opinion veut appliquer à la demande en séparation de corps la règle *Omnes actiones...* et elle se prévaut de la tradition; mais on oublie que l'action en séparation d'habitation ne devenait autrefois transmissible qu'autant qu'il y avait eu contestation en cause. Il y a du reste des raisons spéciales qui écartent l'application de la maxime à la séparation de corps. D'un côté, l'instance a un caractère essentiellement personnel : « Elle a besoin, disait la Chambre des requêtes dans un arrêt du 5 février 1851, d'être constamment vivifiée par la volonté personnelle et persistante de l'époux demandeur (30). » Ce caractère particulier de l'instance en séparation

28. Paris, 6 juillet 1814, S. 15, H. 272; Toulouse, 25 janvier 1820, S. 20, H. 290; Douai, 25 mai 1851, S. 31, H. 161; Req. rej., 5 février 1851, S. 51, I, 81; Lyon, 4 avril 1851, S. 51, H. 617; Paris, 10 février 1852, S. 55, H. 77; Rouen, 20 août 1863, S. 64, H. 224; Civ. cass., 27 juillet 1871, S. 71, I, 209; Dijon, 7 février 1872, S. 72, H. 6. — Marcadé, I, p. 711; Massol, *De la séparation de corps*, p. 22, n° 4; Demolombe, IV, p. 505, n° 429; Aubry et Rau, V, p. 182, note 5; Valabrègue, *op. cit.* (*Revue critique*, 1879, n. série, VIII, p. 552).

29. Civ. cass., 27 juillet 1871, S. 71, I, 209.

30. Req. rej., 5 février 1851, S. 51, I, 81.

de corps est attesté par l'art. 877 du Code de procédure, qui oblige les époux à comparaître en personne dans la chambre du conseil. Il résulte encore de l'art. 264 du Code civil, aux termes duquel l'action en divorce s'éteignait par le décès de l'une des parties. Les dispositions de cet article sont évidemment applicables à la séparation de corps. D'un autre côté, on ne peut invoquer ici le principe de l'effet rétroactif du jugement au jour de la demande, puisqu'il ne s'agit pas de la déclaration de faits préexistants, mais de la constitution d'un état de choses nouveau.

Les partisans de cette seconde opinion se divisent toutefois à propos des dépens. Les uns autorisent le tribunal à régler cette question (51) ; les autres, avec la cour de Caen, pensent qu'il est absolument dessaisi (52). Ils font remarquer avec raison que le règlement des dépens est un accessoire de l'instance en séparation qui est complètement anéantie ; il serait étrange que pour une question si peu importante on vint chercher à mettre au jour les fautes des époux. Tout restera donc dans le même état, chaque partie supportant les frais qu'elle a faits : il s'établira ainsi une sorte de compensation forcée tout à fait conforme à l'esprit de l'art. 151 du Code de procédure (53).

51. Demolombe, IV, p. 509, n° 451 ; Aubry et Rau, V, p. 182, note 5. Marcadé (I, p. 712) va jusqu'à dire, que pour décider cette question : « Il faudra voir si l'action était ou non bien fondée, et par conséquent faire le même examen que s'il s'agissait de prononcer sur la séparation. »

52. Caen, 5 mai 1864, S. 64, II, 224. — Valabrègue, *op. cit.* (*Revue critique*, 1879, n. série, VIII, p. 555).

53. La cour de Besançon a décidé que l'instance en séparation de corps devenait transmissible après la mise en état (21 juin 1869, D. 69, II, 77). La Chambre civile dans l'arrêt précité du 27 juillet 1871 s'est prononcée en sens inverse (S. 71, I, 209). Cette dernière décision nous paraît difficilement conciliable avec l'art. 542 du Code de procédure. Cf. dans le premier système, Favard de Langlade, *Rép.*, IV, p. 882, v° *Reprise d'instance* ; Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la procédure*, V, p. 254.

SECTION III.

DE LA TRANSMISSION DES ACTIONS CONTRE LES HÉRITIERS.

404. L'influence de la demande sur la transmission des actions contre les héritiers présente surtout de l'intérêt en matière de dette alimentaire, de séparation de corps, de révocation des donations pour ingratitude.

405. Pour que l'application de la maxime *Omnes actiones...* à l'action en réclamation d'aliments présente quelque intérêt, il faut se placer dans l'opinion qui considère la dette alimentaire comme exclusivement personnelle à celui qui en est tenu, sans toutefois la déclarer absolument intransmissible. Le caractère de la dette alimentaire est en effet une question fort discutée qui divise les interprètes et la jurisprudence. On ne compte pas moins de trois systèmes.

Une première opinion, soutenue par d'anciens commentateurs du Code civil, estime que l'obligation alimentaire pèse sur les héritiers par cela seul qu'elle frappait éventuellement leur auteur, quand même les besoins qui en sont la cause ne seraient nés qu'après la mort de ce dernier (54). Le dénûment de celui qui a droit aux aliments n'est autre chose, d'après ces auteurs, qu'une condition dont l'accomplissement opère rétroactivement. Mais c'est là une fausse application de l'art. 1179. L'indigence du créancier d'aliments, comme le fait remarquer Marcadé, au lieu d'être la condition de l'obligation de celui qui les doit, en est la cause efficiente (55).

Dans un système tout à fait opposé, l'obligation s'éteint au décès de celui qui en est tenu : ses héritiers, s'ils ne doivent pas personnellement des aliments, ne peuvent en être tenus comme représentants du défunt. Cette obligation dérive de devoirs de piété et d'assistance évidemment intransmissibles ;

54. Duranton, II, p. 574, n° 407 ; Proudhon, *Traité de l'usufruit*, IV, p. 242, n° 1818 et 1819.

55. Marcadé, I, p. 634.

elle est réciproque de son essence et la réciprocité d'une dette lui imprime un caractère absolument personnel. Ce système a été consacré par de nombreux arrêts et c'est aujourd'hui celui qui prévaut dans la jurisprudence (56). Toutefois, malgré de si hautes autorités, il ne nous paraît point conforme aux intentions du législateur, qui n'a pas vu dans le caractère de la dette alimentaire un obstacle absolu à sa transmission, ainsi que le prouvent les art. 765 et 764.

Enfin une opinion intermédiaire, qui nous semble bien préférable, exige pour que la dette alimentaire se transmette aux héritiers ou aux successeurs universels, qu'elle ait pris naissance sur la tête de leur auteur; mais les partisans de ce système se divisent quand il s'agit de déterminer à quelle époque l'obligation doit être réputée née.

Selon les uns, la dette alimentaire est née dès que le créancier s'est trouvé dans le dénûment (57), selon les autres, au contraire, elle n'existe qu'autant que le montant en a été réglé par jugement (58). Enfin dans une troisième branche de ce dernier système, on exige que la demande ait été formée en justice et on applique ici la règle *Omnes actiones...* (59) Mais admettre que la dette alimentaire passe aux héritiers du débiteur, dès que le créancier s'est trouvé dans le besoin, c'est la transformer au fond en une obligation transmissible. Quant à ceux qui exigent un règlement judiciaire pour que l'obligation alimentaire puisse se transmettre, ils oublient que le jugement ne crée pas le droit aux aliments, qu'il ne fait que le constater. Il nous semble donc plus sûr de n'admettre la transmission de la dette alimentaire, qu'autant que le créancier a réclamé du vivant du débiteur. Cette obli-

56. Orléans, 24 novembre 1855, S. 56, II, 585; Civ. rej., 8 juillet 1857, S. 57, I, 809; Toulouse, 20 mars 1866, S. 66, II, 255; Montpellier, 30 mai 1866, S. 66, II, 364; Req. rej., 7 avril 1875, S. 75, I, 539. — Demolombe, IV, p. 59, n° 40; Valabrègue, *op. cit.* (*Revue critique*, 1879, n. série, VIII, p. 554)

57. Amiens, 28 mai 1825, S. 26, II, 58. — Marcadé, I, p. 652; Demante, I, n° 291 *bis*, II; Aubry et Rau, VI, p. 100, note 10.

58. Nancy, 15 novembre 1824, S. 25, II, 562; Civ. rej., 12 décembre 1848, S. 56, II, 385; Civ. cass., 2 avril 1861, D. 61, I, 97; Rouen, 30 juillet 1862, D. 64, II, 238.

59. Civ. rej., 18 juillet 1809, S. 9, I, 102.

gation est en effet toujours une obligation essentiellement personnelle; mais quand celui à qui il est dû des aliments en a fait la demande, il est juste que les lenteurs de la justice ne viennent pas le priver de cette pension alimentaire, qui est sa seule ressource et qu'elle lui soit servie par les héritiers du débiteur, nonobstant le décès de celui-ci pendant l'instance

406. Le droit de former opposition au mariage est réservé à certaines personnes; mais si une instance en mainlevée d'opposition a été introduite et que l'opposant vienne à mourir dans l'intervalle, elle pourra être poursuivie contradictoirement avec les héritiers de celui-ci, quoiqu'ils ne puissent eux-mêmes faire opposition de leur chef. Il faut peut-être voir là moins une application de la maxime qu'une conséquence du caractère même de l'opposition: c'est une mesure destinée à révéler les empêchements qui peuvent faire obstacle à une union projetée. L'intérêt public exige qu'il soit statué sur la valeur des oppositions. D'ailleurs le rejet de l'opposition peut entraîner une condamnation à des dommages et intérêts (art. 179); l'obligation de réparer le préjudice souvent considérable que peut causer une opposition malveillante passe incontestablement aux héritiers (40).

407. L'action en révocation d'une donation pour ingratitude peut être continuée contre les héritiers du donataire ingrat, lorsque celui-ci vient à mourir pendant l'instance (41). Cette doctrine, qui est conforme à la tradition, n'est pas la plus répandue et beaucoup d'auteurs tiennent que cette action ne passe point contre les héritiers par l'effet de la demande (42). Ce système est fondé principalement sur une interprétation très littérale de l'art. 957; mais cet article, qui défend de commencer des poursuites contre les héritiers du donataire n'interdit pas de suivre une instance déjà engagée avec leur

40. Demolombe, III, p. 259, n° 171. *Contra* Valabrègue, *op. cit.* (*Revue critique*, 1879, n. série, VIII, p. 554).

41. Troplong, *Des donations*, III, p. 256, n° 1328; Aubry et Rau, VII, p. 420, note 21; Laurent, XIV, p. 34, n° 39.

42. Marcadé, III, p. 768; Demante, IV, p. 255, n° 100 *bis*, V; Demolombe, XX, n. 591, n° 679.

auteur. Du reste l'opinion que nous avons adoptée est tout à fait conforme aux principes généraux : le donateur a agi en temps utile ; il ne faut pas qu'il souffre des lenteurs de la justice et que si le donataire vient à mourir dans le cours du procès, ce soient les héritiers de celui-ci qui profitent de cet événement.

408. Quant à l'action en séparation de corps, elle ne passe jamais contre les héritiers du conjoint prédécédé, quoiqu'elle ait été intentée du vivant de ce dernier. Les motifs, qui nous ont déterminé à la regarder comme absolument intransmissible aux héritiers, ne permettent pas de la donner contre eux (45).

45. Demolombe, IV. p. 508, n° 450 ; Aubry et Rau, V. p. 182.

CHAPITRE XIII.

Extension des effets de la demande à des personnes qui ne sont pas engagées dans l'instance.

409. Lorsque le droit porté en justice au lieu d'avoir un seul titulaire en a plusieurs, cette circonstance ne donne pas à la demande des effets plus étendus. On applique toujours la règle *Res inter alios acta aliis non nocet neque prodest*. Les effets de la demande en justice ne se produisent qu'au profit de celui dont elle émane ou de ses ayant droit; ils ne peuvent être invoqués que contre celui qui a été poursuivi ou contre ses ayant cause. Ce principe n'est point posé en termes formels dans le Code civil; mais il se dégage nettement d'un grand nombre de dispositions que nous aurons à étudier dans le cours de ce chapitre (1).

De ce principe il suit :

1° Que la mise en demeure opérée par l'un des créanciers ou à l'égard de l'un des débiteurs ne profite pas aux autres créanciers et ne nuit point aux autres débiteurs.

2° Que la demande d'intérêts formée par l'un des créanciers contre l'un des débiteurs ne les fait courir ni en faveur des autres créanciers, ni contre les autres débiteurs.

5° Que les poursuites exercées par l'un des créanciers n'empêchent pas la prescription de courir contre les autres et que les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs n'empêchent pas les autres de prescrire (2). On ne peut donc malgré

1. Code civil, art. 1199, 1205, 1206, 1207, 2249 et 2250.

2. Req. rej., 22 mars 1830, D. 50, I, 176; Bruxelles, 2 mars 1850, D. 52, II, 252.

la communauté d'intérêts qui existerait entre diverses personnes, étendre de l'une à l'autre les effets de l'interruption civile de la prescription tant acquisitive qu'extinctive. C'est ce résultat qu'on exprime par la maxime bien connue *A persona ad personam non fit interruptio nec active nec passive*, maxime que l'on pourrait appliquer aux autres effets de la demande.

Le principe que nous venons d'exposer comporte des exceptions. Pour les étudier nous examinerons quels sont les effets de la demande en matière de solidarité, d'indivisibilité et de cautionnement.

SECTION PREMIÈRE.

EFFETS DE LA DEMANDE A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS OU DES DÉBITEURS SOLIDAIRES.

§ 1. *Solidarité entre les créanciers.*

410. Notre ancienne jurisprudence s'inspirant des doctrines romaines accordait à chacun des créanciers solidaires les mêmes droits à l'égard du débiteur que s'il eût été seul créancier. D'après le Code civil au contraire chacun des créanciers solidaires n'est considéré comme créancier que pour sa part ; pour les parts de ses cocréanciers il n'est qu'un simple mandataire à l'effet d'en opérer le recouvrement et de conserver leurs droits. « On reconnaît, disait le tribun Mouricault au Corps législatif, que la solidarité ne s'établit véritablement entre les créanciers que pour autoriser chacun d'eux à faire au besoin l'affaire de tous, et pour les établir à cet effet mandataires réciproques (5). »

La demande en justice est un des principaux moyens d'accomplir ce mandat ; c'est ce qui explique les effets importants qu'elle produit en matière de solidarité.

5. Loqué, XII, p. 564.

411. 1° La demande prive le débiteur de la faculté qu'il a de payer à l'un ou à l'autre des créanciers, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux (art. 1198, 1°). Cette faculté d'option donnée au débiteur est une conséquence de l'idée de l'unité de la dette : chaque créancier est autorisé à réclamer du débiteur la totalité de la dette et peut lui en donner valablement quittance. Puisque les créanciers ont tous un droit égal de poursuite, il est juste que l'exercice de ce droit soit dévolu à celui qui l'a le premier mis en mouvement et qu'il recueille le profit de sa diligence. Sans doute il ne peut plus comme en droit romain s'approprier le montant intégral de la créance ; mais il est au moins intéressé à ce que le paiement ne soit pas fait à tel de ses cocréanciers, qui peut être insolvable et contre lequel son recours serait illusoire (4).

Pour que le débiteur soit ainsi dépouillé de la faculté d'option qui lui appartient, il faut non-seulement que les conditions habituellement exigées pour que la demande produise ses effets se trouvent réunies, mais encore qu'elle soit régulière. Elle ne le serait pas si elle était faite avant l'échéance du terme. Ces poursuites prématurées ne priveraient pas le débiteur de payer à l'échéance l'un ou l'autre des créanciers à son choix, puisqu'elles ne sauraient attribuer au créancier poursuivant aucun droit immédiat et ne pourraient par suite être considérées comme une prise de possession de la créance (5).

412. Cet effet n'appartient à la citation en conciliation qu'autant qu'elle a été suivie dans le mois d'un ajournement. Ce délai expiré, la citation en conciliation ne peut plus être considérée que comme une simple sommation. Or l'art. 1198 suppose des « poursuites » et le législateur entend habituellement par cette expression la citation en justice ou des actes d'exécution forcée tels que la saisie ; c'est ce qui ressort de l'art. 1206, où le législateur emploie ce même terme à propos

4. Colmet de Santerre, V, p. 205, n° 129 bis ; Demolombe, XXVI, p. 122, n° 159.

5. Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 565, n° 2 ; Demolombe, XXVI, p. 124, n° 162.

de l'interruption de la prescription qui ne peut s'opérer par simple sommation (6).

415. On s'est demandé si la citation en justice conférait au créancier solidaire premier poursuivant un droit exclusif, si bien que le débiteur ne pût dès lors valablement payer à chacun des autres créanciers sa part. Des dissentiments se sont élevés dans la doctrine, la question ne s'étant pas présentée devant les tribunaux.

Des auteurs graves estiment que le paiement fait par le débiteur nonobstant les poursuites vaudra à l'égard du poursuivant pour tout ce qui excède sa part (7). Ils écartent la doctrine romaine qui annulait tout paiement fait à un autre que le créancier poursuivant, et font remarquer que le Code civil a rejeté la fiction du droit romain, qui considérait les *correi* comme ne formant qu'une seule et même personne. On s'exposerait en outre à des circuits d'actions, si on obligeait le débiteur, malgré un premier paiement, à verser la totalité de la dette au créancier premier poursuivant.

Cette première opinion nous semble fort peu juridique et nous pensons que la demande a pour effet de rendre impossible tout paiement à un autre qu'au créancier poursuivant. La raison qui paraît déterminante aux partisans de la première doctrine est la crainte de recours multipliés; mais cette crainte ne doit pas aller jusqu'à faire méconnaître les principes les plus essentiels de la solidarité. Le créancier solidaire est créancier pour le tout vis-à-vis du débiteur: celui-ci n'a pas à s'inquiéter de savoir si le bénéfice de l'obligation se partage ou non entre les divers créanciers. Le débiteur ne peut donc, comme le veut M. Rodière, forcer le créancier à prouver que la créance lui appartient en entier. Celui-ci a sa preuve toute faite: elle est dans l'art. 1197, qui n'apporte aucune restriction à son droit, quand il s'agit de recevoir le paiement. Ce droit porte donc sur la totalité de

6. Rodière, *De la solidarité*, p. 26, n° 14. *Contra* Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 565, n° 2; Demolombe, XXVI, p. 126, n° 164.

7. Rodière, *De la solidarité*, p. 26, n° 15; Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 567, n° 2.

la créance. Or les poursuites du créancier le plus diligent constituent une sorte de prise de possession qui équivaut à la signification d'un transport ou d'une saisie-arrêt et elles frappent la créance entière. — D'ailleurs on arrive dans la doctrine adverse à un résultat qui est en opposition formelle avec l'esprit de l'art. 1198 (8). Le créancier solidaire qui ne peut être contraint de recevoir un paiement partiel s'y verrait obligé quand il aurait exercé des poursuites alors que l'art. 1198 semble vouloir récompenser sa diligence en le plaçant dans une situation meilleure que ses cocréanciers. La portée de l'art. 1198 est nettement accusée dans ces paroles de Bigot-Préameneu, qui nous semblent la condamnation de la première doctrine : « Le débiteur ne pourrait par sa faute intervertir le droit du créancier qui a poursuivi, et le créancier qui aurait formé sa demande le second ne pourrait pas se prévaloir d'un droit dont l'autre serait déjà dans une sorte de possession par ses poursuites (9). »

414. 2° La demande formée par un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit de tous. C'est une conséquence de l'idée que les créanciers solidaires sont considérés comme des mandataires les uns à l'égard des autres. Ce mandat, qui donne à un seul des créanciers le droit de demander la totalité de la créance, l'investit par suite du droit de faire produire à cette demande tous ses effets ordinaires (10).

415. 5° Nous admettons la même solution pour la mise en demeure opérée par la demande, dans les cas où une sommation antérieure n'aurait pas déjà constitué le débiteur en demeure (art. 1159) : la mise en demeure se produira aussi à l'encontre de tous les créanciers. C'est là en effet un acte conservatoire et il est de principe que le mandat de chaque créancier solidaire comporte la faculté de faire les actes conservatoires. « Celui qui peut recevoir le paiement

8. Demolombe, XXVI, p. 126, n° 166.

9. Loqué, XII, p. 347.

10. Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 570, n° 9; Colmet de Santerre, V, p. 210, n° 131 bis I; Aubry et Rau, IV, p. 16; Demolombe XXVI, p. 158, n° 172.

entier de la dette, disait Bigot-Préameneu, peut par la même raison faire les actes propres à la conserver. Ainsi tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des cocréanciers profite aux autres (11). »

416. 4° Ces paroles de Bigot-Préameneu sont la reproduction presque littérale des termes de l'art. 1199, qui s'applique tout spécialement à la demande en justice, puisque c'est là le principal mode d'interruption de la prescription. Formée par un seul des créanciers, elle profite à tous les autres, à condition toutefois qu'il agisse dans l'intérêt commun; car s'il ne réclame que la part qui lui revient personnellement dans la créance, il n'interrompt pas la prescription en faveur des autres (12).

417. Si l'un des créanciers solidaires meurt laissant plusieurs héritiers; la demande formée par l'un de ceux-ci n'interrompt pas la prescription au profit de ses cohéritiers. L'obligation cesse en effet d'être solidaire de cohéritier à cohéritier, chacun d'eux n'ayant droit qu'à une part dans la créance du *de cuius*; mais la solidarité continue à exister entre tous les héritiers de l'un des créanciers solidaires d'une part et les autres créanciers solidaires d'autre part. Il suit de là que l'interpellation judiciaire émanée de l'un des héritiers, qui est à l'égard de ses cohéritiers *res inter alios acta*, profite cependant aux autres créanciers solidaires, mais seulement pour la part de cet héritier dans la totalité de la dette. Ce n'est en effet que dans cette mesure qu'on peut le considérer comme le mandataire des autres créanciers solidaires (13).

§ 2. Solidarité entre les débiteurs.

418. Les codébiteurs solidaires étant tenus chacun de la totalité de la dette doivent par cela même être considérés

11. Loqué, XII, p. 548.

12. Troplong, *De la prescription*, II, p. 152, n° 652; Larombière, *Traité des obligations*, II, p. 576, n° 1; Colmet de Santerre, V, p. 211, n° 151 bis, II; Aubry et Rau, IV, p. 16; Demolombe, XXVI, p. 150, n° 167.

13. Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 578, n° 4; Leroux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription*, I, p. 500, n° 575.

comme se représentant mutuellement les uns les autres. Cette représentation, qui est établie en faveur du créancier, existe pour tout ce qui est relatif à la poursuite et à la conservation des droits de celui-ci, en sorte que tout acte adressé par lui à l'un d'eux est censé adressé à tous. De là ces effets de la demande en matière de solidarité passive.

419. 1^o Quand la demande n'est précédée d'aucune sommation, elle met en demeure tous les débiteurs solidaires. Sans doute la mise en demeure n'opère pas à leur égard avec la même énergie : elle impose à celui contre lequel la demande est formée l'obligation de supporter les risques et de payer des dommages et intérêts, tandis qu'elle met seulement à la charge des autres les risques de la chose due, en sorte que si elle vient à périr par cas fortuit, ils seront tenus d'en payer le prix (art. 1205) (14).

420. 2^o La demande d'intérêts moratoires formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir ces intérêts à l'égard de tous. L'art. 1207 innove au droit romain et à notre ancienne jurisprudence (15), il déroge au principe de l'art. 1205, d'après lequel la mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires, tout en perpétuant l'obligation à l'égard des autres, ne peut cependant l'aggraver de dommages et intérêts ; or les débiteurs solidaires ont été ici représentés par le codébiteur interpellé à l'effet non-seulement de perpétuer l'obligation, mais encore de l'augmenter de dommages et intérêts, puisque tel est le caractère des intérêts moratoires.

Les dispositions de l'art. 1207 paraissent au premier abord difficiles à justifier. On a reproché au législateur de s'être laissé entraîner par une assimilation erronée entre les effets de la demande d'intérêts et ceux de l'interruption de la prescription ; car celle-ci ne fait que conserver l'obligation principale sans l'aggraver, tandis que la première l'augmente

14. Colmet de Santerre, V, p. 221, n^o 159 *bis*, I ; Aubry et Rau, IV, p. 29 ; Demolombe, XXVI, p. 282, n^o 342.

15. Dumoulin, *De dividuo et individuo*, pars III, n^o 126 (*Opera omnia*, III, p. 224) ; Catelan, *Arrests du parlement de Toulouse*, liv. VII, ch. 12 (II, p. 491) ; Pothier, *Traité des obligations*, n^o 273 (*OEuvres*, I, p. 112).

de dommages et intérêts, puisque les intérêts alloués à cause du retard ne sont pas autre chose (16). Mais il est fort douteux que les rédacteurs du Code civil aient commis la confusion qu'on leur reproche.

L'explication la plus satisfaisante de l'art. 1207 consiste à dire que le chiffre des dommages et intérêts étant déterminé d'avance par la loi, il y a là une sorte de clause pénale tacite. Les intérêts sont alors dus, comme dans le cas d'une clause pénale expresse, en vertu de la convention primitive des parties, qui ont accepté par avance cette augmentation éventuelle de la dette (17). Cette explication, quelque vraie qu'elle puisse être, ne paraît pas s'être présentée à l'esprit du législateur, qui semble surtout avoir obéi à des considérations pratiques.

Les rédacteurs du Code civil, comme le faisait remarquer Mouricault, l'orateur du Tribunat, au Corps législatif, sont partis de ce principe que « la solidarité est stipulée au profit du créancier » (18). Or, il est très avantageux pour celui-ci de n'être pas obligé, quand il veut faire courir les intérêts contre tous ses débiteurs, de former des demandes individuelles contre chacun d'eux. Ces considérations d'utilité pratique nous paraissent surtout avoir inspiré au législateur la décision écrite dans l'article 1207 (19). Cette solution est en harmonie avec ce principe fondamental de la solidarité que tous les débiteurs se représentent réciproquement vis-à-vis du créancier, principe que Bigot-Préamencu avait en vue lorsqu'il disait : « Quand le créancier forme une demande d'intérêts contre l'un des débiteurs solidaires, ces intérêts lui sont adjugés pour la totalité de la dette, et dès lors c'est comme si la demande avait été formée contre tous » (20). N'est-il pas d'ailleurs bien plus naturel de voir dans l'article 1207 une application des idées générales qui dominent toute la solida-

16. Aubry et Rau, IV, p. 51, note 54.

17. Colmet de Santerre, V, p. 225, n° 141 bis, I; Demolombe. XXVI, p. 295, n° 549.

18. Loqué, XII, p. 567.

19. Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 632, n° 1.

20. Loqué, XII, p. 531.

rité que d'y chercher une exception à une règle surannée, qui a été introduite de confiance dans l'article 1205 sous le couvert de l'autorité de Dumoulin et de Pothier. Si les rédacteurs du Code civil se sont écartés sur un point de la vraie doctrine de la solidarité, quand il s'agit d'une obligation de donner, ce n'est pas une raison pour transformer en principe ce qui n'est au fond qu'une exception et intervertir ainsi les rôles ; car la règle est écrite dans l'article 1207 et l'article 1205 renferme l'exception.

421. L'article 1207 ne s'applique qu'à ceux des coobligés vis-à-vis desquels la dette était exigible au moment de la demande. Si donc l'un d'eux n'était tenu qu'à terme ou sous condition, il ne serait comptable des intérêts moratoires antérieurement demandés qu'à partir de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition ; mais il les devrait de plein droit, sans qu'il fût besoin de lui adresser une nouvelle interpellation. Telle est la décision qui est généralement donnée : c'est une conséquence de l'idée qui fait reposer la disposition de l'article 1207 sur une clause pénale tacite. Cette clause doit s'interpréter suivant la volonté probable des contractants ; or, dit-on, il est à croire qu'ils n'ont pas entendu faire encourir la peine à celle des parties, qui non seulement n'a pas été mise en demeure, mais ne pouvait pas l'être à raison du caractère de son obligation (21).

Peut-être serait-il plus conforme tant aux principes généraux en matière de solidarité qu'à la règle de l'effet rétroactif du jugement de décider que les intérêts auront couru contre tous les débiteurs du jour de la demande adressée à un seul. Les débiteurs solidaires, qui prennent à leur charge l'insolvabilité de leurs coobligés, peuvent bien être considérés comme ayant consenti à répondre de leur demeure. Une caution engagée sous condition ou à terme supporterait toutes les conséquences de la demeure du débiteur principal. Or la responsabilité, qui incombe aux débiteurs solidaires, est plus

21. Rodière, *De la solidarité*, p. 70, n° 92 ; Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 652, n° 4 ; Colmet de Santerre, V, p. 225, n° 141 bis, II ; Demolombe, XXVI, p. 295, n° 555 et 554.

lourde que celle qui pèse sur les cautions (art. 1216). Pourquoi, dans un cas spécial (art. 1207), seraient-ils traités plus favorablement que celles-ci?

422. La demande adressée à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire n'a aucun effet à l'égard de ses cohéritiers; elle ne fait courir les intérêts contre les autres codébiteurs solidaires que pour la part dont cet héritier est tenu dans la dette. Mais la demande formée contre l'un des codébiteurs solidaires ferait courir les intérêts contre tous les cohéritiers d'un coobligé défunt.

425. 5° L'interpellation judiciaire adressée à l'un des débiteurs solidaires interrompt la prescription à l'égard de tous. La disposition de l'article 1206 est la conséquence naturelle de l'idée que les codébiteurs solidaires se représentent mutuellement pour tout ce qui concerne le recouvrement et la conservation de la créance. Ce n'est pas toutefois qu'il y ait présomption légale que le premier débiteur ait dénoncé les poursuites aux autres; si telle eût été la présomption de la loi, elle aurait prescrit cette dénonciation. Le législateur a supposé que chacun des débiteurs solidaires devait s'informer auprès de ses coobligés des poursuites dont ils avaient pu être l'objet (22).

424. Si l'un des débiteurs solidaires vient à mourir, laissant plusieurs héritiers, la dette solidaire se divise entre eux de plein droit et l'interpellation adressée à l'un de ces héritiers n'a d'effet, tant à son égard qu'à l'égard des codébiteurs survivants, que pour la part dont il est tenu dans la dette (25). Il en est ainsi alors même que la dette est hypothécaire (art. 2249). L'indivisibilité de l'hypothèque n'empêche pas que la dette, si elle n'est pas elle-même indivisible, ne se prescrive pour les parts dont sont tenus les héritiers, qui n'ont pas été interpellés. Quant cette prescription partielle sera accomplie, l'hypothèque ne garantira plus que la partie

22. Troplong, *De la prescription*, II, p. 147, n° 628; Rodière, *De la solidarité*, p. 74, n° 99; Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 627, n° 1; Demolombe, XXVI, p. 299, n° 555; Leroux de Bretagne, *op. cit.*, I, p. 587, n° 571.

25. Paris, 9 février 1855, D. 54, II, 55; Rouen, 5 mars 1842, S. 42, II, 518.

de la dette qui a été sauvegardée par les poursuites : c'est la conséquence du caractère accessoire de l'action hypothécaire qui suit le sort de l'action personnelle (24).

425. La règle que l'interruption de la prescription opérée à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires s'étend à tous les autres, comporte des exceptions en matière commerciale.

1) Les poursuites intentées contre un seul des débiteurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre n'interrompent pas la prescription à l'encontre de tous les autres, bien qu'ils soient tenus solidairement (art. 140 et 187, Com.). A la différence du protêt, qui doit à peine de nullité être fait au domicile de tous les débiteurs de la lettre de change (art. 175, Com.), le recours en garantie peut n'être formé que contre un seul ou quelques uns des souscripteurs, et il est pleinement valable à leur égard; mais si le porteur laisse passer les délais fixés par l'article 166 du Code de commerce, il est déchu de son action en garantie contre les autres signataires de la lettre de change (art. 168, Com.). Ce qui montre que l'effet interruptif de la demande est purement individuel, contrairement à l'article 2249. Les endosseurs sont fondés à penser que la lettre de change a été payée, quand le porteur a laissé passer cinq ans sans les poursuivre à compter de la dénonciation du protêt (25).

2) Quand une société est dissoute, l'interruption de la prescription vis-à-vis des associés non liquidateurs ne peut résulter que de poursuites individuelles dirigées contre chacun d'eux (art. 64, Com.); or les associés en nom collectif sont tenus solidairement de tous les engagements de la société (art. 22, Com.) (26).

24. Req. rej., 12 février 1829, D. 29, I, 147. — Troplong, *De la prescription*, II, p. 150, n° 651; Marcadé, XII, p. 215, n° 181-185; Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 627, n° 2; Aubry et Rau, II, p. 560; Leroux de Bretagne, *op. cit.*, I, p. 687, n° 571.

25. Toulouse, 25 février 1827, D. 27, II, 157; Paris, 26 janvier 1859, S. 59, II, 557. — Rodière, *De la solidarité*, p. 212, n° 274 et 275; Nonguier, *De la lettre de change*, I, p. 990; Alauzet, *Comm. du Code de commerce*, III, p. 592, n° 592. *Contra* Grenoble, 29 février, 1848, S. 49, II, 272. — Dalloz, *Rép.*, v° *effet de commerce*, n° 855.

26. Rodière, *De la solidarité*, p. 196, n° 258.

426. 4° La demande formée contre un des débiteurs solidaires et restreinte à la part de ce dernier fait présumer, aux termes de l'article 1211, une décharge de la solidarité à son profit. Lorsque le créancier poursuit un des débiteurs solidaires en paiement pour sa part, il consent évidemment au morcellement de la dette. Deux conditions sont nécessaires pour que cette présomption s'applique.

1) Il faut d'abord que le débiteur soit poursuivi pour sa part. Les mots « pour sa part » n'ont à la vérité rien de sacramentel ; mais il est nécessaire que, soit dans le libellé de l'exploit, soit dans les conclusions, il soit clairement établi que le créancier consent à la division de la dette.

2) Il est nécessaire, en outre, que la demande ne contienne aucune réserve de la solidarité. Le dernier alinéa de l'art. 1211 ne mentionne pas cette condition ; mais elle est de droit, et d'ailleurs elle est énoncée en termes formels dans le premier alinéa de cet article.

La demande à elle seule ne suffit pas pour décharger le débiteur poursuivi de la solidarité : ce n'est qu'une offre de remise ; or pour décharger un des débiteurs de la solidarité, il faut une convention de remise, qui ne se forme qu'autant que l'offre est acceptée, soit que le débiteur ait acquiescé, soit qu'il soit intervenu un jugement de condamnation (27)

SECTION II.

EFFETS DE LA DEMANDE EN MATIÈRE D'INDIVISIBILITÉ.

427. L'influence de la demande se fait sentir ici avec une grande énergie en ce qui concerne l'interruption de la prescription ; mais elle n'a aucune action sur la mise en demeure et le cours des intérêts, puisque les codébiteurs de choses indivisibles sont étrangers les uns aux autres et qu'il n'existe pas entre eux, comme entre les codébiteurs solidaires, un

27. Rodière, *De la solidarité*, p. 109 ; Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 672, nos 10 et 11 ; Colmet de Santerre, V, p. 245, n° 145 bis, II ; Demolombe, XXVI, p. 409, nos 475-477.

mandat qui fasse réfléchir contre tous les coobligés les effets de la demande formée contre un seul d'entre eux.

428. L'interruption de la prescription opérée par la demande de l'un des créanciers d'une chose indivisible profite à tous les autres. Cela résulte de la décision de l'art. 709 relative à l'interruption naturelle en matière de servitudes, mais qui doit être étendue par analogie à l'interruption civile d'un droit indivisible quelconque (28). A l'inverse, la demande formée contre l'un des débiteurs d'une chose indivisible interrompt la prescription à l'égard de tous (art. 2249) (29).

Cette double décision est la conséquence un peu exagérée de l'idée que l'obligation indivisible ne peut être exécutée partiellement. Puisque l'objet ne peut être dû en partie, on en a conclu que du moment où il est dû par un débiteur ou à l'un des créanciers, il est dû par tous et à tous et qu'il suffit d'une seule interpellation pour conserver la créance ou la dette dans son entier. Ce motif de l'exception apportée par la loi au principe que la demande n'a que des effets purement relatifs indique que cette exception doit avoir plus d'étendue en matière d'indivisibilité qu'elle n'en a dans les obligations solidaires. En effet, en matière indivisible, l'interruption émanée de l'un des héritiers ou dirigée contre lui, produit effet non-seulement à l'égard de tous les coobligés de son auteur, mais encore à l'égard de tous les autres héritiers.

429. Les auteurs se divisent sur l'étendue que l'on doit donner à l'exception que nous avons constatée en matière indivisible. Duranton a prétendu que l'art. 2249, 2^o ne s'appliquait qu'aux obligations indivisibles définies par l'art. 1217 (indivisibilité *contractu* de Dumoulin) et non à celles dont s'occupe l'art. 1218 (indivisibilité *obligatione* de Dumou-

28. Civ. rej., 14 août 1840, S. 40, I, 755. — Rodière, *De la solidarité*, p. 551, n^o 415; Larombière, *Traité des obligations*, II, p. 797, n^o 11; Colmet de Santerre, V, p. 284, n^o 161 bis, I; Aubry et Rau, IV, p. 55, note 21; Demolombe, XXVI, p. 555, n^o 624.

29. Cass., 2 juillet 1855, S. 56, I, 119; Cass., 17 mai 1841, S. 41, I, 594. — Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 797, n^o 11; Colmet de Santerre, V, p. 284, n^o 161 bis, I; Aubry et Rau, IV, p. 55; Demolombe, XXVI, p. 554, n^o 625; Leroux de Bretagne, *op. cit.*, I, p. 589, n^o 575.

lin) (50). Mais c'est là une opinion qui est restée isolée à juste titre ; car l'art. 2249 est tout à fait général : il s'applique à toute obligation indivisible et les obligations mentionnées dans l'art. 1218 sont tout aussi indivisibles que celles dont s'occupe l'art. 1217.

Des dissentiments sérieux, au contraire, se sont élevés en ce qui touche les cas d'indivisibilité énumérés dans l'art. 1221 (indivisibilité *solutione* de Dumoulin).

Plusieurs auteurs pensent que l'interruption de la prescription n'a d'effet qu'à l'égard du débiteur contre lequel elle a été opérée (51). L'art. 2249, disent-ils, ne parle que des obligations indivisibles ; or les obligations énumérées dans l'art. 1221 sont, aux termes mêmes de cette disposition, des obligations divisibles dans lesquelles le débiteur peut, par exception, être poursuivi pour le tout.

Dans une seconde opinion, qui nous paraît préférable, on décide que l'interruption de la prescription opérée à l'égard de l'un des débiteurs d'une chose indivisible rejaillit contre tous les autres. En effet les obligations indivisibles *solutione* sont indivisibles non seulement quant au paiement, mais encore quant à la demande (art. 1221). Puisque ces obligations sont assimilées aux obligations indivisibles *contractu* ou *obligatione* quant aux règles sur la demande, il est naturel de faire produire à cette demande ses effets ordinaires (52).

430. La demande formée contre l'un des débiteurs d'une obligation indivisible autorise celui-ci à réclamer un délai pour mettre en cause ses codébiteurs et faire diviser entre eux leur condamnation (art. 1225). Quand la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par un seul, le codébiteur poursuivi jouit simplement du bénéfice de l'art. 175 du Code de procédure, qui accorde à toute personne ayant droit à garantie un délai pour mettre en cause ses garants ; mais cette mise en cause lui permet seulement de faire statuer sur ses

50. Duranton, XI, p. 548, n° 267 ; XXI, p. 458, n° 275.

51. Toullier, VI, p. 851, n° 797 ; Colmet de Santerre, V, p. 287, n° 161 *bis*, III ; Aubry et Rau, II, p. 560 ; IV, p. 59.

52. Rodière, *De la solidarité*, p. 314, n° 395 ; Larombière, *Théorie des obli-*

recours, elle ne peut le soustraire à une condamnation pour la totalité.

SECTION III.

EFFETS DE LA DEMANDE A L'ÉGARD DES CAUTIONS.

§. Effets de la demande dans les rapports du créancier et de la caution.

451. 1^o La demande en justice met d'abord le fardeau de la dette à la charge de la caution ; mais elle donne ouverture à des bénéfices destinés à alléger ce fardeau, les bénéfices de discussion et de division. Une caution en effet ne serait pas reçue à prévenir les poursuites du créancier et à lui offrir sa part dans la dette, si elle a des cofidésseurs : il faut qu'elle attende à être inquiétée (55). La nature des bénéfices introduits en sa faveur par des raisons d'humanité, bénéfices purement passifs, s'oppose à ce qu'elle fasse sortir le créancier de son inaction.

452. 2^o Formée contre une de plusieurs cautions et restreinte à la part de celle-ci, la demande opère une division bien plus avantageuse pour les fidésseurs que la division judiciaire (art. 2027). La division spontanée met toutes les insolvabilités, même antérieures à la demande, à la charge du créancier, tandis que l'exception de division ne décharge la caution du risque de l'insolvabilité de ses cofidésseurs qu'à dater du jour où elle a réclamé ce bénéfice dans des conclusions expresses.

La seule condition exigée pour l'application de l'art. 2027 est que le créancier agisse en connaissance de cause. Si le créancier ignorait l'insolvabilité de l'une des cautions, on ne pourrait plus supposer qu'il ait eu l'intention de renoncer à l'action pour le tout qui lui appartient ; il faudrait alors l'au-

gations, II, p. 797, n^o 11 ; Demolombe, XXVI, p. 530, n^o 595 ; p. 559, n^o 627.

55. Chabot, *Rapport au Tribunal* (Loché, XV, p. 545).

toriser à réclamer à la caution poursuivie la part de l'insolvable.

Pour opérer cette division, il suffit de la simple demande divisée ; il n'est pas nécessaire que la caution ait acquiescé ou qu'il soit intervenu un jugement comme en matière de solidarité. L'art. 2027, qui établit la division spontanée, suit en effet la disposition où le législateur institue le bénéfice de division (art. 2026) et il en est le corollaire. Il y a du reste entre le débiteur solidaire et la caution des différences profondes. Le créancier qui actionne pour sa part une caution investie du bénéfice de division ne fait en somme que reconnaître un droit qui lui appartient et aller au devant de difficultés qui allongeraient le procès. Au contraire, la stipulation de la solidarité indique nettement que les contractants ont entendu exclure toute possibilité d'une division de la dette ; pour qu'elle ait lieu, il faut que la renonciation consentie par le créancier soit acceptée par le débiteur solidaire (34).

455. 5° La demande formée contre le débiteur principal interrompt la prescription à l'égard de la caution (art. 2250). C'était là une question fort discutée dans notre ancienne jurisprudence ; les uns faisaient une distinction entre les cautions judiciaires et les cautions conventionnelles et ne laissaient l'action rétroagir contre les cautions que dans le premier cas (35), les autres, et notamment Pothier, frappés du caractère accessoire du cautionnement attribuaient à la demande un effet interruptif absolu (36). C'est cette doctrine qui a été consacrée par le Code civil, ainsi que l'indiquent ces paroles de Bigot-Préameneu : « Quant à la caution, son obligation accessoire dure autant que l'obligation principale et dès lors

34. Troplong, *Du cautionnement*, p. 288, n° 327 ; Ponsot, *Du cautionnement* p. 250, n° 126 ; Pont, *Des petits contrats*, II, p. 115, n° 219 ; Aubry et Rau, IV, p. 685 ; Laurent, XXVIII, p. 240, n° 228.

35. D'Argentré, *Comm. in patr. Brit. leges*, tit. *De interrupt.*, n° 2, p. 1159 ; Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 60 ; Renusson, *Traité de la subrogation*, p. 197, n° 30.

36. Pothier, *Traité des obligations*, n° 698 (*Œuvres*, I, p. 555).

la caution ne peut opposer la prescription qui aurait été interrompue contre le débiteur (37). »

434. La loi ne s'est pas expliquée sur l'hypothèse inverse : de là des divergences parmi les auteurs.

Une première opinion soutenue par Merlin et Troplong (38), et qui rencontre encore aujourd'hui des adhésions (39), fait réléchir contre le débiteur principal les effets de l'interpellation adressée à la caution. Les auteurs qui ont adopté cette doctrine paraissent avoir été surtout déterminés par l'idée que le droit du créancier est un et identique : en interpellant le fidéjusseur, il interpelle le débiteur principal, puisque la dette du premier n'est autre chose que celle du second. On fait remarquer ensuite qu'on ne saurait reprocher de négligence au créancier, qui a poursuivi la caution : il a suffisamment manifesté l'intention d'exercer ses droits.

Nous préférons une seconde opinion qui n'attribue pas à la demande formée contre la caution l'effet d'interrompre la prescription de la dette principale, si bien que celle-ci venant à être prescrite, la caution pourra se prévaloir de son extinction (40).

En effet il n'est pas exact de dire que l'obligation principale et l'obligation de la caution soient une et identique ; il y a là deux obligations essentiellement distinctes : l'art. 2054 en fait foi. Les rédacteurs du Code civil ont été surtout frappés du caractère accessoire du cautionnement et ils ont tiré les conséquences de cette idée : ils décident ainsi dans l'article 2250 que la conservation de l'obligation principale entraînera celle de l'obligation accessoire. Mais la logique ne leur permettait pas d'attribuer à l'accessoire quelque influence sur le principal et ils ne l'ont pas fait. Le silence du Code

37. *Exposé de motifs* (Loché, XVI, p. 569).

38. Merlin, *Rép.*, v° *interruption*, n° 16 ; Troplong, *De la prescription*, II, p. 156, n° 635.

39. Larombière, *Théorie des obligations*, II, p. 628, n° 5 ; Leroux de Bretagne, *op. cit.*, I, p. 591, n° 579.

40. Ponsot, *Du cautionnement*, p. 103, n° 192 ; Marcadé, XII, p. 214, n° 184 ; Aubry et Rau, II, p. 561, note 66.

civil nous paraît d'autant plus significatif que pour accorder à la demande adressée à la caution des effets aussi exorbitants qu'on le veut dans la première opinion un texte formel est indispensable.

On dit encore, dans le système opposé, que la communauté d'origine des dettes de l'obligé principal et de la caution établit entre ceux-ci un mandat de telle sorte qu'ils se représentent l'un l'autre. C'est là une idée qui, à la supposer exacte, ne pourrait servir à justifier la première doctrine qu'autant que la caution se serait engagée sur l'ordre ou tout au moins avec l'assentiment du débiteur principal. Si le cautionnement avait eu lieu à l'insu de ce dernier, l'extension de l'interruption n'a plus de raison d'être, puisqu'aucun lien de mandat exprès ou tacite ne rattache alors la caution au débiteur principal.

455. Lorsque la dette est garantie par plusieurs cautions, celles-ci quoiqu'obligées à la totalité ne sont pas tenues solidairement, à moins de stipulation expresse. Il en résulte que le demande formée contre l'un des fidéjusseurs n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres, pas plus qu'elle ne fait courir les intérêts à leur encontre (41).

456. 4^o Troplong et les auteurs qui admettent que l'interruption de la prescription opérée contre la caution réfléchit contre le débiteur principal décident que la demande formée contre la caution, fait courir les intérêts contre le débiteur principal de même que les poursuites, dont ce dernier est l'objet, les font courir à l'égard de la caution. Dans l'opinion que nous avons adoptée et qui rejette toute extension de l'effet interruptif de la demande en dehors des cas formellement prévus par la loi, on ne saurait reconnaître à l'interpellation adressée à la caution aucune influence sur le cours des intérêts de la dette principale, pas plus que la demande dirigée contre le débiteur principal ne fait courir les intérêts à l'encontre de la caution.

41. Pont, *Des petits contrats*, II, p. 105, n° 192; Aubry et Rau, IV, p. 685, note 20. *Contra* Troplong, *Du cautionnement*, n° 291.

§ 2. *Des effets de la demande dans les rapports de la caution et du débiteur principal.*

457. La demande formée contre la caution (art. 2052, 1^o) l'autorise à agir immédiatement contre le débiteur. Le Code civil a consacré la pratique suivie dans notre ancienne jurisprudence (42), qui s'était écartée avec raison de la doctrine romaine, d'après laquelle il fallait que la caution eût été condamnée. Le fait des poursuites cause à la caution un préjudice actuel : elle est exposée aux frais et aux ennuis d'un procès. Il était juste qu'à côté de l'action réparatrice ouverte à la caution, on lui en accordât une autre qui pût la préserver de tout dommage et la faire échapper à la nécessité d'acquitter elle-même la dette. La caution, qui n'agirait pas contre le débiteur principal, serait déchue du droit de réclamer à celui-ci les frais qu'elle aurait faits jusqu'au jour où elle lui a dénoncé la poursuite (45).

SECTION IV.

HYPOTHÈSES EXCEPTIONNELLES OU LES EFFETS DE LA DEMANDE S'ÉTENDENT A DES PERSONNES AUTRES QUE DES COOBLIGÉS.

458. Ces exceptions n'ont trait qu'à l'interruption de la prescription ; elles reposent toutes sur une idée de représentation virtuelle : la personne qui a exercé l'action peut être considérée comme le mandataire tacite d'une autre personne.

1^o L'interruption opérée par l'usufruitier contre le débiteur d'une créance ou le tiers détenteur d'un immeuble soumis à usufruit profite au nu-propriétaire et réciproquement les actes interruptifs faits par ce dernier profitent à l'usu-

42. Domat, *Loix civiles*, liv. III, tit. IV, sect. III, n^o 5, p. 226 ; Pothier, *Traité des obligations*, n^o 441 (*OEuvres*, I, p. 217).

45. Ponsot, *Du cautionnement*, p. 501, n^o 264 ; Pont, *Des petits contrats*, II, p. 146, n^o 282.

fruitier (44). Celui-ci est en effet autorisé à faire les actes conservatoires tant dans son intérêt que dans celui du nu-propriétaire, ainsi que le prouve l'art. 614, où on le déclare responsable d'une prescription qu'il aurait laissé s'accomplir. 2° Le propriétaire d'un objet donné en nantissement peut se prévaloir de l'interruption opérée par le créancier gagiste ou antichrésiste. La constitution d'un nantissement impose en effet au créancier l'obligation de faire, à peine de dommages et intérêts, tous les actes conservatoires (art. 2080). Quand même la valeur de l'objet ainsi donné en nantissement serait supérieure au montant de la créance qu'il garantit, le créancier n'en interrompra pas moins la prescription pour le tout, soit à titre de mandataire, soit comme garant du préjudice que sa négligence causerait au débiteur (45).

3° La demande en garantie formée dans le cours d'une instance par le défendeur originaire interrompt, dans l'intérêt du demandeur principal, la prescription de l'action que celui-ci eût pu diriger directement contre le garant (46).

4° L'interruption opérée par l'héritier apparent profite à l'héritier réel et à l'inverse l'interpellation adressée à l'héritier apparent réfléchit contre l'héritier réel (47).

44. Proudhon, *Traité de l'usufruit*, IV, p. 552, n° 2160 ; Troplong, *De la prescription*, II, p. 176, n° 156 ; Aubry et Rau, II, p. 562.

45. Proudhon, *Traité de l'usufruit*, V, p. 61, n° 2255 ; Troplong, *De la prescription*, II, p. 165, n° 643 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

46. Req. rej., 16 février 1820, S. 20, I, 178 ; Civ. rej., 27 mars 1852, S. 52, I, 650. — Troplong, *De la prescription*, II, p. 164, n° 642 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

47. Vazeille, *Traité des prescriptions*, I, p. 266, n° 249 ; Troplong, *De la prescription*, II, p. 172, n° 650 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. Le rescrit de Septime Sévère et de Caracalla, qui forme la loi un. C., *De litis contestatione* (III, 9), n'a pas eu pour but de fixer l'époque à laquelle aurait lieu la *litis contestatio* dans les *cognitiones extraordinariae*.

II. Les exceptions péremptoires doivent encore, du temps de Dioclétien (l. 2, C. *Sententiam rescindi*, VII, 50), être proposées avant la *litis contestatio*; on ne peut les invoquer, après la *litis contestatio*, qu'autant qu'on a obtenu une *restitutio in integrum*.

III. La *litis contestatio* est nécessaire, à l'époque classique, pour donner à l'objet de l'action le caractère litigieux.

IV. Le principe d'après lequel le *judex* doit, pour apprécier le bien fondé de la demande, se reporter à l'époque de la *litis contestatio* remonte à la procédure des *legis actiones*.

V. L'effet extinctif de la *litis contestatio* est une conséquence de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*.

VI. La *litis contestatio* n'a pas été considérée par les Romains comme une forme particulière de novation.

VII. Les trois identités exigées dans les lois 12, 13, 14 et 27, *De exceptione rei judicatae* (XLIV, 2), se rapportent à la théorie de la consommation de l'action et non à celle de la *res judicata*.

VIII. L'effet extinctif de la *litis contestatio* ne se produit plus sous Justinien à l'encontre des *correi stipulandi*.

DROIT FRANÇAIS.

I. Le billet d'avertissement, adressé par le greffier de la justice de paix aux parties, en exécution de la loi du

2. mai 1855, ne produit aucun des effets de la demandé en justice.

II. La citation donnée devant un juge incompétent ne fait pas courir les intérêts.

III. Le mémoire remis au préfet, conformément aux lois des 28 octobre-5 novembre 1790, du 18 juillet 1837 et du 10 mai 1858, ne fait pas courir les intérêts contre l'État, les départements, les communes.

IV. La demande ne constitue pas nécessairement le possesseur de mauvaise foi; elle lui impose seulement l'obligation de restituer les fruits.

V. Il n'est pas nécessaire que l'assignation contienne une réclamation formelle des intérêts pour que ceux-ci puissent être alloués au demandeur à compter de la date de l'exploit d'ajournement; il suffit qu'il y ait été conclu dans le cours de l'instance.

VI. L'interruption de la prescription acquisitive par dix à vingt ans a pour effet de substituer à l'usucapion par dix à vingt ans la prescription trentenaire.

VII. La demande proroge pour trente ans les actions temporaires.

VIII. L'action en recherche de la maternité naturelle, une fois intentée, peut être continuée par les héritiers de l'enfant.

IX. L'instance en séparation de corps ne peut être suivie ni par les héritiers de l'époux prédécédé contre le conjoint survivant, ni par celui-ci contre les héritiers de l'époux prédécédé.

X. L'action en révocation des donations pour ingratitude peut être poursuivie contre les héritiers du donataire, quand elle a été introduite du vivant de ce dernier.

XI. L'interpellation judiciaire adressée à la caution n'interrompt point la prescription à l'égard du débiteur principal.

HISTOIRE DU DROIT.

1. *L'interpellatio* est dans la procédure germanique l'équivalent de la *litis contestatio*.

II. La maxime de Loysel : « Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain », n'a pas toujours été absolument vraie ; au treizième et au quatorzième siècle, on exigeait pour la validité de certains contrats que le consentement fût accompagné de formes solennelles telles que la *paumée*.

DROIT CRIMINEL.

I. L'exercice de l'action civile n'interrompt la prescription de l'action publique qu'autant qu'elle a été portée devant un tribunal de répression.

II. Le décès du mari survenu depuis la plainte en adultère n'éteint point l'action publique.

DROIT INTERNATIONAL.

I. L'armement dans un port neutre d'un navire de guerre destiné à l'un des belligérants est une infraction à la neutralité.

II. Les tribunaux français, qui ont à rendre exécutoire un jugement étranger, doivent se borner à vérifier s'il réunit les conditions de validité exigées dans le pays où il a été rendu et s'il est passé en force de chose jugée.

Vu par le Président de la thèse,

E. GARSONNET.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

*Vu et permis d'imprimer, le vice-recteur
de l'Académie de Paris.*

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

LA *LITIS CONTESTATIO* EN DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

Formes de la *litis contestatio*. 1

SECTION PREMIÈRE.

La *litis contestatio* dans la procédure des *legis actiones*. 1

SECTION II.

La *litis contestatio* dans la procédure formulaire. 8

SECTION III.

La *litis contestatio* dans la procédure des *cognitiones extraordinarie*. 14

§ 1. La *litis contestatio* dans la *cognitio extraordinaria* avant Dioclétien. 14

§ 2. La *litis contestatio* depuis les réformes de Dioclétien. 19

CHAPITRE II.

Nature contractuelle de la *litis contestatio*. 24

CHAPITRE III.

Influence de la *litis contestatio* sur la marche de l'instance 35

SECTION PREMIÈRE.

Fixation des éléments du litige. 35

SECTION II.

La *litis contestatio* et les exceptions. 38

SECTION III.

Possibilité d'une sentence nonobstant le défaut de l'une des parties 45

CHAPITRE IV.

De l'effet obligatoire de la *litis contestatio*. 48

CHAPITRE V.

Interruption de la prescription opérée par la *litis contestatio*. 56

SECTION PREMIÈRE.

Influence de la *litis contestatio* sur l'usu-capion et la *præscriptio longi temporis*.. . . . 56

SECTION II.

Interruption de la prescription des actions. 61
§ 1. Cas dans lesquels il y a lieu à interruption. 61
§ 2. Caractère et effets de l'interruption opérée par la *litis contestatio*. 65

CHAPITRE VI.

Influence de la *litis contestatio* sur la transmission des actions. 67

SECTION PREMIÈRE.

Transmissibilité active. 67

SECTION II.

Transmissibilité passive. 72

CHAPITRE VII.

Influence de la *litis contestatio* sur la cession des objets et des droits litigieux. 77

SECTION PREMIÈRE.

De la prohibition d'aliéner la chose litigieuse à l'époque formulaire. 77

SECTION II.

De la cession de droits litigieux au Bas-Empire. 85

CHAPITRE VIII.

Influence de la *litis contestatio* sur la décision du *judex* 85

SECTION PREMIÈRE.

Appréciation des conditions exigées pour la condamnation. 87
§ 1. Conditions requises dans la personne du demandeur. 87
§ 2. Conditions requises dans la personne du défendeur 94

SECTION II.

Influence de la *litis contestatio* sur la condamnation. 96
§ 1. Évaluation de la chose principale. 97

§ 2. Des dommages et intérêts.	103
A. Du dol.	104
B. De la faute.	105
C. Du cas fortuit.	107
§ 5. Des augmentations et accessoires.	113
A. De la <i>causa rei</i> dans les actions <i>in rem</i>	114
B. De la <i>causa rei</i> dans les actions <i>in personam</i>	118

CHAPITRE IX.

De l'effet extinctif de la <i>litis contestatio</i>	122
---------------------------------------------------------------	-----

SECTION PREMIÈRE.

Le principe de la consommation de l'action et sa formule.	125
§ 1. Origine de la règle <i>Bis de eadem re ne sit actio</i>	124
Motifs et développement historique de la règle.	126

SECTION II.

Conditions d'application de la règle <i>Bis de eadem re ne sit actio</i>	130
§ 1. Identité d'objet.	133
A. Actions <i>in rem</i>	135
B. Actions <i>in personam</i>	156
§ 2. Identité de cause.	140
A. Actions <i>in rem</i>	140
B. Actions <i>in personam</i>	143
§ 5. Identité des personnes.	149

SECTION III.

Des divers modes d'extinction de l'action.	152
§ 1. <i>Judicia legitima</i> et <i>judicia quæ imperio continentur</i>	157
§ 2. Actions <i>in personam</i> et actions <i>in rem</i>	159
§ 5. Actions <i>in jus conceptæ</i> et actions <i>in factum</i>	161

SECTION IV.

De l'exception <i>rei in judicium deductæ</i>	165
§ 1. Formule de l'exception <i>rei in judicium deductæ</i>	165
§ 2. Fonction de l'exception <i>rei in judicium deductæ</i>	166
§ 5. Cas d'application de l'exception <i>rei in judicium deductæ</i>	168
§ 4. Concours de l'exception <i>rei in judicium deductæ</i> et de l'exception <i>rei judicataæ</i>	171
§ 5. Destinée de l'exception <i>rei in judicium deductæ</i>	172

SECTION V.

Des effets de la consommation de l'action.	173
§ 1. Persistance d'une obligation naturelle. Son utilité.	174
§ 2. Des effets de l'obligation naturelle qui survit à la <i>litis contestatio</i>	178

SECTION VI.

Comparaison de la <i>litis contestatio</i> et de la novation.	182
-----------------------------------------------------------------------	-----

SECTION VII.

L'effet extinctif de la *litis contestatio* dans le droit de Justinien. 191

CHAPITRE X.

Des effets de la *litis contestatio*, lorsque les parties ont été représentées en justice. 195

SECTION PREMIÈRE.

Du *dominium litis*. 196

SECTION II.

De l'effet extinctif de la *litis contestatio* en cas d'intervention de représentants. 203
§ 1. Mandataires conventionnels du défendeur. 204
§ 2. Mandataires conventionnels du demandeur. 206
§ 3. Mandataires légaux des parties. 211

CHAPITRE XI.

Extension des effets de la *litis contestatio* à des personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance ou n'y ont pas été représentées. 214

SECTION PREMIÈRE.

Influence de la *litis contestatio* à l'égard des copropriétaires. 214

SECTION II.

Effets de la *litis contestatio* lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. 217
§ 1. Effet extinctif de la *litis contestatio* en matière d'obligations corréales.
§ 2. Influence de la *litis contestatio* sur les obligations solidaires et les obligations indivisibles. 227
A. Obligations solidaires. 227
B. Obligations indivisibles. 250

SECTION III.

Effets de la *litis contestatio* en matière de cautionnement. 253

CHAPITRE XII.

De la rescision des effets de la *litis contestatio* et de leur extinction par suite de la péremption de l'instance 240

SECTION PREMIÈRE.

Rescision des effets de la *litis contestatio*. 240
§ 1. Conditions de la rescision. 242
§ 2. Moyens employés pour opérer cette rescision. 246

SECTION II.

Extinction des effets de la *litis contestatio* par suite de la péremption de l'instance. 250

DEUXIÈME PARTIE

LA DEMANDE EN JUSTICE ET SES EFFETS EN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

La *litis contestatio* dans les textes d'origine romaine du sixième au douzième siècle 255

SECTION PREMIÈRE.

La *litis contestatio* dans la *Lex Romana Visigothorum*. 255

SECTION II.

La *litis contestatio* dans les traités de droit romain du cinquième et du sixième siècle. 258

SECTION III.

La *litis contestatio* dans les traités de droit romain du dixième au douzième siècle. 260

CHAPITRE II.

L'interpellatio dans les coutumes germaniques. 264

SECTION PREMIÈRE.

Formes de l'introduction d'instance à l'époque mérovingienne. 264

SECTION II.

Formes de l'introduction d'instance à l'époque carolingienne. 273

SECTION III.

Effets de l'introduction d'instance. 276

CHAPITRE III.

La citation et la *litis contestatio* en droit canonique 278

SECTION PREMIÈRE.

Formes de la citation et de la *litis contestatio*. 279

SECTION II.

Effets de la citation et de la *litis contestatio*. 285

CHAPITRE IV.

L'«entame de plet » et la litiscontestation dans la période féodale 289

SECTION PREMIÈRE.

Formes de l'«entame de plet » et de la litiscontestation 289

SECTION II.

Effets de l'«entame de plet » et de la litiscontestation 295

CHAPITRE V.

L'ajournement et la contestation en cause du seizième au dix-huitième siècle. 501

SECTION PREMIÈRE.

De l'ajournement. 501

§ 1. De l'ajournement libellé. 505

§ 2. De la présentation. 505

SECTION II.

De la contestation en cause. 508

SECTION III.

Effets de l'ajournement et de la contestation en cause. 511

CHAPITRE VI.

La demande en justice et ses effets dans le droit actuel. 518

SECTION PREMIÈRE.

Des effets de la demande 520

SECTION II.

Fondement juridique des effets de la demande. 521

CHAPITRE VII.

Des conditions requises pour que la demande produise ses effets. 525

CHAPITRE VIII.

De la date à laquelle se produisent les effets de la demande. 533

SECTION PREMIÈRE.

De la citation en conciliation. 54

SECTION II.

De la remise du mémoire au préfet. 741

SECTION III.

De la requête à fin d'assigner. 545

CHAPITRE IX.

Influence de la demande sur la marche de l'instance. 548

SECTION PREMIÈRE.

Des effets de la demande entre les parties. 547
§ 1. Effets communs aux deux parties. 547
§ 2. Effets spéciaux à l'une ou l'autre des parties. 549

SECTION II.

Des effets de la demande à l'égard du juge. 551

CHAPITRE X.

Des effets de la demande dans les rapports du propriétaire et du possesseur. 557

SECTION PREMIÈRE.

Influence de la demande sur les restitutions de fruits. 557

SECTION II.

De l'interruption de la prescription acquisitive. 564

CHAPITRE XI.

Des effets de la demande dans les rapports du créancier et du débiteur. 570

SECTION PREMIÈRE.

De la mise en demeure. 570

SECTION II.

Des intérêts moratoires. 572
§ 1. Créances qui produisent des intérêts moratoires par l'effet de la demande. 574
§ 2. Des intérêts d'intérêts et de revenus. 578

SECTION III.

De l'interruption de la prescription extinctive. 581
§ 1. Effets de l'interruption. 581
§ 2. Étendue de l'interruption. 590

CHAPITRE XII.

Influence de la demande sur la transmission des actions attachées à la personne. 592

SECTION PREMIÈRE.

La maxime *Omnes actiones, quæ morte preunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* et son application dans le droit actuel. 393

SECTION II.

De la transmission des actions aux héritiers.
§ 1. Des actions personnelles qui deviennent transmissibles par l'effet de la demande. 398
§ 2. Des actions qui restent intransmissibles après la demande. . . 404

SECTION III.

e la transmission des actions contre les héritiers. 408

CHAPITRE XIII.

Extension des effets de la demande à des personnes qui ne sont pas engagées dans l'instance. 412

SECTION PREMIÈRE.

Effets de la demande à l'égard des créanciers ou des débiteurs solidaires. 415
§ 1. Solidarité entre les créanciers. 415
§ 2. Solidarité entre les débiteurs. 417

SECTION II.

Effets de la demande en matière d'indivisibilité. 425

SECTION III.

Effets de la demande à l'égard des cautions. 426
§ 1. Effets de la demande dans les rapports du créancier et de la caution. 426
§ 2. Effets de la demande dans les rapports de la caution et du débiteur principal. 450

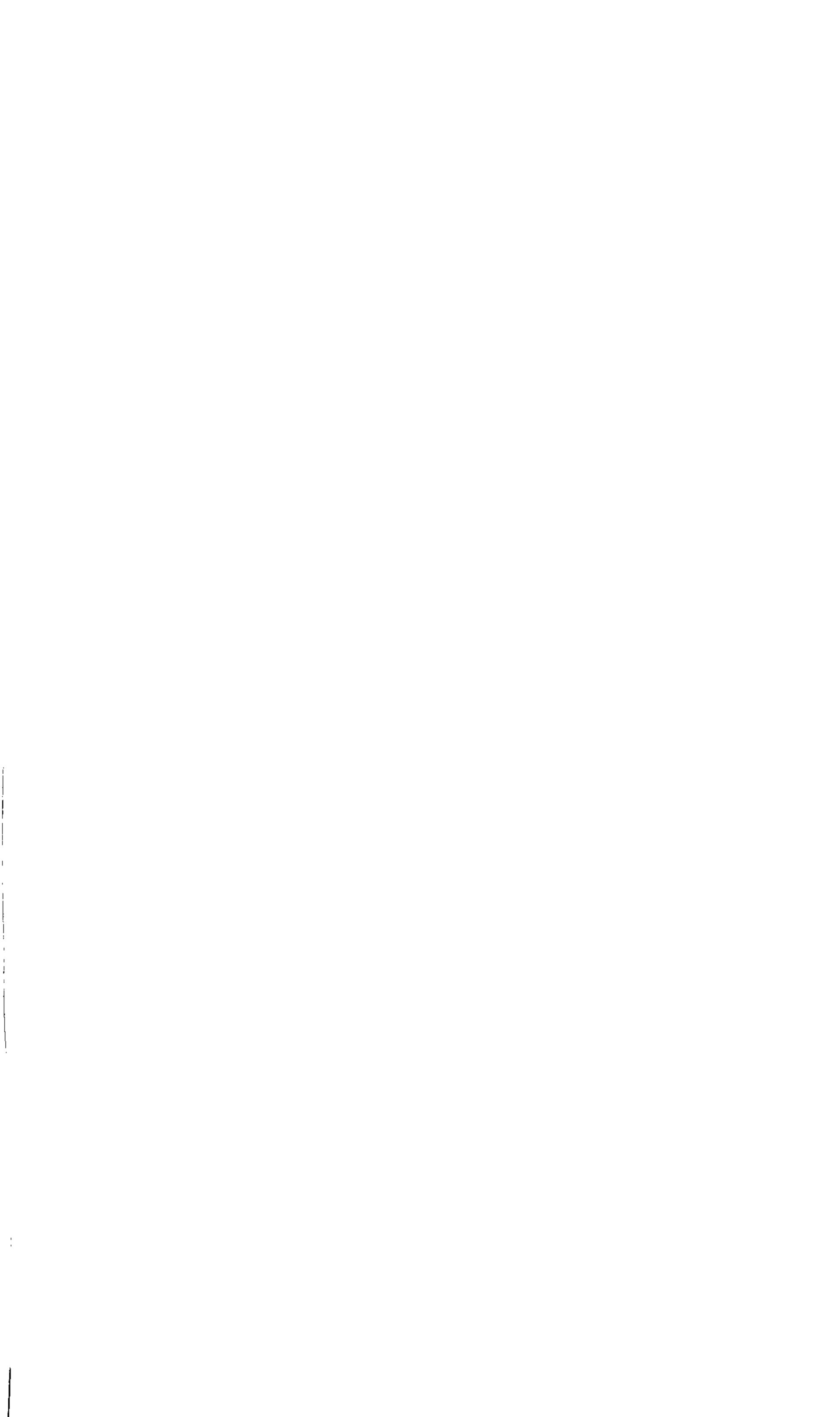
SECTION IV.

Hypothèses exceptionnelles où les effets de la demande s'étendent à des personnes autres que des coobligés. 450
Positions. 452

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES







PREMIERE PARTIE LA LITIS CONTESTATIO EN DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

Formes de la *litis contestatio*

SECTION PREMIERE.

La litis contestatio dans la procédure des *legis actiones*

SECTION II.

La litis contestatio dans la procédure formulaire

SECTION III.

La litis contestatio dans la procédure des *cognitiones extraordinarioe*

§ 1. *La litis contestatio* dans la *cognitio extraordinaria* avant Dioclétien

§ 2. *La litis contestatio* depuis les réformes de Dioclétien

CHAPITRE II.

Nature contractuelle de la *litis contestatio*

CHAPITRE III.

Influence de la *litis contestatio* sur la marche de l'instance

SECTION PREMIERE.

Fixation des éléments du litige

SECTION II.

La litis contestatio et les exceptions

SECTION III.

Possibilité d'une sentence nonobstant le défaut de l'une des parties

CHAPITRE IV.

De l'effet obligatoire de la *litis contestatio*

CHAPITRE V.

Interruption de la prescription opérée par la *litis contestatio*

SECTION PREMIERE.

Influence de la *litis contestatio* sur l'usucapion et la *proscriptio longi temporis*

SECTION II.

Interruption de la prescription des actions

§ 1. Cas dans lesquels il y a lieu à interruption

§ 2. Caractère et effets de l'interruption opérée par la *litis contestatio*

CHAPITRE VI.

Influence de la *litis contestatio* sur la transmission des actions

SECTION PREMIERE.

Transmissibilité active

SECTION II.

Transmissibilité passive

CHAPITRE VII.

Influence de la *litis contestatio* sur la cession des objets et des droits litigieux

SECTION PREMIERE.

De la prohibition d'aliéner la chose litigieuse à l'époque formulaire

SECTION II.

De la cession de droits litigieux au Bas-Empire

CHAPITRE VIII.

[...] nfluence de la *litis contestatio* sur la décision du *judex*

SECTION PREMIERE.

Appréciation des conditions exigées pour la condamnation

§ 1. Conditions requises dans la personne du demandeur

§ 2. Conditions requises dans la personne du défendeur

SECTION II.

Influence de la *litis contestatio* sur la condamnation

§ 1. Evaluation de la chose principale

§ 2. Des dommages et intérêts

A. Du dol

B. De la faute

C. Du cas fortuit

§ 3. Des augmentations et accessoires

A. De la *causa rei* dans les actions *in rem*

B. De la *causa rei* dans les actions *in personam*

CHAPITRE IX.

De l'effet extinctif de la *litis contestatio*

SECTION PREMIERE.

Le principe de la consommation de l'action et sa formule

§ 1. Origine de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*

Motifs et développement historique de la règle

SECTION II.

Conditions d'application de la règle *Bis de eadem re ne sit actio*

§ 1. Identité d'objet

A. Actions *in rem*

B. Actions *in personam*

§ 2. Identité de cause

A. Actions *in rem*

B. Actions *in personam*

§ 3. Identité des personnes

SECTION III.

Des divers modes d'extinction de l'action

§ 1. *Judicia legitima* et *judicia quoe imperio continentur*

§ 2. Actions *in personam* et actions *in rem*

§ 3. Actions *in jus conceptoe* et actions *in factum*

SECTION IV.

De l'exception *rei in judicium deductoe*

§ 1. Formule de l'exception *rei in judicium deductoe*

§ 2. Fonction de l'exception *rei in judicium deductoe*

§ 3. Cas d'application de l'exception *rei in judicium deductoe*

§ 4. Concours de l'exception *rei in judicium deductoe* et de l'exception *rei judicatae*

§ 5. Destinée de l'exception *rei judicium deductoe*

SECTION V.

Des effets de la consommation de l'action

§ 1. Persistance d'une obligation naturelle. Son utilité

§ 2. Des effets de l'obligation naturelle qui survit à la *litis contestatio*

SECTION VI.

Comparaison de la *litis contestatio* et de la novation

SECTION VII.

L'effet extinctif de la *litis contestatio* dans le droit de Justinien

CHAPITRE X.

Des effets de la *litis contestatio*, lorsque les parties ont été représentées en justice

SECTION PREMIERE.

Du *dominium litis*

SECTION II.

De l'effet extinctif de la *litis contestatio* en cas d'intervention de représentants

§ 1. Mandataires conventionnels du défendeur

§ 2. Mandataires conventionnels du demandeur

§ 3. Mandataires légaux des parties

CHAPITRE XI.

Extension des effets de la *litis contestatio* à des personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance ou n'y ont pas été représentées

SECTION PREMIERE.

Influence de la *litis contestatio* à l'égard des copropriétaires

SECTION II.

Effets de la *litis contestatio* lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs

§ 1. Effet extinctif de la *litis contestatio* en matière d'obligations corréales

§ 2. Influence de la *litis contestatio* sur les obligations solidaires et les obligations indivisibles

A. Obligations solidaires

B. Obligations indivisibles

SECTION III.

Effets de la *litis contestatio* en matière de cautionnement

CHAPITRE XII.

De la rescision des effets de la *litis contestatio* et de leur extinction par suite de la péremption de l'instance

SECTION PREMIERE.

Rescision des effets de la *litis contestatio*

§ 1. Conditions de la rescision

§ 2. Moyens employés pour opérer cette rescision

SECTION II.

Extinction des effets de la *litis contestatio* par suite la péremption de l'instance

DEUXIEME PARTIE LA DEMANDE EN JUSTICE ET SES EFFETS EN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

La *litis contestatio* dans les textes d'origine romaine du sixième au douzième siècle

SECTION PREMIERE.

La *litis contestatio* dans la *Lex Romana Visigothorum*

SECTION II.

La *litis contestatio* dans les traités de droit romain du cinquième et du sixième siècle

SECTION III.

La *litis contestatio* dans les traités de droit romain du dixième au douzième siècle

CHAPITRE II.

L'*interpellatio* dans les coutumes germaniques

SECTION PREMIERE.

Formes de l'introduction d'instance à l'époque mérovingienne

SECTION II.

Formes de l'introduction d'instance à l'époque carolingienne

SECTION III.

Effets de l'introduction d'instance

CHAPITRE III.

La citation et la *litis contestatio* en droit canonique

SECTION PREMIERE.

Formes de la citation et de la *litis contestatio*

SECTION II.

Effets de la citation et de la *litis contestatio*

CHAPITRE IV.

L'"entamement de plet" et la litiscontestation dans la période féodale

SECTION PREMIERE.

Formes de l'"entamement de plet" et de la litiscontestation

SECTION II.

Effets de l'"entamement de plet" et de la litiscontestation

CHAPITRE V.

Lajournement et la contestation en cause du seizième au dix-huitième siècle

SECTION PREMIERE.

De l'ajournement

§ 1. De l'ajournement libellé

§ 2. De la présentation

SECTION II.

De la contestation en cause

SECTION III.

Effets de l'ajournement et de la contestation en cause

CHAPITRE VI.

La demande en justice et ses effets dans le droit actuel

SECTION PREMIERE.

Des effets de la demande

SECTION II.

Fondement juridique des effets de la demande

CHAPITRE VII.

Des conditions requises pour que la demande produise ses effets

CHAPITRE VIII.

De la date à laquelle se produisent les effets de la demande

SECTION PREMIERE.

De la citation en conciliation

SECTION II.

De la remise du mémoire au préfet

SECTION III.

De la requête à fin d'assigner

CHAPITRE IX.

Influence de la demande sur la marche de l'instance

SECTION PREMIERE.

Des effets de la demande entre les parties

§ 1. Effets communs aux deux parties

§ 2. Effets spéciaux à l'une ou l'autre des parties

SECTION II.

Des effets de la demande à l'égard du juge

CHAPITRE X.

Des effets de la demande dans les rapports du propriétaire et du possesseur

SECTION PREMIERE.

Influence de la demande sur les restitutions de fruits

SECTION II.

De l'interruption de la prescription acquisitive

CHAPITRE XI.

Des effets de la demande dans les rapports du créancier et du débiteur.

SECTION PREMIERE.

De la mise en demeure

SECTION II.

Des intérêts moratoires

§ 1. Créances qui produisent des intérêts moratoires par l'effet de la demande

§ 2. Des intérêts d'intérêts et de revenus

SECTION III.

De l'interruption de la prescription extinctive

§ 1. Effets de l'interruption

§ 2. Etendue de l'interruption

CHAPITRE XII.

Influence de la demande sur la transmission des actions attachées à la personne

SECTION PREMIERE.

La maxime *Omnēs actiones, quae morte pereunt, semel inclusae iudic* [...] *o, salvaē permanent* et son application dans le droit actuel

SECTION II.

De la transmission des actions aux héritiers.

§ 1. Des actions personnelles qui deviennent transmissibles par l'effet de la demande

§ 2. Des actions qui restent intransmissibles après la demande

SECTION III.

[...] e la transmission des actions contre les héritiers

CHAPITRE XIII.

Extension des effets de la demande à des personnes qui ne sont pas engagées dans l'instance

SECTION PREMIERE.

Effets de la demande à l'égard des créanciers ou des débiteurs solidaires

§ 1. Solidarité entre les créanciers

§ 2. Solidarité entre les débiteurs

SECTION II.

Effets de la demande en matière d'indivisibilité

SECTION III.

Effets de la demande à l'égard des cautions

§ 1. Effets de la demande dans les rapports du créancier et de la caution

§ 2. Effets de la demande dans les rapports de la caution et du débiteur principal

SECTION IV.

Hypothèses exceptionnelles où les effets de la demande s'étendent à des personnes autres que des coobligés

Positions

FIN DE LA TABLE DES MATIERES