Du "Judex unus", étude de procédure et d'organisation judiciaire romaines, en droit romain. Des administrateurs et des [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Penet, Joseph. Du "Judex unus", étude de procédure et d'organisation judiciaire romaines, en droit romain. Des administrateurs et des actes d'administration d'après le Code civil, en droit français : thèse pour le doctorat.... 1883.

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.

Bibliothèque nationale

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE GRENOBLE.

DU JUDEX UNUS

ÉTUDE
DE PROCÉDURE ET D'ORGANISATION JUDICIAIRE ROMAINES
EN DROIT ROMAIN.

DES ADMINISTRATEURS ET DES ACTES D'ADMINISTRATION

D'APRÈS LE CODE CIVIL

EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

Le 16 avril 1883

PAR

Joseph PENET

AVOCAT

GRENOBLE

F. ALLIER PÈRE & FILS, IMPRIMEURS

Grande-Rue, 8, cour de Chaulnes.

1883

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE GRENOBLE.

DU JUDEX UNUS

ÉTUDE

DE PROCÉDURE ET D'ORGANISATION JUDICIAIRE ROMAINES

EN DROIT ROMAIN.

DES ADMINISTRATEURS ET DES ACTES D'ADMINISTRATION

D'APRÈS LE CODE CIVIL

EN DROIT FRANÇAIS.

DON 37099

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

Le 16 avril 1883

PAR

Joseph PENET

AVOCAT

Lauréat de la Faculté de droit de Grenoble,
Concours de licence, 1878 : Droit romain (1er prix), Droit français (1er prix).
Concours général entre les Facultés de droit, 1878 (1er prix).

GRENOBLE

F. ALLIER PÈRE & FILS, IMPRIMEURS

Grande-Rue, 8, cour de Chaulnes.

1883

C.

8° F 7115

FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE.

MM. GUEYMARD, doyen, professeur de Droit commercial.
TROUILLER ✻, professeur de Code civil.
LAMACHE ✻, — de Droit administratif.
TESTOUD, — de Code civil.
GUÉTAT, — de Législation criminelle.
TARTARI, — de Code civil.
FOURNIER, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.
BEAUDOUIN, — — —
BALLEYDIER, — — du cours de Procédure civile.
CHRÉTIEN, — — de cours complémentaires.
RAMBAUD, chargé du cours d'Économie politique.
ROYON, secrétaire.

SUFFRAGANTS :

MM. TROUILLER, *président*.
GUEYMARD, *doyen*.
TESTOUD, *professeur*.
TARTARI, —
FOURNIER, *agrégé*.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

ERRATA.

Droit Romain.

Page 21, note 1,	au lieu de :	Gaius IV. 63,	lisez :	Gaius IV. 163.
— 31, note 1, ligne 7,	—	pouvait	—	pourrait.
— 55, note 2,	—	L. 17, D. 51,	—	L. 17, D. 5, 1.
— 55, note 4,	—	L. 58, D. 51,	—	L. 58, D. 5, 1.
— 55, note 4,	—	*ejusdem imperi*,	—	*ejusdem imperii*.
— 58, ligne 7,	—	εὐπατριδαι,	—	εὐπάτριδαι.
— 69, ligne 18,	—	*appelantur*,	—	*appellantur*.
— 71, note 1, ligne 3,	—	L. 20, D. *de jur.* 2.	—	L. 20, D. *de jur.* 2, 1.
— 75, note 2,	—	*lex Rubria* (c. 21 et 25),	—	*lex Rubria* (c. 21 et 22).
— 75, note 2,	—	au-dessous.	—	au-dessus.
— 79, ligne 16,	—	*ve negotii*,	—	*vel negotii*.
— 97, ligne 22,	—	être remplacée,	—	être remplacé.
— 103, ligne 18,	—	L. 14, pr., D., *de jud.*, 3, 1,	—	L. 14, pr., C., *de jud.*, 3, 1.
— 107, ligne 7,	—	*De peculio* 15(1)	—	*De peculio* 15. 1.
— 114, note 2,	—	Mot. I, 245 s.	—	Mo. I, 245 s.
— 120, note 1,	—	*Idée des princ.*	—	*Idee des princip.*

Droit Français.

Page 147, note 1, ligne 2,	au lieu de :	n° 24	lisez :	n° 241.
Page 148, ligne 5,	—	contrat du mariage,	—	contrat de mariage.
— 152, note 2, dern. ligne,	—	Cass. 13 ma,	—	Cass. 13 mai.
— 160, ligne 3,	—	subtitution,	—	substitution.
— 172, ligne 3,	—	aliénations,	—	aliénation.
— 183, — 4,	—	V. 191,	—	(V. p. 191).
— 199, — 25,	—	la loi du 18 juin,	—	le décret du 18 juin.
— 200, — 8,	—	appelabuntur,	—	appellabuntur.
— 201, — 8,	—	(V. 202),	—	(V. p. 202).
— 202, — 5,	—	note 1,	—	note 5, page 201.
— 204, — 25,	—	es toujours,	—	est toujours.
— 209, — 17,	—	mineur,	—	mineur émancipé.
— 213, — 5,	—	art. 987 et 987,	—	art. 986 et 987.
— 213, — 10,	—	possession provisoires,	—	possession provisoire.
— 235, — 15,	—	art. 1721,	—	1421.
— 235, note, ligne 5,	—	à l'administration,	—	à l'administrateur.

TABLE DES MATIÈRES

DU JUDEX UNUS.

Pages.

BIBLIOGRAPHIE..... 6

INTRODUCTION 8

CHAPITRE I. — **Notions préliminaires**..... 12
§ 1. — Du principe de la séparation du *jus* et du *judicum*..... 12
§ 2. — Définition et terminologie..... 16
§ 3. — Du *judex unus* hors de Rome..... 23

CHAPITRE II. — **Origine de l' « unus judex »**..... 26

CHAPITRE III. — **Nomination du « judex »**..... 39
§ 1. — Comment était nommé le *judex*..... 39
§ 2. — Parmi quelles personnes le *judex* était choisi..... 49
I. — Excuses..... 51
II. — Incapacités de droit commun ou absolues..... 53
III. — Incapacités politiques ou relatives. — *Album judicum* 56
1re Période. — De l'origine du *judex* au temps des Gracques 57
2e Période. — Des Gracques à l'avènement d'Auguste..... 61
3e Période. — De l'avènement d'Auguste à la disparition du *judex*..... 67

CHAPITRE IV. — **Compétence du « judex unus »** 71
SECTION I. — Des personnes justiciables du *judex unus*..... 71
SECTION II. — Compétence territoriale..... 74
SECTION III. — Compétence matérielle..... 76

CHAPITRE V. — **Du « judicium »**..... 89
SECTION I. — Epoque à laquelle pouvait avoir lieu le *judicium*.. 89

SECTION II. — Organisation extérieure du *judicium*..... 96
I. — Heure et lieu de l'audience..... 96
II. — Personnel judiciaire..... 97
SECTION III. — Procédure *in judicio*..... 100
SECTION IV. — *Officium judicis* et sentence..... 102
I. — *Officium judicis*..... 102
II. — Sentence..... 112
CHAPITRE VI. — **Décadence et disparition « du judex »**.. 119
CONCLUSION..... 129

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS : *Précis de dr. romain*, t. I (2e éd.), t. II, (1re éd.).

BETHMANN-HOLLWEG (B. H) : *Der roemische Civilprocess.*, t. I, II, III, 1864-66.

BONJEAN : *Traité des Actions*, 2e éd., 1841-1845.

CHÉNON : *Le Tribunal des centumvirs* (th. de doctorat) 1881.

DUPOND : *De la Constitution et des Magistratures romaines sous la république*, 1877.

IHERING : *L'Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), 2e éd., 1870.

KELLER : *Des Actions chez les Romains* (trad. Capmas) 1870.

KUNTZE : *Excurse über roemisches Recht*, 2e éd., 1880.

LANGE : *Roemische Alterthümer*, 3e éd , 1876-79.

LATREILLE : *Hist. des Instit. judic. de Rome*, t. I., 1870.

MISPOULET : *Les Institutions politiques des Romains*, t. I, 1882.

MADWIG : *Die Verfassung und Verwaltung des r. Staates*, 1881.

MARQUARDT : *Roemische Staatsverwaltung*, 1877.

MAYNZ : *Cours de droit romain*, 4e éd., 1876-77.

MOMMSEN (Mo.) : *Roemisches Staatsrecht*, 2e éd., 1876-77. Cet ouvrage forme avec le précédent de Marquardt : le « *Handbuch der roemischen Alterthümer*.

PAULY : *Realencyclopedie der class. Alterth. Wissensch*, 1852.

PUCHTA : *Cursus der Institutionen*, 9e éd., 1881.

RUDORFF : *Roem. Rechtsgesch*, 1859.

SAVIGNY : *Traité de dr. romain* (trad. Guénoux), 1840-51.

WALTER : *Gesch. des r. Rechts*, 3e éd., 1860-61.

WEIZSAECKER : *das roemische Schiedsrichteramt*, 1879.

WILLEMS : *Le droit public romain*, 4e éd., 1880.

ZIMMERN : *Traité des Actions* (trad. Étienne), 2e éd., 1846.

NOTA. — Les ouvrages indiqués dans cette bibliographie sont ceux auxquels nous avons eu le plus fréquemment recours : nous y renvoyons en indiquant simplement le nom de l'auteur ; le chiffre, qui suit le nom, est celui de la page.

DROIT ROMAIN

DU JUDEX UNUS

ÉTUDE

DE PROCÉDURE ET D'ORGANISATION JUDICIAIRE ROMAINES

« *Vera aut in deterius credita judice ab uno facilius discerni; odium et invidiam apud multos valere.* »

Tacite, *Ann.* III, 10.

Le droit et la procédure ne seraient par eux-mêmes qu'une lettre morte et un mécanisme sans utilité, si le juge ne venait leur donner la vie, le mouvement qui leur fait défaut. Étudier l'organisation judiciaire nous paraît le complément obligé de l'étude du droit, du droit romain surtout, car, si l'on a souvent (1), et fort justement signalé les liens étroits

(1) V. Keller, préface.

qui existaient à Rome entre le droit et la procédure, et plus généralement entre l'idée juridique et la forme destinée à l'exprimer, on trouve une solidarité non moins remarquable entre le droit romain et le juge qui l'interprète. Aujourd'hui, sous le titre d'une étude d'organisation judiciaire, nous croyons en conséquence présenter un travail essentiellement juridique.

Nos recherches ont été dirigées vers un point spécial de cette organisation judiciaire, l'institution du *judex unus* : il n'en est pas, croyons-nous, dans cette organisation, de plus important.

L'*unus judex* n'est pas seulement le type le plus parfait de ces juges, que l'on oppose aux magistrats dans la division des procès romains en deux instances, *jus* et *judicium*, il fut à Rome, pendant près de huit siècles, le juge civil de droit commun ; sur lui reposa, comme sur son pivot, toute l'administration de la justice : les autres tribunaux ne furent à côté de lui que des juridictions secondaires ou d'exception.

L'influence des *judices* sur le droit est incalculable : leur jurisprudence (*res judicatæ*) était elle-même considérée par Cicéron (*top.* 5) comme une des sources du droit : ils préparaient en outre, provoquaient même au besoin les réformes du préteur ; étant par leurs fonctions obligés de pénétrer dans tous les détails des affaires, vivant habituellement de la même vie que les plaideurs, ils étaient plus à même que le magistrat de se rendre compte des nécessités variables de la pratique.

Combien d'ailleurs la vie puissante de cette institution, qui sut résister pendant si longtemps à toutes les révolutions et au renversement même de la République, démontre mieux que toute autre considération son importance et ses avantages !

Nulle part, en effet, les ressources du génie romain, soit au point de vue pratique, soit même au point de vue politique, nous apparaissent d'une manière plus éclatante.

Enfin à cette étude il ne manque même pas un intérêt d'un autre ordre, une certaine couleur d'actualité : aujourd'hui, en effet, que l'on parle plus que jamais de jury civil, de juge unique, de juge élu, il est curieux d'examiner ce qu'était à Rome un juge qui résumait en lui cette triple qualité.

Malheureusement et malgré les travaux importants qui, depuis le commencement de ce siècle, ont été consacrés par les savants français et étrangers, allemands surtout (V. pour quelques-uns notre bibliographie), à l'étude de la procédure et de l'organisation judiciaire romaines, il subsiste encore sur cette institution du *judex unus* bien des obscurités, bien des incertitudes.

Quant à nous, nous nous arrêterons le moins possible à ces controverses le plus souvent sans issue, puisque de part et d'autre il faut se contenter de conjectures; nous retrancherons surtout impitoyablement tout ce qui, à notre sens, ne se rapporte pas directement au *judex* : soit à propos du droit et de la procédure proprement dite, soit sur le terrain de l'histoire ; il serait autrement trop facile de se perdre dans un exposé général du droit romain ou des révolutions romaines. Nous avons dans cette étude un but qui prime tous les autres, c'est de définir exactement les caractères du *judex unus*, la nature et l'étendue de ses fonctions, spécialement vis-à-vis du magistrat qui le nomme ; le point de vue historique sera par nous relégué au second plan, et ne nous préoccupera qu'autant qu'il peut nous servir à mettre en relief la nature du *judex*.

Heureux si notre travail peut trouver grâce devant les

maîtres éminents aux leçons et aux conseils desquels nous devons tout ce que nous savons, et à qui nous nous permettons de dédier cette étude comme un bien faible hommage de notre profonde reconnaissance!

Nous diviserons nos explications en six chapitres : I. Notions préliminaires (Principe de la séparation du *jus* et du *judicium*. — Définition et terminologie. — Du *judex unus* hors de Rome). — II. Origine du *judex unus*. — III. Nomination. — IV. Compétence. — V. Du *judicium*. — VI. Décadence et disparition du *judex*.

Cette division correspond à cette autre que nous ne donnons ici que pour indiquer la marche logique des développements : 1. Notions générales. — 2. Origine de notre institution. — 3. Ses éléments et ses caractères. — 4. Ses cas d'application. — 5. Son application. — 6. Sa décadence et sa disparition.

CHAPITRE Ier.

Notions préliminaires.

§ I. — Du principe de la séparation du « jus » et du « judicium ».

D'après un principe en vigueur à Rome sous le système de procédure des actions de la loi et le système formulaire, tout procès civil se décomposait en deux instances : le *jus*

et le *judicium*. — Le magistrat, devant lequel était porté un différend, ne le tranchait pas lui-même, il se contentait le plus souvent — à moins que la solution ne fût tellement évidente qu'elle ne pût donner lieu à aucune contestation sérieuse ou que le défendeur n'avouât son obligation — d'organiser le procès, d'en déterminer les éléments, et spécialement de fixer les questions de fait et les principes juridiques mis en présence : c'était l'instance *in jure*. Pour le surplus, pour l'examen approfondi des preuves et le prononcé du jugement, le magistrat renvoyait les parties devant un autre tribunal, devant un *juge*, dans le sens romain et très particulier du mot : cette seconde instance était l'instance *in judicio*, le *judicium*.

On appelle *judicia ordinaria* les procès dans lesquels le *jus* et le *judicium* sont ainsi séparés : on les oppose aux *judicia extraordinaria*, qui sont au contraire en entier jugés par le magistrat ; cette dernière forme d'agir en justice est encore dénommée : procédure *extra ordinem* (1). Dans le même ordre d'idées, on distingue le *jus ordinarium* et le *jus extraordinarium* (V. *infrà*).

Ce serait au surplus une grave erreur de croire que le magistrat pût arbitrairement choisir l'une ou l'autre forme de procéder : retenir à son propre tribunal une affaire ou la renvoyer devant un juge ; des règles rigoureuses étaient

(1) Quant à la locution : « *ordo judiciorum privatorum* » que l'on emploie souvent pour exprimer la forme ordinaire de procéder, avec renvoi devant un juge, nous la rejetons absolument, car nous ne la trouvons nulle part dans nos sources (Cf. Rudorff, II, § 1, obs. — Maynz, I, 489). — On aurait tort également de vouloir rattacher dans tous les cas les expressions *ordinarius*, *extraordinarius*, *secundum ordinem*, *extra ordinem* aux deux espèces de procès que nous indiquons au texte : ces expressions ont un sens beaucoup moins précis, et elles se réfèrent en général à toute règle quelconque établie ou admise, que l'on observe ou dont on s'écarte (Cf. Maynz, *eod.*).

établies sur ce point, et en principe du moins (*jus ordinarium*), sous la République et le commencement de l'Empire, le magistrat était toujours obligé de renvoyer les parties devant un juge.

C'est ainsi que l'on considérait comme une violation des principes les plus sacrés du droit le fait de quelques empereurs de ne pas se conformer à cette obligation (1). — On défendait même aux magistrats de répondre aux demandes de conseils que les juges leur adressaient sur des points de fait, pour que même indirectement ils ne parussent pas s'immiscer dans le jugement des affaires (2). — C'est pour ne pas se mettre en opposition trop flagrante avec les principes du droit civil que nous voyons le préteur, quand il créait un nouveau moyen de droit, le régler sur le modèle des *judicia ordinaria* (*actiones ficticiæ*, *in factum*). — Les preuves en ce sens abondent : Rappelons encore la *lex Rupilia* pour la Sicile (3) : certes, si un Verrès avait pu se soustraire à une pareille obligation, il n'aurait pas manqué de le faire toutes les fois que son intérêt était en jeu, et ne se serait pas contenté d'intimider les juges pour leur extorquer des jugements conformes à ses désirs (4).

Quel était le fondement de cette obligation : était-ce une loi expresse, la coutume (*mores*) égale et supérieure quelquefois à la loi écrite elle-même, ou bien les édits des magistrats (édits qui, depuis la *lex Cornelia*, en 687, devinrent obligatoires pour ceux-là mêmes qui les avaient rendus)? Sans doute tout cela réuni. — Quant à l'origine de la séparation du *jus* et du *judicium*, la question est fort obscure,

(1) Suétone, *Claud.*, 15.
(2) L. 79, § 1, D., *De jud.*, 5, 1.
(3) Cic. 2ª *in Verr.*, II, 13.
(4) Cic., *eod.*, 13 et 27. — *Adde :* Gaius, IV, 12-20, sur les actions de la loi. — L. 2, C., *De ped. jud.*, 3, 3. — L. 4, C., *De sent. et interl.*, 7, 45.

nous en traiterons dans le chapitre suivant, sur l'origine du *judex*. — Disons ici seulement que Denys d'Halicarnasse (IV, 25) paraît attribuer l'honneur de cette création à Servius Tullius.

De cette division en deux instances de tout procès civil, il suit que les Romains distinguaient deux catégories en quelque sorte parallèles et solidaires de personnes chargées du service de la justice : les magistrats préposés au *jus*, et les juges au *judicium*.

En théorie, tout magistrat romain muni de l'*imperium* pouvait exercer les pouvoirs judiciaires civils (*judicare judicarive jubere*) (1) ; mais en fait, par suite du jeu naturel des éléments de la constitution, la *jurisdictio* civile fut toujours réservée à des magistrats déterminés (2). Ce furent successivement pour la période républicaine : le roi, les consuls, les *decemviri legibus scribundis*, les tribuns consulaires (3), les préteurs, et, concurremment avec ces derniers, mais dans une sphère beaucoup plus étroite, les édiles curules (4) et les censeurs, bien que ceux-ci n'aient pas eu l'*imperium* (5). — Il faudrait encore ajouter pour cette même période les magistrats exceptionnels : l'*interrex* et le *præfectus urbi*. — Quant au dictateur, ce fut une magistrature purement militaire qui ne paraît pas avoir eu la *jurisdictio* civile, du moins en pratique (6). De même nous n'inscrivons pas dans cette liste, pas plus que nous n'inscrirons d'ailleurs dans celle des juges : les pontifes ; ceux-ci n'eurent jamais à Rome, quoi qu'on ait dit, dans l'exercice de la

(1) Cic., *De leg.*, III, 3.
(2) Mommsen, I, 186.
(3) Mo., II, 180 s.
(4) Mispoulet, I, 124.
(5) Mo , II, 458.
(6) Mo., II, 149 s.

justice purement civile, qu'un rôle de conseillers et une influence très indirecte (1). — Pour la période impériale, indiquons seulement : l'empereur, le préfet du prétoire, le préfet de la ville et les préteurs. Dans les provinces, la justice était administrée par les gouverneurs, *pro consule* ou *pro prætore ;* dans les municipes, par les *duumviri* et *præfecti jure dicundo.*

Quant aux juges proprement dits, on en distingue deux classes : les collèges permanents, *decemviri litibus judicandis* et *centumviri*, — et les simples particuliers, nommés pour une seule affaire, *recuperatores* et *judex unus.*

C'est de ce dernier que nous nous occuperons exclusivement.

§ 2. Définition et terminologie.

Le *judex unus* était donc un juge, au sens romain. En conséquence, les plaideurs n'auraient pu directement porter leurs différends devant un *judex unus*, ils étaient obligés de passer par l'intermédiaire du magistrat. — Le *judex* n'était qu'un auxiliaire, seulement, nous l'avons vu (§ 1, Séparation du *jus* et du *judicium*), un auxiliaire *obligé* du magistrat.

Si l'on voulait définir le *judex unus*, on pourrait dire que c'était « un simple particulier, — auxiliaire obligé du magistrat, — nommé par ce dernier sur le choix des parties, — et chargé, après les formalités *in jure* et l'organisation de l'ins-

(1) V. en ce sens : B. H., § 30, I, 92. — Lange, § 51, I, 370. — Kuntze, 153 s. — Marquardt, III, 304 s. — Mo., II, 45 s. — *Contra,* Magistrats: Accarias, II, n° 734. — Juges : Puchta, I, § 41, x. et y. — Ihering, § 22, I, 298 s.

tance *in judicio* — d'examiner au fond un procès civil et de rendre une sentence. »

Dans le langage du droit romain, notre juge est désigné le plus souvent sous le simple nom de « *judex* » *(jus dicere)*. Toutefois cette dénomination prêtait à équivoque, étant commune à tous les juges tant civils que criminels, commune même aux magistrats jugeant *extra ordinem*. Aussi ajoutait-on fréquemment à ce terme générique une épithète pour distinguer notre juge. L'épithète la plus caractéristique et en même temps la plus technique, celle que nous emploierons de préférence, est celle de *unus ;* il était appelé *judex unus* par opposition aux *centumviri* et aux *recuperatores* qui jugent toujours en nombre (1). C'est encore en l'opposant aux centumvirs *(judicium centumvirale)*, ainsi qu'aux juges criminels *(judicium publicum)*, qu'on l'appelle souvent *judex privatus* et son tribunal *judicium privatum ;* les deux premières juridictions formaient, en effet, comme des représen-

(1) Cfr. Cic., *Orator*. 21. — Gaius, IV, 104-109. Ce caractère d'unité du juge romain par excellence se retrouve chez le magistrat *in jure :* c'est là un des traits très particuliers de l'organisation judiciaire romaine. Les Romains ne l'avaient pas établi inconsidérément : ils estimaient que si dans un corps comme le Sénat ou dans une Assemblée législative la multiplicité des membres convenait, l'unité était au contraire une condition nécessaire pour rendre une décision juridique consciencieuse, aussi bien que pour procéder à des actes d'exécution énergiques et rapides. — Augmenter le nombre des juges, c'était en même temps à leur avis faciliter les préventions, les chances d'erreur ou de faveur : « *Vera aut in deterius credita judice ab uno facilius discerni ; odium et invidiam apud multos valere.* » (Tacite, *Ann.* III, 10.) V. également dans Macrobe, *Saturn.* II, 12, la peinture aussi burlesque qu'expressive que fait l'orateur Caius Titius d'un de ces tribunaux collectifs, sans doute des centumvirs. — Si les tribunaux criminels *(quæstiones perpetuæ)* et les centumvirs dérogeaient à cette règle romaine de l'unité dans l'organisation judiciaire, cela tenait à leur caractère politique et national. Quant aux récupérateurs, leur nombre servait bien moins à donner des garanties aux plaideurs, qu'à obtenir plus rapidement une décision par la formation d'une majorité et à activer ainsi la procédure.

tations nationales et publiques (1). Il est dit également *specialis* parce qu'il est toujours nommé pour une affaire spéciale et unique (2). — Notons encore les locutions *judex sumptus* (3), *judex addictus, datus* (4) qui font allusion au mode de nomination du *judex;* enfin, *juratus* (5), juré, pour rappeler le serment qu'était tenu de prêter le *judex* à son entrée en charge (de juger conformément aux lois et à sa conscience). — Nous expliquerons plus loin l'expression *judex pedaneus*, que l'on a, erronément à notre sens, appliquée à notre juge unique pour la période formulaire.

Un seul nom nous arrêtera ici, celui d' « *arbiter* » — L'*arbiter* est-il un juge spécial, comme on le prétend souvent, distinct du *judex unus*, et par conséquent à ajouter à la liste donnée plus haut ? — Ou bien n'est-ce qu'un nom nouveau pour désigner notre *judex ?*

Les controverses élevées sur cette question ont pour point de départ, croyons-nous, une confusion de termes. Si, en effet, il est fréquemment parlé dans nos sources d'*arbiter, arbitri, arbitrium*, il s'en faut que ces expressions désignent toujours la même personne. On trouve à Rome au moins quatre sortes d'*arbiter :*

D'abord l'arbitre proprement dit, au sens juridique du mot (*arbiter compromissarius, ex compromisso*) dont parlent le Digeste et le Code au titre *De receptis* (D., 4, 8; C., 2, 56). — A Rome, plus souvent encore que de nos jours, pour mettre fin à quelque difficulté, sans passer par les voies judiciaires,

(1) Cic., *De or.*, I, 38 s. — Frag. Vat., 197, 198.
(2) L. 4, D., *De off. præt.*, 1, 14.
(3) L. 21, pr. D., *Quod vi*, 43, 26.
(4) Cic., *2 in Verr.*, II, 13. L. L. 46, 80, 81, D., *De jud.*, 5, 1. — Il faut se garder de confondre ce *judex datus* avec le *judex datus extra ordinem* (Aulu-Gelle, XII, 13) dont nous parlerons plus tard.
(5) Cic., *De off.*, III, 10 ; *pro Quintio*, 20.

on recourait à un homme sage et expérimenté, à la décision duquel on se soumettait par avance : c'était le compromis. Cet *arbiter* évidemment ne se confond pas avec notre juge unique, malgré quelques traits communs ; et bien que certains textes le qualifient lui aussi de « *judex* », ce n'est pas davantage un juge au sens propre ; il n'est pas nommé par le magistrat et sa sentence n'est pas une *res judicata* (1).

Rien de commun non plus entre un juge et une seconde classe d'*arbitri* : ceux-ci, il est vrai, nommés par le magistrat, mais sans le concours des parties, ni instruction préalable ou procédure *in jure*, dans le seul but de venir en aide à ce magistrat jugeant *extra ordinem* : pour élucider, par exemple, certaines questions techniques ou intriquées. Ainsi, en cas de demande d'aliments pour calculer les besoins et les ressources des parties (2) ; en cas de *stipulationes prætoriæ* pour s'assurer de la solvabilité des cautions offertes (3). Ces *arbitri* ne rendent pas de sentence proprement dite, ce ne sont pas des juges, ce sont des commissaires du magistrat ou des experts.

Nous ne mentionnons que pour mémoire l'arbitre du langage littéraire et courant, qui n'est tenu d'aucune obligation juridique ; ainsi, l'*arbiter honorarius* de Cicéron (*de fato.*, 17).

Nous arrivons maintenant à une quatrième classe d'*arbiter* que l'on a confondue souvent avec les précédentes — c'est à cette confusion que nous faisions allusion tout à l'heure — et qui pourtant s'en distingue profondément. Celui-ci est un juge en effet ; il est nommé exactement dans les mêmes conditions que le *judex unus ;* un grand nombre de textes en

(1) Paul, *Sent.* V, 5 *a*, § 1.
(2) L. 5, § 25, D., *De agn. et al. lib.* 25, 3.
(3) L. 9 et 10, D., *Qui satisd.*, 2, 8.

parlent, surtout pour la période ancienne du droit romain, et sa nature est bien certaine. — Sommes-nous donc en présence d'un nouveau juge à inscrire à côté du *judex* et des *recuperatores* ?

On l'a soutenu (1) et l'on s'est ingénié à trouver entre le *judex* et l'*arbiter* des différences caractéristiques.

Pour nous, nous croyons que ces différences n'existent pas et que les textes dans lesquels on a cru les reconnaître se rapportent tous à quelque autre classe d'*arbitri*. Voyez notamment Senèque, *De benef.*, III, 7, sur lequel Savigny s'appuie et qui s'occupe manifestement ou de quelque *arbiter honorarius* du genre de celui indiqué par Cicéron, ou tout au plus d'un *arbiter compromissarius*. Cf. Puchta, I, § 154, dd. — Nous reconnaissons, il est vrai, que l'on donnait volontiers, dans les premiers temps de Rome, le nom d'*arbiter* au *judex* dont les pouvoirs étaient, à un certain point de vue, moins stricts, plus souples (2), — de là les expressions *arbitria* et *arbitrariæ formulæ*, — mais cet *arbiter* n'en restait pas moins un *judex unus*, présentant exactement tous les caractères que nous avons indiqués dans notre définition (3). Somme toute, le *judex unus* n'était que l'interprète et

(1) Cf. Savigny, V, 112 s. et 615 s.; Pauly, v° *Arbiter*, article de Rein. Adde : Keller, 17 et 26; Maynz, I, 192, n. 41 et 43.

(2) Les fonctions du *judex* se rapprochaient alors davantage de celles de l'*arbiter compromissarius*. Cf. cependant Cic, *De off.*, III, 17, *In his magni esse judicis statuere....quid quemque cuique præstare oporteret* : Cicéron emploie simplement l'expression *judex* (*sc. unus*) et non *arbiter* bien qu'il s'agisse ici d'*actiones bonæ fidei*. V. également *infra* : *judicis postulatio*, etc.

(3) Pourtant dans certains passages, la plupart empruntés aux XII Tables, il est question de *tres arbitri* nommés par le magistrat (V. par ex. Festus, v° *vindiciæ*. — Cic., *De legib.*, I, 21. — Cic., *top.* 9). Faut il en conclure qu'à la différence du *judex* qui siégeait toujours seul, il pouvait y avoir plusieurs *arbitri* juges ? Nous ne le pensons pas. En effet, tous les documents qui se rapportent à des temps moins anciens et plus connus parlent d'un seul *arbiter* ; et, si l'on veut à ce point de vue établir une distinc-

l'exécuteur des lois ; la loi était-elle stricte, rigide, formaliste, les décisions du *judex*, sa manière de procéder devenaient également formalistes, strictes et rigides ; la loi, au contraire, était-elle plus large, le juge suivait la même direction. — Dans ces différents cas, tout se passait en dehors du *judex*, objectivement et non pas subjectivement, la loi changeait, mais l'interprète, le juge restait le même. De là l'expression « *arbitrium judicis* » que nous rencontrons dans les textes (1) et qui, dans l'autre opinion, devient incompréhensible. — Au surplus, dès les temps les plus anciens, nous voyons les mots *judex* et *arbiter* employés l'un pour l'autre. Ainsi, une des plus anciennes *legis actiones*, — contemporaine ou à peu près de l'*actio sacramenti*, et qui a, de l'avis de tous les auteurs, précisément pour objet les causes

tion entre les différentes époques, c'est en vain que l'on chercherait dans les XII Tables ou ailleurs la règle qui détermine quand il faut un seul *arbiter*, quand plusieurs ; — il serait en outre totalement impossible d'indiquer à partir de quelle date, par quelle loi et pour quel motif la pluralité des *arbitri* fut tout à coup abandonnée. — Selon nous, dans ces passages il ne s'agit en aucune façon de nos *arbitri*, de ceux que nous assimilons au *judex unus* : ces *tres arbitri* ne sont même pas des juges au sens propre du mot. Prenons le texte le plus catégorique de ceux énumérés plus haut, celui que Festus v° *Vindiciæ* emprunte à la XII[e] Table : « *Si vindiciam falsam tulit,... si velit is* (ou bien *sive litis...*, *Prætor arbitros tres dato ; eorum abitrio... fructus duplione damnum decidito.* » Nous voyons par le mot « *decidito* » — qui aussi bien que « *dato* », se rapporte au magistrat, le consul sans doute (*prætor* est une expression générique), — que ce ne sont pas ces *tres arbitri* qui sont chargés de rendre la sentence, de condamner au double, mais bien le magistrat : — les *tres arbitri* ont pour seule mission de faire l'estimation des fruits, etc., — ils jouent ici exactement le rôle que nous avons assigné à la seconde classe d'*arbitri* (V. p 19) : ce sont des experts et non des juges. — Au reste, à Rome la terminologie judiciaire n'avait rien d'absolument rigoureux et il est très possible que cette expression *arbitri* désignât quelquefois les *recuperatores*, qui eux siégeaient toujours plusieurs. Cf. César, *Comm.* V, 1 : « *Arbitros inter civitates dat, qui litem æstiment pœnamque constituant* ».

(1) Gaius, IV, 63. — Inst., IV, *De act.*, 6, § 31.

dans lesquelles le juge a les pouvoirs d'appréciation les plus larges, — s'appelait *judicis postulatio* (1), et nullement *arbitri postulatio* (2). Et plus tard, sous le système formulaire, par quelle locution commençait la formule ? « *Judex esto* », jamais « *arbiter esto* », tandis qu'au contraire on disait « *recuperatores sunto.* » C'est également l'expression *judex* que nous rencontrons uniformément dans le corps de la formule (3). — C'est ainsi encore que Gaius (IV, 105) oppose simplement les *judicia recuperatoria* aux *judicia quæ sub uno judice accipiuntur*.

Enfin, la confusion entre ces deux termes était telle qu'au temps de Cicéron les jurisconsultes eux-mêmes ne savaient pas s'il fallait dire « *arbiter* » ou bien « *judex* », *[judicem an arbitrum]* pour désigner notre juge unique. Cicéron se moque même agréablement à ce sujet de la subtilité des jurisconsultes : « *Quum permulta præclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt* (4). »

(1) Gaius, IV, 12.

(2) Dans la formule que nous a laissée Valerius Probus et qui se rapporte sans aucun doute à cette *legis actio* « *arbitrum judicemve postulo uti des* », nous trouvons il est vrai le terme de *judex*, rapproché de celui d'*arbiter*, mais ce rapprochement est une preuve de plus que ces deux expressions au fond s'équivalaient et pouvaient s'appliquer toutes deux au juge investi des pouvoirs étendus de la *judicis postulatio*. — Cfr., Henriot, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*, II. 6; les poètes latins parlent souvent des juges romains : du *judex*, des *recuperatores*, des centumvirs; jamais de l'*arbiter*.

(3) Gaius, IV, 47.

(4) Cic., *pro Murenâ*, 12. Cependant dans un autre passage (*pro Roscio com.*, 4), Cicéron parait, par la plus inouïe des contradictions, vouloir subtiliser à son tour et établir une distinction nette et tranchée entre le *judex* et l'*arbiter* : mais l'argument que l'on veut tirer de ce texte perd singulièrement de sa valeur, quand on tient compte de l'exagération naturelle aux formes oratoires et surtout quand on considère que très probablement l'*arbiter*, dont il est ici question, est un *arbiter compromissarius* et non plus du tout un *arbiter* dans le quatrième sens que nous

A partir de la fin de la République, le terme de *judex* resta seul en usage.

Tenons donc pour certain que *arbiter* ne fut jamais, au fond, qu'une simple dénomination du *judex unus*, — donnée à celui-ci en souvenir sans doute des origines de notre juge (V. p. 36), ou bien encore à raison de sa ressemblance avec l'*arbiter compromissarius* (V. p. 20, note 2, et p. 40).

§ 3. — Du « judex unus » hors de Rome.

Quelques indications rapides suffiront sur ce point particulier et très obscur ; nous les plaçons dans notre premier chapitre pour n'avoir plus à nous en préoccuper dans la suite d'une étude qui doit être en entier consacrée au *judex unus* à Rome.

Notre *judex* est par essence un juge de Rome ; — on peut seulement se demander si les Romains transportèrent cette institution dans les pays qu'ils avaient soumis à leur domination.

Malheureusement, sur l'organisation judiciaire hors de Rome, nous rencontrons un véritable chaos de lois, de règlements, d'édits et autres documents législatifs plus ou moins

avons indiqué. V. en ce sens et pour les arguments : Baron, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1880. Partie romaine, p. 118 s. — Au surplus voulût-on même voir dans ce passage un *arbiter*-juge, on peut dire que Cicéron lui-même ne se place qu'au point de vue objectif, au point de vue de la loi à interpréter, loi choisie par les parties ; mais de ce que le *judex unus* s'appelle fréquemment (mais non certes toujours) *arbiter* quand il s'agit de juger « *quantum æquius melius* », il ne s'ensuit pas que dans ses éléments constitutifs et intrinsèques l'*arbiter* diffère du *judex* : ainsi, chez nous, une chambre d'un tribunal ou d'une cour d'appel peut siéger tantôt au civil, tantôt au correctionnel, tantôt même au commercial, la loi, les principes juridiques à suivre varient, les juges restent les mêmes.

disparates et encore aujourd'hui très mal connus, au milieu desquels il est à peu près impossible de faire la lumière.

Ce n'est donc pas sans beaucoup d'hésitation que nous résumons la situation de la manière suivante :

1° Dans les colonies, municipes, préfectures (variété de municipes), les instances judiciaires — ainsi d'ailleurs que toute l'administration, — étaient organisées, en général, comme à Rome. Une inscription trouvée à Este, en 1880 (1), témoigne, en particulier, qu'à la fin du septième siècle (*urb. cond.*), les *judices* et *recuperatores* y étaient connus ; il paraît même résulter d'une inscription célèbre du musée de Narbonne que les modifications apportées par Auguste à l'organisation judiciaire de Rome et spécialement aux *decuriæ judicum* furent étendues aux colonies (2) ;

2° Dans les provinces, les juges devant lesquels renvoyaient les gouverneurs étaient le plus souvent des *recuperatores* (3) ; — par exception cependant, nous dirions presque par privilège, ce pouvait être un *judex unus* ex. en Sicile (4); mais seulement, à ce qu'il paraît résulter des Verrines, quand un citoyen était impliqué dans l'affaire, soit comme demandeur, soit comme défendeur. — Généralement les juges étaient pris parmi les citoyens romains en résidence au lieu où le gouverneur rendait la justice (*conventus*) — rarement et par une faveur particulière, soit de la *lex provinciæ*, soit de l'*edictum provinciale* (5) ils étaient pris parmi les provinciaux, compatriotes des plaideurs. — La Sicile, — une des premières conquêtes des Romains et celle qu'ils

(1) *Studi e documenti di storia e diritto*, II, 5.

(2) Orelli, 2489, Cf., *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, novembre 1881; *Les juges plébéiens de la colonie de Narbonne*, par Ed. Cuq.

(3) Cic , *2 in Verr.*, II, 16, 28, 65 et *passim*.

(4) Cic., *eod.*, 13.

(5) Cic., *eod* et *ad Att.*, VI, I, édit de Cicéron, proconsul en Cilicie.

traitèrent le moins durement, — jouissait même, sur ce point, d'avantages exceptionnels. Quand un procès s'élevait entre un citoyen romain et un Sicilien, le juge. un *judex unus*, était toujours de la nationalité du défendeur : Sicilien, par conséquent, quand le défendeur était Sicilien (1).

Toutefois quelle était la valeur de tous ces règlements *(lex provinciæ, edictum provinciale)* en présence du tout puissant arbitraire des gouverneurs de province? « *Hæc omnia..... non modo perturbata, sed plane... erepta sunt* », dit Cicéron, en parlant de Verrès (2) ; et les Verrès n'étaient pas rares à cette époque.

En somme, croyons-nous, il n'y avait de *judex unus*, avec tous les caractères que nous avons indiqués, qu'à Rome. Ailleurs, du moins dans les provinces, cette institution ne se rencontre qu'à l'état d'exception et le plus souvent défigurée ou paralysée par l'arbitraire gouvernemental (3).

(1) Cic , *2 in Verr.*, II, 13.

(2) *2 in Verr.*, II, 12. — Cicéron dit encore quelques lignes plus loin (*eod.*, 13, *in f.*) *Quantam potestatem habuerit, videtis; quas res gesserit, cognoscite.* — Certains empereurs s'efforcèrent cependant de remédier à ces abus de pouvoir (Cf. L. 4, C., *De sententiis*, 7, 45, d'Alexandre Sévère.)

(3) Nous ne parlons pas des *civitates fœderatæ* ou *liberæ* qui conservaient leurs anciens tribunaux et échappaient à l'action du gouverneur de la province (Cf. *Plebiscitum de Termessibus*, I, 9, *Corpus ins. lat.*, I, nº 204).

CHAPITRE II.

Origine de l' « unus judex ».

Au milieu des ténèbres épaisses qui enveloppent les origines de la constitution romaine, bien des points sont encore restés impénétrables à la science moderne ; de ce nombre paraît être l'origine du *judex unus*. Dans le très petit nombre de textes qui nous sont parvenus sur ce point la plupart n'offre à la critique historique et juridique que peu de garantie ; beaucoup se contredisent.

La question de l'ordre chronologique dans lequel les différents juges firent successivement leur apparition à Rome vient encore compliquer le problème. Il ne suffirait même pas, en effet, de déterminer avec certitude à quelle époque précise fut introduit à Rome le fameux principe de la séparation du *jus* et du *judicium*, encore faudrait-il prouver que ce juge devant lequel les parties doivent être renvoyées est bien le *judex unus* et non quelqu'un des autres juges que nous avons énumérés plus haut.

Quant à nous, nous circonscrirons le plus possible nos observations, et dans cette question si ardue d'origine nous viserons exclusivement le *judex*.

Un point tout d'abord paraît acquis : le *judex unus* est d'origine romaine. Cette double instance, cette élection par les parties, cette unité de juge ; autant de traits qui font du *judex* une création vraiment originale. Rappelons que le *judex unus* était à Rome le juge par excellence. Il n'y avait

de *legitimum* de justifié directement par les lois que le procès (*judicium*) organisé sous ses auspices (1). Cette situation prépondérante du *judex* dans l'organisation judiciaire romaine, la durée inouïe de son existence nonobstant les révolutions et les bouleversements de tout genre, son influence sur le développement général du droit, toutes ces circonstances ne sont-elles pas encore la preuve que cette institution avait ses racines au plus profond du génie romain ?

C'est donc à Rome seulement qu'il nous faut chercher la naissance du *judex*.

Voyons d'abord ce que disaient sur cette question les anciens :

Denys d'Halicarnasse, dont l'érudition n'est jamais en défaut, nous donne, dans ses « *Antiquités romaines* », beaucoup de renseignements. D'après cet historien, Romulus aurait déjà confié à des sénateurs le jugement de certaines affaires (ἀδικήματα) (2) surtout des affaires de moindre importance ou dont l'examen exigeait de trop longues recherches (II, 14 et 29). Peut-être est-ce à raison de ces fonctions accidentelles que Denys, quelques lignes plus haut (II, 9), compte parmi les attributions des patriciens (εὐπάτριδες) les fonctions judiciaires (δικάζειν). — Quoi qu'il en soit, Romulus agissait ainsi selon son bon plaisir, ses convenances personnelles et les délégations n'avaient rien de régulier. — Il était réservé à Servius Tullius de donner à ce procédé son véritable caractère, en le rendant obligatoire, et en même temps de le généraliser. Servius, d'après Denys (IV, 25), non content de réduire l'autorité du Sénat et la puissance des patriciens, voulut

(1) Gaius, IV, 104.

(2) Malgré l'autorité de M. Accarias, II, 733 a, note 4, nous croyons que l'expression « ἀδικήματα » a, dans la langue de Denys, un sens absolument général et ne se réfère pas seulement aux affaires criminelles. Comp. en effet l'autre texte de Denys, IV, 25.

enlever à la royauté elle-même une partie de ses pouvoirs. Dans ce but, il sépara les affaires criminelles des affaires civiles, et tandis qu'il se réservait les premières, il institua pour juger les secondes des juges privés (ἰδιώτας δικαστὰς), donnant en même temps à ces derniers des règles à suivre dans l'exercice de leurs fonctions. Nous soulignons avec intention les mots ἰδιώτας δικαστὰς, car ils nous paraissent être la traduction littérale de « *privatos judices* »; or, nous savons que cette expression *judex privatus* est une des dénominations les plus caractéristiques du *judex unus* (1).

Il paraît donc résulter des différents passages de Denys — autant qu'il a été possible de les concilier, — que le *judex unus* est une création de Servius Tullius.

Malheureusement cette affirmation de Denys est contredite par les autres historiens des origines de Rome ; tous sont d'accord pour reconnaître que sous les rois il n'y avait pas de juges proprement dits, que les rois se chargeaient eux-mêmes et eux seuls de rendre la justice ; pas un mot de la réforme prétendue de Servius. V. notamment Pomponius, dans L. 2, § 1., D , *De orig. jur.*, 1. 2, et Cicéron, *De republicâ*, V. 2. Le langage de ce dernier est net et précis : « *Nec vero quisquam privatus erat disceptator, aut arbiter litis ; sed omnia conficiebantur judiciis regiis* ». *Privatus*

(1) C'est donc bien à tort selon nous que l'on a prétendu que Denys voulait parler ici du tribunal des centumvirs (Niebuhr, *Hist. rom.*, trad. Golbéry, II, 168 s. — B. H., § 23, I, 56 s.) et de celui des décemvirs ; les expressions *judex privatus, judicium privatum* s'opposaient au contraire aux *centumviri* et *judicium centumvirale* (Cic., *De or.*, I, 38 s. — Pline, *Ep.* VI, 33. — Quintil., *Inst. or.* V, 10, 115). — Au surplus, nous serions très volontiers d'accord avec Niebuhr et Bethmann-Hollweg quant à la controverse elle-même sur l'époque d'origine du tribunal des centumvirs; nous admettrions que ce tribunal est effectivement contemporain des réformes de Servius, il en porte tous les caractères, — mais nous contestons absolument qu'on puisse étayer cette opinion sur le texte précité de D. d'H., ce texte fournirait bien plutôt un argument contraire.

disceptator aut arbiter litis : n'est-ce pas précisément à notre *judex privatus* que Cicéron fait allusion ? Il est inutile, au reste, de faire remarquer combien en ces questions d'origine de la constitution romaine l'autorité de Cicéron est supérieure à celle du Grec et du rhéteur Denys, dont l'érudition impudente et la crédulité bien connue suffiraient par elles-mêmes à jeter le doute sur ses déclarations (1).

Et d'ailleurs, — abstraction faite de la difficulté avec laquelle on arrive à concilier les passages précités de cet auteur, — l'affirmation telle quelle, que nous en avons tirée, est elle-même infirmée par un nouveau texte de Denys (X, 1), dans lequel il est dit que « les consuls avaient pour un an toutes les attributions des rois et entre autres la connaissance de toute espèce de litiges » (τοῦ δικαίου διάγνωσις, τὰ δικαία διαιρεῖν sont des locutions très générales).

Enfin, sur tous ces points, aucun fait précis, des généralités, des affirmations sans preuve, rien de plus : cela ne peut suffire à la critique historique. Comment, du reste, Denys aurait-il pu nous fournir en ces matières des renseignements dignes de foi, puisqu'à l'époque où il écrivait, c'est-à-dire quelques années avant notre ère, il n'existait déjà plus à Rome, en dehors de quelques débris informes ou sans importance, de documents authentiques pour la période royale ? Les annales des pontifes, brûlées dans l'incendie de Rome, n'avaient été reconstituées que pour le temps postérieur à la création du tribunat. Quant aux temps antérieurs, les historiens qui précèdent Denys et dont Tite-Live s'inspire, n'avaient rien découvert de relatif à cette prétendue révolution judiciaire de Servius ; il est invraisemblable que Denys ait été plus heureux !

(1) Cf. Taine, *Essai sur Tite-Live*, 47.

Laissons donc Denys à son imagination et essayons avec des autorités plus sérieuses et des renseignements plus précis de reconstituer, s'il est possible, cette histoire obscure de la naissance du *judex.*

Un point que nous considérons dès l'abord comme établi surabondamment par tous les précédents développements, c'est que le *judex unus* (nous ne parlons pas, bien entendu, des tribunaux permanents) ne fut pas constitué sous les rois. Les consuls héritèrent, en cela comme pour tout le reste, des pouvoirs royaux : ils rendirent la justice sans entrave ni auxiliaire obligatoire : — nous ne voulons pas approfondir la question de savoir s'il y aurait ici une restriction à faire quant aux questions de propriété quiritaire, qui ressortissent au tribunal des centumvirs. — La juridiction exclusive des consuls est directement attestée, sans parler du texte précité de Denys (X, 1), d'abord par cet ancien nom fort significatif de « *judices* » que les consuls portèrent à l'origine (1) et qui au contraire ne fut jamais, sous la République, attribué aux préteurs, — et en outre par les divers textes où il est parlé de la sévérité de certains consuls dans l'exercice de la justice, notamment en matière de dettes : on ne comprendrait pas des plaintes aussi vives à ce sujet, si les consuls s'étaient contentés d'organiser l'instance et n'avaient pas eux-mêmes jugé au fond (2).

D'un autre côté, notre *judex* existait certainement à l'époque des XII Tables : c'est ce qu'atteste ce passage rapporté par Aulu-Gelle (XX, 1) et que les interprètes (3) attribuent à la Table IX. — « *Judex arbiterve jure datus, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite punialur.* »

(1) V. *supra*, Varron, *De ling. lat.*. 6, 88. — Cic., *De legibus*, III, 3.
(2) Cf. Tite-Live, II, 27.
(3) V. Kuntze, 149.

Cette disposition était même considérée par les jurisconsultes romains comme une des plus dures de l'ancienne législation (1).

C'est donc dans cette période de soixante ans environ, qui s'étend entre la chute de la royauté et la rédaction des XII Tables (244-303), qu'il nous faut chercher la date de la création du *judex.*

Appelons à notre aide quelques-uns de nos souvenirs sur l'histoire intérieure de Rome. — Pendant la courte période de soixante ans, dont nous venons de parler, la lutte entre les patriciens et les plébéiens, qui résume toute l'histoire intérieure de la République, passa par diverses phases : la première, la seule dont nous voulions parler, se termine à la retraite de la plèbe sur le Mont-Sacré, vers 260.

Après la révolution tout aristocratique qui renversa les Tarquins (244), les patriciens se partagèrent les dépouilles royales : ils accrurent notamment leurs richesses de tout ce qu'ils enlevèrent sous une forme plus ou moins déguisée au domaine royal. — Pendant ce temps, les plébéiens, gens pauvres pour la plupart, voyaient leur misère s'augmenter encore par suite des guerres continuelles qui les empêchaient de cultiver leurs terres ou détruisaient le produit de leur travail : bientôt, conséquence nécessaire, vint s'abattre sur cette partie de la population ce terrible fléau des dettes,

(1) Comp. pour d'autres arguments : Accarias, II, 812, n. 2. — Ajoutons que les consuls ne portaient plus, et depuis longtemps semble-t-il, à l'époque des XII Tables, le nom de « *judices* », c'est ce qu'atteste Tite-Live, III, 55; toutefois dans ce texte l'expression « *nondum* » (pas encore) est inexacte : car si les consuls avaient été nommés « *judices* » après les XII Tables, à une époque où le *judex arbiterve*, le juge proprement dit était déjà institué, on ne pouvait comprendre comment les préteurs, succédant aux mêmes pouvoirs de juridiction, n'auraient pas hérité en même temps de ce nom (Cf. Mo., II, 74, n. 1).

cause de tant de révolutions dans l'antiquité (1). On est véritablement ému en lisant dans les historiens latins l'effrayante peinture des souffrances endurées à cette époque par ce peuple de débiteurs qu'une législation barbare livrait à la merci d'âpres créanciers (2). — Jamais peut-être il n'y eut à Rome de crise économique aussi violente. — Mais — et c'est sur ce point que nous appelons l'attention — ce qui rendait la situation des débiteurs encore plus intolérable, ce qui les surexcitait par-dessus tout, c'était la dureté dont les consuls-juges faisaient preuve dans l'administration de la justice vis-à-vis de ces malheureux débiteurs : « *Appius... quam asperrime poterat, jus de creditis pecuniis dicere* », nous dit Tite-Live, II, 27. Appius Claudius (consul vers 258) et ses collègues, obéissant à de vieilles rancunes de races, voulaient, par l'excès des rigueurs, étouffer les plaintes de la plèbe. On vit quelquefois la foule exaspérée intervenir au moment où l'on traînait devant le consul un misérable débiteur, couvrir de ses clameurs le prononcé du jugement et s'opposer à l'exécution (Tite-Live, *eod.*).

Ce procédé de la part des magistrats contribua dans une très large mesure à l'explosion finale et notamment à la retraite de la plèbe sur le Mont-Sacré (3).

Peu nous importe d'ailleurs de savoir exactement en quoi consista cette retraite : à ce moment, cela est certain, des réformes très importantes furent réalisées au profit de la plèbe dans l'ordre social et économique. Quelles furent ces réformes ? Elles sont assez peu connues (4) : le tribunat fut constitué, tout ou partie des dettes furent supprimées, etc.

(1) Cic., *De repub* , II, 33, 34.
(2) Cf. Tite-Live, 23.
(3) Cf. Cic., *De repub.*, II, 34.
(4) Duruy, *Histoire des Romains*, I, 152.

— Ne faut-il pas ajouter : on divisa les procès pour dettes en deux instances, et l'on décida que les consuls seraient tenus, pour l'examen du fond et le prononcé du jugement, de renvoyer les parties devant un simple particulier faisant fonction de juges?

Sur ce dernier point nous manquons d'indication précise; en conséquence, il est impossible de rien affirmer : toutefois il paraîtrait singulier, nous disons plus, il serait invraisemblable que la plèbe n'ait pas demandé alors des garanties contre l'arbitraire, la partialité et la cruauté des magistrats. — Le tribunat lui-même, avec son droit d'*intercessio*, offrait une protection insuffisante : on connaît les débuts modestes de cette magistrature ; l'*intercessio* était en outre un remède trop incertain et trop extraordinaire pour qu'il pût entrer, dès l'origine du moins, dans le jeu régulier d'une organisation judiciaire ; enfin, ce n'était après tout qu'un remède en quelque sorte négatif (1), qui, bien loin d'amener entre les créanciers et les débiteurs quelque solution équitable et conciliatrice, n'aurait fait qu'envenimer davantage les situations. — La création du *judex* répondait au contraire merveilleusement aux circonstances, et remplissait toutes les conditions.

Nous le croyons donc fermement : c'est à cette époque qu'il faut placer l'origine du *judex unus* (2).

(1) Mo., I, 274 s.

(2) D'après nous le *judex unus* aurait donc été institué en faveur de la plèbe. — Peut-être nous objectera-t-on que les *judices privati* étaient pris sous la république parmi les sénateurs (V. p. 57). — Nous répondrons tout d'abord qu'il n'est pas impossible que cette règle, quant au choix du *judex*, n'ait été établie que dans la suite, peu à peu, par l'usage et les édits des consuls, préteurs ou autres magistrats patriciens; de plus, — nous ne saurions trop le faire remarquer, — notre institution du *judex* n'était pas dirigée à proprement parler contre les patriciens, comme ordre, mais contre la toute puissance des *magistrats*, et on comprendrait

Ce que Gaius, IV, 15, nous dit de la loi *Pinaria* nous fournit en ce sens une nouvelle preuve. Cette loi, d'une date très rapprochée de la retraite sur le Mont-Sacré, 267 ou 282 (1), si elle ne fut pas la loi créatrice du *judex unus* (2), — ce qui pourrait fort bien se concilier avec notre système général, — fut tout au moins une des lois en quelque sorte organiques de notre institution (3) : or il résulte de l'ensemble du § 15 de Gaius, que cette loi fut rendue précisément pour les actions *in personam*, intentées suivant les formes de la *legis actio sacramenti* et dont l'objet était une somme d'argent inférieure à mille as (4) : la grande majorité des dettes des plébéiens devaient rentrer dans cette catégorie.

même à la rigueur, que, par esprit de conciliation, les plébéiens aient consenti en 260 à ce que les *judices* fussent pris, même exclusivement, parmi les patriciens; nous verrons en étudiant les modes de nomination du *judex* que cette concession aurait été loin d'entraîner les inconvénients qu'on serait disposé à lui attribuer. Mais de fait, ce sont les sénateurs qui fournissaient les juges et non pas les patriciens : or le sénat était un corps mixte, dans lequel, dès la royauté, selon d'autres depuis les premiers consuls (Tite-Live, II, 1), avaient été introduits des plébéiens (*Secus* : Willems, *le Sénat de la république romaine*, I, p. 30 s.); à raison même de sa composition, il était loin d'inspirer aux plébéiens la même défiance que l'ordre des patriciens, d'autant mieux que sa position dans l'État l'obligeait lui-même à réagir quelquefois contre l'autocratie des magistrats et à maintenir un certain équilibre entre les divers ordres. Remarquons même, — et ce serait là une nouvelle considération à ajouter en faveur de notre système sur l'origine du *judex*, — que précisément au moment de la retraite sur le Mont-Sacré, ce fut le sénat, représenté par trois de ses membres, — dont le célèbre Menenius Agrippa, — qui, par sa sagesse, sa modération, amena un rapprochement entre les plébéiens et les patriciens (Tite-Live, II, 32) ; il n'y aurait donc rien eu qu'un témoignage de très naturelle reconnaissance à ce que les plébéiens aient consenti à prendre leurs juges dans le sein du sénat.

(1) Rudorff, I, § 43. — La date 322 qu'on indique encore nous paraît moins probable.

(2) Rien ne démontre encore que l'on ne doive pas combler la lacune du § 15 de Gaius par « *nondum* » au lieu de « *statim* ».

(3) Cf. Gaius, IV, 15, 18.

(4) B. H., § 24, n. 23.

On peut également rapporter à cet événement la phrase bien connue de Cicéron : « *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset* » (*pro Cluentio*, 43).

Il n'est pas jusqu'au texte de Denys (IV, 25), que nous avons tout à l'heure si fort combattu, dont nous ne puissions nous prévaloir. Si, en effet, nous ne sommes pas de l'avis de Denys quant à l'époque de la création du *judex privatus*, nous acceptons au contraire sans réserve ce qu'il nous dit du motif qui présida à cette création, — il n'y a entre ces deux propositions de Denys rien d'indivisible — : le *judex* ne fut pas institué pour diminuer la puissance du sénat ou des patriciens, mais pour faire échec au pouvoir royal lui-même, pouvoir dont étaient investis les consuls au moment de la retraite de la plèbe. L'argument ne manque pas de force, car si Denys était réduit, quant à la date d'origine, à laisser un libre cours à son imagination, il pouvait, quant au motif, s'inspirer de l'esprit général de l'institution, telle qu'elle existait encore de son temps.

Et maintenant, si nous parcourons l'histoire de Rome pour les temps qui suivirent la retraite sur le Mont-Sacré, nous ne retrouvons plus les mêmes lamentations et réclamations de la plèbe contre la rigueur des magistrats dans l'administration de la justice. — Bien plus, ce qui tendrait encore à démontrer que la révolte des plébéiens-débiteurs était dirigée beaucoup moins contre les créanciers et la loi sur les dettes que contre les magistrats-juges et l'interprétation de cette loi, c'est que, plus tard, ces plébéiens ne s'opposèrent nullement à ce que, dans la loi des XII Tables, on conservât les dispositions rigoureuses de l'ancienne législation contre les débiteurs insolvables.

On se demande peut-être à quelle source les Romains puisèrent les éléments de cette institution.

On peut répondre, croyons-nous, que les Romains s'inspirèrent de la pratique journalière des habitants de Rome.— Dans la Rome ancienne, en effet, comme chez tous les peuples qui commencent, le fonctionnement de la justice, surtout de la justice civile, devait être imparfaitement assuré; le gouvernement, absorbé par les guerres, les questions extérieures ou d'intérêt public, négligeait tout ce qui n'intéressait que les particuliers (1). Pour suppléer à l'intervention de l'autorité publique, il fallut donc recourir au système d'arbitrage : l'*arbiter ex compromisso*, le compromis prirent alors une importance extrême. C'est précisément sur le modèle de ce très simple système, que, selon nous, les Romains ont prétendu établir leur nouvelle institution, qu'ils dotèrent en outre de toutes les garanties officielles : de telle sorte que dans l'ordre des filiations juridiques, le *judex* ne serait en somme que le dérivé et un perfectionnement de l'*arbiter* (2). Nous aurons à maintes reprises, dans le cours de ce travail, à constater les traces de cette parenté. — C'est de là sans doute qu'est venu pour le *judex* ce nom d'*arbiter*, dont l'emploi dans les textes anciens a si fort égaré les commentateurs (*judex arbiterve*).

Nous voyons, par toutes les explications qui précèdent, que les débuts de notre institution furent modestes. — Le *judex* n'aurait été créé à l'origine que pour les actions per-

(1) Cf. Rudorff, I, 101, § 43.

(2) Ce n'est donc pas « *Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur...* » que l'on devrait dire (L. 1, D., *De receptis*, 4, 8), mais bien tout le contraire. — Au reste, un grand nombre de textes rapprochent le *judicium* et le *compromissum*, le *judex* et *l'arbiter compromissarius*; certains donnent même à ce dernier le nom de *judex* : L. 13, § 2. L. 32, § 7, D., 4, 8. — L. 81, D, *De jud.*, 5, 1. — L. 5, § 1, C., *De recept.*, 2, 56. — L. 14, C., *De jud.*, 3 1. — Paul. *Sent.* V, 5 a, § 1.

sonnelles, ayant comme objet une *certa pecunia :* — ce n'est même pas le domaine entier de l'*actio sacramenti in personam*. Mais les Romains comprirent bientôt tous les avantages de cette institution, et celle-ci prit un rapide essor. — C'est ainsi que fut créée, peu de temps après (1), la *judicis postulatio :* cette nouvelle *legis actio* repose tout entière sur la nomination d'un *judex.*

Tout le monde était d'ailleurs favorable à ces développements.

Les *plaideurs* trouvaient dans cette institution des garanties sérieuses d'impartialité, et, en même temps que la plupart des avantages du *compromissum*, l'assurance d'une sentence plus efficace.

Le *magistrat*, surchargé d'autres occupations, rencontra dans le *judex*, pour l'administration de la justice, un précieux auxiliaire, au profit duquel il se déchargea volontiers des soins minutieux et compliqués de l'examen des procès (2).

Enfin, les *patriciens* eux-mêmes, qui, comme magistrats, surveillaient le *judicium*, et comme sénateurs le plus souvent remplissaient les fonctions de juges, — les patriciens

(1) La *judicis postulatio* existait lors des XII Tables, peut-être même ces dernières l'ont-elles définitivement consacrée : le « *judex arbiterve* » des XII Tables (Gelle, XX, 1) paraît bien se référer à la même locution dans la formule de la *judicis postulatio* (V. p. 22, n. 2). — Nous savons en outre par divers fragments du Digeste (L. I, D., *Famil. erciscund.*, 10, 2. — L. 13, D., *Fin. reg.*, 10, 1. — L. 6, D., *Ad exhib.*, 10, 4. — L. 21, D., *De statuliberis*, 40, 7) que certaines actions du domaine de la *judicis postulatio (familiæ erciscundæ, finium regundorum, ad exhibendum, de aqua pluvia arcenda)* étaient déjà organisées par les XII Tables : l'*actio sacramenti* n'aurait pu convenir à ces actions.

(2) Venir en aide au magistrat ne fut cependant pas à l'origine, bien qu'on le prétende souvent, le but du *judex :* et ce qui le démontre, entre autres arguments, c'est le caractère obligatoire du renvoi devant le juge. Du reste, même *extra ordinem*, le magistrat avait la faculté de se faire assister d'*arbitri* (V. p. 19) et même de *judices dati* (V. *infra*).

devaient voir d'un œil favorable les progrès d'une institution qu'ils dominaient, et dont ils ne pouvaient attendre que des avantages.

C'est ainsi que, sous les auspices de la nation tout entière, s'organisa peu à peu cette très remarquable institution, dont nous allons maintenant étudier de plus près l'ingénieux mécanisme (1-2).

(1) Pour ceux-là mêmes qui, comme nous (V. p. 28, note 1), croient que les tribunaux permanents précédèrent le *judex*, il n'est pas moins certain que la création de ce dernier donna au principe de la séparation du *jus* et du *judicium* en quelque sorte une perfection plus grande; en effet, le tribunal des centumvirs ou celui des décemvirs étant permanent était jusqu'à un certain point *imposé* aux parties : au contraire, pour le *judex*, le choix de celles-ci était libre.

(2) Nous avons cru inutile de nous occuper en détail des différents systèmes, qui ont été présentés par les auteurs modernes sur l'origine du *judex :* tous sont fondés plus ou moins sur des conjectures, on ne peut argumenter sérieusement dans ces conditions. — Voici du reste la nomenclature des principaux : on verra, de suite, en quoi ils diffèrent du nôtre, et en quoi ils se rapprochent ; on se rendra compte, en outre, facilement par nos développements antérieurs de la nature des arguments. La création du *judex* est due : 1° à Romulus : Latreille, I, 32. — 2° à Servius Tullius : Chénon, 6. — 3° à la loi Pinaria : pour actions *in personam* : Puchta, § 154, I. 440;— pour actions *in rem :* Rudorff, dans Puchta, *eod.*, note a. — 4° Cette création remonte aux premiers temps de la république : Mo., I, 220, n. 1. — 5° Époque indéterminée : le *judex* fut créé peu à peu sous la pression des nécéssités de la pratique, par l'usage ou les lois spéciales. Cf. B. H., §§ 22, 23, 24. — Maynz, I, 58 s., 185 s. — Keller, §§ 4-7.

CHAPITRE III.

Nomination du « judex ».

Le *judex unus*, comme on sait, est un juge éphémère ; sans qualité officielle avant sa nomination, il n'est jamais nommé que pour un seul procès ; de cette nomination découlent donc tous les pouvoirs, et en même temps la nature propre de notre juge.

Deux questions : 1° comment était nommé le *judex* ? 2° parmi quelles personnes était-il choisi ?

§ I. — Comment était nommé le « judex » ?

Il faut poser ici deux règles, qui correspondent aux deux caractères principaux du *judex* :

1° Le juge doit être choisi par les parties (demandeur et défendeur) ;

2° Le choix des parties doit être officiellement ratifié par le magistrat.

I. — Le juge doit être choisi par les parties.

Cicéron (*pro Cluentio*, 43) a exprimé cette première règle dans les termes que nous avons reproduits tout à l'heure : « *Neminem voluerunt majores nostri*... (V. p. 35) ». Le même principe se retrouve devant les *recuperatores* (1), de-

(1) B. H., § 101.

vant les *quæstiones perpetuæ* (1). Néanmoins, c'est dans la nomination du *judex unus* qu'il est observé le plus fidèlement.

Le *judex* est un juge élu, mais non un juge nommé pour une série d'affaires, et imposé par une majorité, souvent aveuglée par les passions, à une minorité, obligée de le subir : la minorité a un droit égal à la majorité, ou plutôt ce sont les parties elles-mêmes qui, pour chaque affaire, choisissent leur juge, sans que le demandeur ait en principe, pour cette désignation temporaire, plus de droit que le défendeur. Le système est simple et pratique.

Ici apparaît l'étroite parenté du *judex* et de l'*arbiter compromissarius*. Cette première règle a été manifestement empruntée au compromis.

C'est sur cet accord des parties pour le choix du juge que repose le caractère contractuel attribué par les jurisconsultes romains au *judicium* (2). Il est à remarquer, du reste, qu'à Rome, toutes les formalités qui précèdent la *litis contestatio* (*in jus vocatio*, etc.) ont, sous les deux premiers systèmes de procédure, un caractère privé. Les seuls acteurs sont les parties (*actor* et *is cum quo agitur*), le préteur se contente d'assister, et de présider aux différentes scènes qui se déroulent devant lui (3). — Toutefois, si le choix du juge est contractuel, on ne peut dire que la sentence partage le même caractère. En effet, une fois nommé, le juge, — de même que l'*arbiter ex compromisso*, — dans les limites posées par la *litis contestatio*, est investi de pouvoirs indépendants ; s'élevant au-dessus des considérations particulières, il rendra

(1) Maynz, I, 177 s.

(2) « *Sicut in stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi.* » (L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15, 1). Et cela beaucoup plus justement que les jurisconsultes modernes pour les procès de nos jours.

(3) Cf. B. H., § 31. — Kuntze, 181 s. et 255 s.

quelquefois une décision, contraire aux vœux de l'une et l'autre parties.

De quelle manière se produisait entre les plaideurs cet accord sur le choix du juge ?

A. — Il pouvait arriver, cela va sans dire, que l'accord intervînt avant la comparution *in jure*, avant tout procès. — Dans ce cas, la personne choisie remplissait-elle les conditions de capacité ci-après indiquées, elle était purement et simplement acceptée et nommée par le préteur (1). Après avoir choisi d'abord un *arbiter ex compromisso*, les parties pouvaient ainsi, pour transformer l'*arbitrium* en *judicium*, demander au préteur la nomination de cet arbitre comme *judex*.

Ce choix par les parties avant procès n'était évidemment soumis à aucune règle particulière ; rien alors n'était officiel, tout se passait en dehors de la solennité de l'audience. Les parties pouvaient soit choisir elles-mêmes, soit charger de ce soin un tiers, voire même le préteur ou encore l'une d'elles exclusivement ; ce dernier parti était regardé, non sans motif, comme dangereux (2).

Au surplus, même au cours du procès *in jure*, un accord amiable de ce genre pouvait intervenir : les effets étaient les mêmes.

Toutefois, en tenant compte des dispositions habituelles aux plaideurs, il est très probable que cet accord amiable, soit avant, soit pendant le procès, était assez rare.

(1) L. 80, D., *De jud.*, 5, 1. — Val. Max, II, 8, 2. — Quint., *Inst. or.* V, 6, 6. Il paraît même résulter d'un texte de Festus (V° *Procum, procare*) que l'accord des parties était quelquefois alors garanti par une clause pénale.

(2) Quintil., *eod.*, V, 6, 6.

B. — On se contentait donc d'ordinaire d'une sorte d'accord *forcé*, que l'on obtenait par l'un des deux procédés suivants :

1° Le demandeur proposait *in jure* telle personne comme *judex* (*ferebat judicem*) au défendeur. Celui-ci acceptait (*sumebat*) (1) le juge proposé : le *judicium* était alors définitivement constitué ; — ou bien il le refusait, et déclarait avec serment ce juge ne devoir pas présenter dans l'espèce des garanties d'impartialité suffisantes (*sibi iniquum ejurare*) (2), — on se contentait même de quelque autre motif (3), — le demandeur dans ce cas faisait de nouvelles propositions jusqu'à ce qu'un nom convînt au défendeur.

Ce dernier avait, en principe, le droit de récuser ainsi indéfiniment, et pour les raisons les plus futiles. Toutefois, deux pouvoirs exerçaient sur lui une pression salutaire et l'empêchaient de retarder, outre mesure, la fixation du *judex ;* tout d'abord les censeurs, soutenus ici par l'opinion publique, pouvaient punir un serment imprudent et mal fondé (4) ; — ensuite et plus fréquemment, le préteur devait traiter comme ***indefensus,*** comme « ***reus qui recte et uti oportet se non defendit*** », le défendeur qui abusait de son droit de récusation

(1) La locution « *sumere judicem* », « *sumptus judex* » s'employait par extension pour désigner un juge accepté par les deux parties (Cic., *pro Flacco*, 21. — *Pro Quintio*, 9, etc. — L. 21, pr., D., *quod vi*, 43, 24). — V. également Gaius, IV, 18 : « *Capere judicem* ».

(2) Ou bien « *Ejero, iniquus mihi est.* » Cic., *De or.*, II, 70, 285. — *2 in Verr.* III, 60, 137. — *De fin.*, II, 35, 119, etc. — Le serment et le motif étaient inutiles, si le demandeur se contentait d'une récusation simple, et continuait la série de ses propositions.

(3) Plin., *Paneg.*, 36.

(4) Ascon. : *ad Cic. : or. in toga cand.* Orelli, V, 2, p. 84.

par esprit de chicane, ou pour échapper ainsi à toute poursuite judiciaire (1).

Tel est le système de la « *Conventio* » proprement dite (2) ;

2° Sous l'empire, et en même temps, semble-t-il, que les autres réformes judiciaires d'Auguste, nous voyons apparaître un second procédé, — auparavant déjà en usage pour les *quæstiones perpetuæ* (3) et les *recuperatores* (4) : — c'est le « tirage au sort » *(sortitio)*. — Le préteur tirait au sort un juge, mais les parties pouvaient l'une et l'autre le récuser *(rejicere, recusare)* ; de nouveaux tirages au sort intervenaient alors, et cela indéfiniment — sauf les restrictions précitées en cas de récusation arbitraire — jusqu'à ce qu'on arrivât à un nom, sur lequel se fit l'accord (5).

Ce procédé, en présence du nombre toujours croissant des plaideurs et des *judices selecti* (V. p. 69), devint de beaucoup le plus pratique. Il était, en effet, bien difficile aux parties, venant à Rome quelquefois des extrémités de l'empire, de connaître suffisamment ce que nous pourrions appeler le personnel judiciaire, pour pouvoir récuser ou proposer en connaissance de cause. Le tirage au sort servait, sans doute également, à établir entre les divers juges une sorte de rou-

(1) Keller, 37.
(2) Rudorff, II, § 9.
(3) Maynz, I, 178, n. 35.
(4) B. H., § 101, n. 9. Pour les *recuperatores* ce second procédé se combinait encore le plus souvent avec un troisième : choix et présentation par le magistrat. — On tirait au sort par exemple cinquante noms, sur lesquels le magistrat choisissait et présentait onze juges, et de ces onze juges les parties pouvaient en récuser chacune un nombre égal, de manière à ce qu'il en restât cependant toujours au moins trois pour faire fonction de récupérateurs (V. B. H., *eod.*, Rudorff, II, § 9).— Quelquefois même, dans les provinces, les gouverneurs proposaient ou plutôt imposaient aux parties, directement et sans tirage au sort préalable, les juges de leur choix (Cic., *2 in Verr.*, III, 11, 13, 60.
(5) Plin., *Paneg.*, 36.

lement, — et en même temps à activer les opérations judiciaires.

On ne peut donc s'étonner que ce procédé ait pris dans l'organisation impériale une importance de plus en plus prépondérante. Ainsi, dans la construction du « *forum Augustum* » un emplacement spécial fut réservé aux *sortitiones judicum*, qu'on oppose déjà purement et simplement aux *publica judicia*, instances criminelles (1). — Plus tard, Frontin (mort vers l'an 106 de notre ère) (éd. Lachm., p. 43, 21), parle seulement de « *sortiri judices* » et d' « *arbitros conscribere.* »

Toutefois, l'ancien système de *conventio*, nonobstant son application réduite, subsista longtemps encore concurremment avec le procédé nouveau (2). — Quant au grand principe, formulé par Cicéron dans le *pro Cluentio*, — de l'accord des parties doit émaner le choix du *judex*, — il fut observé même sous l'empire, malgré toutes les restrictions que les nécessités de la pratique lui firent sans doute subir. C'est ainsi encore que l'empereur Adrien défend au préteur (sauf rescrit du prince) de nommer juge quiconque ne serait demandé que par l'une des parties : *id enim iniqui exempli esse* (3).

II. — Le choix des parties doit être officiellement ratifié par le magistrat.

En d'autres termes, le juge est choisi par les parties, mais il est nommé par le magistrat.

Ce droit de nommer un juge faisait partie de la *jurisdictio* des magistrats. Ulpien dit même : « *Jurisdictio est judicis dandi licentia* (4) ».

(1) Suét. *Aug.*, 29.

(2) Cf. Plin., H. N., *præf.*, 8. — *Adde*, L. 47, D., *famil. ercisc.*, 10, 2. — L. 21, pr., D., *quod vi*, 43, 24, de Pomponius.

(3) L. 47., D., *De jud.*, 5-1. — *Adde* : L. 80, D., 5-1.

(4) L. 3, D., *De jurisd.*, 2, 1.

Cette ratification ou nomination par le magistrat s'appelle *datio* ou ***addictio judicis*** ; les deux expressions sont synonymes (1), elles sont même quelquefois employées simultanément, comme pour se renforcer (2).

Aussitôt après l'*addictio,* la nature du juge choisi par les parties se modifie ; — jusqu'alors, c'était tout au plus une sorte d'***arbiter ex compromisso*** ; dès ce moment, il devient un juge proprement dit avec une qualité officielle.

A ce point de vue, le juge peut être considéré comme un mandataire, un délégué du magistrat, et la *jurisdictio* du *judex* comme une *jurisdictio mandata*, une émanation de celle du magistrat, soumise en conséquence aux mêmes règles et restrictions que cette dernière (3). — Mais, outre que le juge est un mandataire nécessaire, obligatoire pour le magistrat, comme la nomination du *judex* repose au fond sur le choix par les parties, et que le magistrat se contente de donner l'investiture officielle au juge choisi, le mandat du magistrat est limité, restreint par le mandat des parties. De là il suit, entre autres conséquences, que les pouvoirs du *judex* s'éteindront dans tous les cas avec le prononcé de la sentence, et qu'il sera impossible à ce *judex* d'instituer à son tour et à sa place un autre juge (4). — Nous trouvons, à cet égard, une différence frappante entre notre *judex* et le ***is cui mandata est jurisdictio*** dont parle le Digeste, 1, 21. Celui-ci était nommé directement et exclusivement par le magistrat

(1) L. 46, D., 5, 1.

(2) « *Jurisdictio judicisque datio addictio.* » Lex Mamilia. Haub., p. 168.

(3) Arg. : L. 3, § 3. — L. 4, D. *De recept* , 4. 8. — L. 14, D., *De jurisd.*, 2, 1, et ce que nous dirons plus loin Ch. IV.

(4) L. 5, C., *De jud.*, 3, 1.

et pouvait être, par suite, investi de tous les pouvoirs qu'il plaisait au magistrat de lui déléguer (cf. sur le *judex datus extra ordinem* et *judex pedaneus*, *infra*).

Pour superficielle que puisse paraître cette intervention du magistrat, elle n'en produit pas moins cependant des effets très importants :

1° Elle assure, — et c'est en cela qu'il faut chercher la véritable supériorité du *judex* sur l'*arbiter ex compromisso*, — elle assure aux parties la protection de l'État. En principe, à Rome, l'État ne se préoccupait que médiocrement des intérêts purement privés (V. p. 36) ; il fallait, pour qu'il en fût autrement, le mettre directement en cause, c'est à quoi tendait cette nomination solennelle du *judex* par le magistrat (1). — Dès lors la sentence était-elle rendue, le magistrat, représentant de l'État, dépositaire de l'autorité publique, en prenait lui-même en main l'exécution, sans permettre de nouveaux débats (2). Il agissait lui-même en faveur du vainqueur au procès. — Au contraire, la sentence avait-elle été rendue par un arbitre proprement dit : l'exécution, — s'agît-il d'une clause pénale ou de la sentence elle-même, — n'était garantie qu'indirectement : il fallait encore recourir aux formes judiciaires, sinon, point d'*actio judicati*, point de *res judicata* (3).

2° Cette qualité officielle avait en même temps pour le juge, choisi par les parties, son revers :

A. — Le *judex* nommé était obligé d'accepter les fonctions qui lui étaient déférées ; c'était pour lui un *munus publicum*,

(1) « *Publice interest, propter rerum judicatarum auctoritatem.* » L. 65, § 2, D., *ad sc. Treb.*, 36, 1, de Marcien.

(2) L. 6, D , *De exc. rei jud.*, 44, 2.

(3) Paul, *Sent.* V, 5 a, § 1. — Weizsæcker, 95 s.

munus judicandi (1) — et le préteur pouvait, par des amendes (*multæ*) ou d'autres moyens de coercition, le forcer d'obéir à son mandat (2).

Il était dès lors indifférent, pour valider et compléter l'organisation du *judicium*, que le *judex* fût présent à sa nomination ou même qu'il en fût prévenu (3) ; il pouvait recevoir en même temps et la nouvelle de sa nomination et l'ordre de siéger (4).

Nous réservons, toutefois, les différents cas d'excuses dont le juge pouvait, à l'occasion, se prévaloir ; il en sera bientôt parlé.

B. — D'un autre côté, dans l'exercice de ses fonctions, le *judex*, étant le mandataire du magistrat, dépendait dans une certaine mesure de ce dernier ; ses pouvoirs variaient, en quelque sorte, selon la teneur du mandat. — Le magistrat, qui avait nommé le *judex*, avait même le droit, — sans doute dans des cas graves, — de révoquer la nomination et de disqualifier ainsi ce juge (5).

Bien plus, celui-ci remplissant, bien que simple particulier, une fonction publique pouvait se voir interdire le droit de siéger par l'*intercessio* de quelque autre magistrat, muni de la *par majorve potestas* vis-à-vis de celui qui a nommé le juge (6).

(1) L. 78, D., *De jud.*, 5, 1. — Frag. Vat., 197. — « *Judicandi quoque necessitas inter munera personalia habetur.* » L. 18, § 14, D., *De mun.*, 50, 4.

(2) L. 13, § 2, D., *De vacat.*, 50, 5. — Plin., *Ep.* IV, 29.

(3) L. 39, pr., D., *De jud.*, 5, 1.

(4) « *L. Octavius* (v. g.) *judex esto.* » (Cic., *2 in Verr.* II, 12) : c'est ainsi que commençait la formule, contenant en même temps un avertissement et un ordre.

(5) L. 58, D., de Paul, 5, 1.

(6) L. 58, D., *cod.* — Cic., *pro Cluentio*, 27.

A ce double point de vue, la position de l'*arbiter compromissarius* était préférable.

Celui-ci était, il est vrai, obligé de rendre une sentence, une fois qu'il avait accepté (*recipere*) la mission que les parties voulaient lui confier, — il y avait alors, en effet, un contrat formé (*compromissum*); — mais personne ne pouvait le forcer d'accepter.

Quant à l'exercice de ses fonctions, l'*arbiter* ne relève ni du magistrat, ni même des parties ; pourvu qu'il se circonscrive dans les termes du compromis et agisse sans dol, son indépendance est complète.

3° Enfin, cette investiture, donnée par le magistrat au juge, liait en quelque sorte les parties elles-mêmes. Ainsi, il n'était pas loisible aux parties, — sur ce point la loi Julia (*judiciorum privatorum*) s'était formellement expliquée (1), — de faire disparaître cette qualité officielle du *judex*, et de transformer celui-ci, même d'un commun accord, en *arbiter ex compromisso*. On aurait pu craindre que, pour s'affranchir de la surveillance du magistrat, le *judex* n'abusât de son influence sur les plaideurs pour les déterminer à de pareils changements. — Nous avons dit plus haut que l'opération inverse était possible.

La nomination par le magistrat rendait donc la situation du *judex* définitive et irrévocable. — Il pouvait cependant arriver que, pour quelque raison (excuse, mort, incapacité, serment *sibi non liquere*), le juge une fois nommé vint à manquer (après la *litis contestatio*). Dans ce cas, et par la force même des choses, on procédait à l'élection d'un nouveau juge (*mutatio judicis*), suivant les règles indiquées plus haut ; mais, on ne recommençait pas le procès *in jure*, le

(1) L. 9, § 2, D., *De receptis*, 4, 8.

nom du nouveau juge (*judex subditus*) était simplement inscrit dans la formule à la place de l'ancien : c'était un cas de *translatio judicii* (1).

§ 2. — Parmi quelles personnes le « judex » était choisi.

A Rome, tout le monde ne pouvait être *judex ;* les exceptions étaient nombreuses, tellement nombreuses qu'à tout bien considérer la règle était l'incapacité et l'exception véritable la capacité.

Ces incapacités peuvent, semble-t-il, être ramenées à deux grandes classes qu'il est très important de séparer :

1° Les incapacités que nous appellerons *de droit commun* : qui n'ont rien de spécial au *judex* ni même en général au droit romain, et se justifient par des considérations de bon sens et de morale vulgaire. — Elles sont également *absolues*, parce que les parties ne peuvent par des conventions particulières, un accord amiable (V. p. 41), faire disparaître l'obstacle qu'elles constituent ;

2° Les incapacités qui se fondent sur un motif politique, un motif propre à la constitution romaine ; elles sont *relatives*, c'est-à-dire disparaissent en présence d'un accord amiable, et généralement par le consentement mutuel des parties (2). — A cette dernière classe d'incapacités se ratta-

(1) L. 76, D., 5, 1.

(2) Arg. : L. 57, D., *De re judic.*, 42, 1. — Cic., *2 in Verr.* II, 18 : « *Sin illud dices, te Heraclii voluntate ab lege recessisse* », — et beaucoup d'autres textes qui supposent que le juge a été pris en dehors de l'album ou de la liste ordinaire : ainsi, en dehors du sénat sous la république, Val. Max., VIII, 2, 1 (M. Porcius Cato, père de Caton le censeur, était certainement plébéien, puisque son fils était lui-même un *homo novus*, un plébéien parvenu). V. en ce cens : Puchta, 1, § 154 s. — Mo., II,

che la théorie des *selecti judices* et de l'*album judicum* que nous étudierons en même temps.

La sanction de ces deux espèces d'incapacités est, au surplus, la même. Toute sentence rendue par un juge incapable est radicalement nulle, elle est inexistante (*non est judicatum, sententia nulla, nullius momenti est*) (1). Nous admettrions cependant ici l'application de la loi Barbarius Philippus (2), pour le cas où le *judex* aurait passé pour capable aux yeux de tout le monde : *error communis facit jus.*

A côté du système des incapacités se place, — produisant, au fond, les mêmes effets, c'est-à-dire l'exclusion ou la décharge du juge nommé, mais partant d'un point de vue tout différent, — le système des excuses. — La fonction de juge, nous l'avons vu, était, en principe, une charge obligatoire (*munus publicum*), charge souvent très lourde. C'était donc un privilège, privilège peu commun d'ailleurs, de pouvoir refuser ces fonctions ; privilège facultatif en même temps, auquel les bénéficiaires pouvaient toujours renoncer, pour se prévaloir après leur nomination de leur droit de juger (3).

Nous subdiviserons ce § 2 en trois points : I. Des Excuses.

919, n. 4, in f., etc. — Cette distinction se justifie d'ailleurs rationnellement : en effet, quand les parties ne pouvant se mettre d'accord, acceptent les procédés légaux de nomination du juge, elles sont naturellement obligées de subir en même temps toutes les conditions et restrictions que ces mêmes lois imposent à cette nomination. — Observons toutefois que, cet accord parfait, ce consentement mutuel et amiable étant assez rare dans la pratique, il n'y avait pas en fait ordinairement d'intérêt à distinguer les incapacités relatives des incapacités de droit commun, les unes comme les autres s'imposaient aux parties.

(1) L. 1, § 1, D., *De feriis*, 2, 12. — L. 1, pr., D., *quæ sententiæ*, 49, 8. — L. 12, § 2, D., 5-1. — Cf. L. 23, § 1, D., *De app.*, 49, 1. — Dig., 49, 8: *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*. — Code 7, 64 : *quando provocare non est necesse*.

(2) L. 3, D., *De off. præt.*, 1, 14.

(3) Cf. cep. Suét., *Claud*, 15.

II. Des Incapacités de droit commun ou absolues. III. Des Incapacités politiques ou relatives et de l'*album judicum*.

I. — *Des Excuses.*

Le système des excuses (*excusationes*, *vacationes*) fut organisé peu à peu par la loi (*lex judiciaria*), les édits des magistrats ou les constitutions des empereurs (1).

Les textes nous parlent du cas de maladie (2), — de certaines fonctions publiques, entre autres le *sacerdotium* et le service militaire (3), — des affaires privées très pressantes, comme un voyage nécessaire ou un danger menaçant le patrimoine (4), — un certain nombre d'enfants vivants ou morts à la guerre (5). — Antonin le Pieux exonéra de l'obligation de juger certaines catégories de personnes : les philosophes, les rhéteurs, les grammairiens, les médecins (6). — L'enfant mineur de dix-huit ans ne pouvait non plus être forcé de juger (7), et peut-être un âge avancé fournissait-il également un motif d'excuse, comme le pense Keller, 44.

Au reste, le magistrat, le préteur, qui connaissait lui-même (8) des excuses, se réservait une grande liberté d'appréciation, et chaque édit pouvait en ces matières donner

(1) Dig., 27, 1, *De excusationibus* ; 50, 5, *De vacatione et excusatione*. — Cf. Code, 10, 44 et s.

(2) L. 13, pr., D., 50, 5. — L. 46, D., 5, 1. — L. 2, § 3, D., *si quis caut.*, 2, 11. — L. 60, D., *De re jud.*, 42, 1.

(3) L. 13, pr., et § 1, D., 50, 5.

(4) L. 18, pr., D., 5, 1.

(5) Frag. Vat. 194, 197, 199. — Suét. *Claud.* 15.

(6) L. 6, § 8, D., 27, 1.

(7) L. 57, D., *De re jud.*, 42, 1, V. p. 53.

(8) Ce soin était, cependant, souvent confié par le préteur aux « *tres viri capitales* » : sorte de magistrats d'un rang inférieur (vigintivirat), qui servaient d'auxiliaires aux magistrats supérieurs (Cf. Mo., II, 585 s.)

une énumération un peu différente (1). — En outre, l'usage, les mœurs obligeaient tout juge honnête de faire valoir, au besoin, lui-même les motifs qui pouvaient nuire à son impartialité (2).

Quand il exista à Rome un *album judicum* régulier pour les affaires civiles, on eut la faculté d'invoquer ces motifs d'excuse à chaque révision de l'*album* (3). — Dans tous les cas, on put toujours s'en prévaloir pour la première fois devant le magistrat qui nommait ; mais alors fallait-il le faire avant toute ingérence dans l'affaire, toute formalité *in judicio:* « *Semel enim agnoscendo renuntiat excusationi* (4) ». Rarement une excuse, survenant *pendente judicio*, pouvait décharger le *judex* en fonctions (5).

Les *vacationes* opéraient selon leur nature d'une manière plus ou moins efficace, déchargeaient définitivement et pour l'avenir des fonctions judiciaires, ou bien seulement pour une affaire particulière, ou enfin, agissant simplement comme moyens dilatoires, dispensaient le juge nommé de s'occuper pendant un certain temps de l'affaire, sauf à en reprendre plus tard l'examen (6).

Nous verrons, d'ailleurs, que le *judex* nommé, désireux d'échapper à l'obligation de rendre une sentence, avait toujours, — par une singulière compensation du *munus judicandi*, — comme suprême ressource le serment *sibi non liquere* (7).

Ces privilèges, ces excuses purement facultatives ne furent

(1) L. 18, pr., D., *citt.* — L. 13, pr. et § 1, D., *citt.*
(2) Tac., *De or.* 5.
(3) Suét., *Claud.* 15.
(4) L. 13, § 3, D., *De vac.*, 50, 5.
(5) Cf. cep. L. 76, D., 5, 1.
(6) L. 12, L. 13 § 1, D., 50, 5.
(7) Gelle, XIV, 2.

jamais à Rome qu'en très petit nombre ; beaucoup plus nombreuses étaient ce qu'on pourrait appeler les excuses nécessaires, fondées sur l'incapacité du juge choisi.

II. — *Des incapacités de droit commun ou absolues*

Le jurisconsulte Paul (1) subdivise ces incapacités, selon leur origine, en trois catégories : incapacités *natura*, *lege* et *moribus*. Sont incapables :

A. — NATURA. — 1° le « *surdus* » (2) ;

2° Le « *mutus* » (*eod.*) ;

3° Le « *perpetuo furiosus* » (*eod.*). — Au contraire, un fou à intervalles lucides, simple *furiosus*, pouvait valablement être nommé juge ; de même l'*addictio* ne tombait pas, si l'*addictus* devenait fou plus tard, d'une folie non continue (3) ;

4° L' « *impubes* » (4). — L'âge de la puberté, — tout au moins d'après le système Proculien, qui paraît avoir prévalu en pratique et se trouve formellement consacré par Justinien (Inst. I, 22, *Quibus mod. tut. finit.*, pr.), — était à Rome, pour les hommes, l'âge de quatorze ans. — A partir de quatorze ans on pouvait donc valablement faire fonction de juge ; mais cet âge ne suffisait que si l'une et l'autre parties consentaient à prendre un juge aussi jeune (jusqu'à dix-huit ans, d'ailleurs, avons-nous dit, le *judex* pouvait lui-même s'excuser). A défaut de ce consentement, l'âge minimum des juges était, avant Auguste, de vingt-cinq et

(1) L. 12, §§ 2, 3, D., *De jud.*, 5, 1.
(2) L. 12, § 2, D., *citt.*
(3) L. 39, pr. et L. 46, D., 5, 1.
(4) L. 12, § 2. *citt.*

même trente ans (1). Auguste l'abaissa à vingt (2) ; il semblerait même résulter d'un texte d'Ulpien (L. 57, D., *De re judic.*, 42, 1), que cet âge fut réduit plus tard à dix-huit ans, le moment de la *plena pubertas*. — A partir de dix-huit ans, vingt ans sous Auguste, le *judex* nommé ne pouvait donc refuser ses fonctions (3), et la sentence rendue par lui était inattaquable, que les parties aient connu ou ignoré son âge (4).

B. — LEGE : — Paul (*eod.*) ne nous cite sous ce chef que le cas du sénateur rayé de la liste du sénat : « *Qui senatu motus est* »; ce cas avait été, en effet, expressément prévu par la *lex Julia repetundarum*. (L. 2 D., *De senator.*, 1, 9.)

C. — MORIBUS : — 1° « *Feminæ* » (5) ; 2° « *Servi* » (6).

(1) L. *Servilia*,, c. 6.

(2) Dans une des *leges Juliæ judiciariæ* : L. 41, D., *De recept.*, 4, 8. — Suét., *Aug.* 32, dans ce texte : « *tricesimo* », de l'avis de tous les auteurs, est une faute de copiste pour « *vicesimo* ».

(3) Arg. *a contrario*, L. 41, D., *De recep.*, 4, 8.

(4) Nous appuyons toute cette théorie sur le texte d'Ulpien à notre avis très net : L. 57, D., *De re judicata*, comb. avec la L. 12, § 2, *citt.* de Paul, 42, 1. V. en notre sens : Bayer, *Civilprocess*, 8e édit., p. 159 s. — Cf. Bonjean, I, 177. — Cependant beaucoup d'auteurs donnent à cette loi d'Ulpien une tout autre interprétation : d'après eux, au-dessous de dix-huit ans personne ne pouvait être juge, et au-dessous de vingt ans (âge fixé par Auguste) on ne pouvait l'être que du consentement exprès des deux parties. — Nous croyons cette opinion formellement contredite par les deux textes cités plus haut : ainsi, dans la loi 57 qu'on prétend interpréter, il n'est nullement question de cet âge de vingt ans, ni de toutes les distinctions qu'on propose. — Quant à la loi 41, D., *De receptis*, 4, 8, dans laquelle on cherche un argument, elle n'a rien à faire dans le débat, elle concerne exclusivement le compromis et l'*arbiter compromissarius* : et l'on comprend que pour ce dernier les conditions d'âge soient plus sévères que pour le *judex*, que l'âge de vingt ans soit toujours exigé : car l'*arbiter ex compromisso* a des pouvoirs ordinairement plus larges que le *judex*, et en tout cas beaucoup plus indépendants, il n'est pas soumis à la surveillance du magistrat.

(5) L. 2, D., *De reg. juris*, 50, 17.

(6) L. 9 et 13, D., *si quis caut.*, 2, 11.

Cette énumération du jurisconsulte Paul est manifestement incomplète (il la commence lui-même par le mot « *ut* »).

Ainsi il faut très certainement ajouter :

1° Les personnes quelconques notées d'infamie, « *infames* », arg. : L. 2, D., *De senator.*, 1, 9 et Cic. *pro Cluentio*, 42, 43. — Pline, *Ep* X, 66, parle de l'incapacité d'un « *in metallum damnatus nec restitutus* »; — la L. 1 *pr.*, D., *Ad legem Juliam de vi privata*, 48, 7, de celle d'un « *de vi privata damnatus* » (1).

2° Le *judex de re sua* (2) : personne ne peut être juge en sa propre cause. — Il paraît cependant que ce n'était pas là, dès l'origine du droit romain, une règle bien établie, et qu'il n'était pas rare alors de voir les parties, par convention, choisir l'une d'elles comme *judex* (3).

3° Le « *par majorve magistratus* » : le préteur n'aurait pu nommer juge un autre magistrat d'un rang égal ou supérieur au sien, car il n'aurait pu le forcer à remplir ses fonctions (4). — Pour le même motif, il y aurait eu pour le préteur une impossibilité à vouloir, même du consentement des parties, se poser comme *judex* : il échappait en effet à son propre *imperium* (5). Si les parties désiraient qu'il tranchât lui-même le différend, il en connaissait alors comme magistrat *extra ordinem*, mais non comme juge.

Telles étaient en général, et sauf les modifications que les différents édits des magistrats apportaient, ici encore, à notre

(1) Keller, 43.— Cf. cep. L. un., C., *De infamibus*, 10, 57, pour l'époque de Dioclétien.

(2) L. 17, D., 51. — L. un., C., *Ne quis in sua*, 3, 5.

(3) Hartmann, *Rœmische Gerichtsverfassung*, 107, n. 12.

(4) Arg. L. 58, D,, 51 : « *Judicium solvitur vel etiam si ipse judex ejusdem imperi esse cœperit, cujus erat, qui judicare jussit.* »

(5) L. 4, D., *De off. præt*, 1, 14.— L. 5, D., *De off. præs.*, 1, 18. — L. 4, D., *De tut. et cur.*, 26, 5.

liste, les incapacités que nous avons qualifiées de droit commun ou d'absolues.

Au contraire, ne sont pas des causes d'incapacité :

1° La cécité (1) ; — 2° le lien de *patria potestas* entre le *judex* nommé et l'une des parties (2).

Nous réservons d'ailleurs toujours le droit de récusation de la part des plaideurs : récusation qui, dans ces deux derniers cas notamment, devait paraître très suffisamment justifiée.

III. — *Incapacités politiques ou relatives.* — Album judicum.

Ces incapacités sont de beaucoup les plus importantes, les plus intéressantes en même temps.

A Rome, l'administration de la justice ne fut jamais confiée au peuple, à la masse : la République romaine elle-même formait un gouvernement trop aristocratique, trop autoritaire pour suivre sur ce point les errements de la République d'Athènes (3). — A quelque époque que nous nous placions de l'histoire de Rome, même au temps des plus grands succès du parti populaire, le droit d'être appelé aux fonctions judiciaires ne fut jamais attribué qu'à un nombre relativement restreint de citoyens. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que ce droit soit constamment resté le privilège d'une même catégorie de personnes : le pouvoir judiciaire présentait trop d'importance pour ne pas devenir l'objet des compétitions

(1) L. 6, D., 5, 1.

(2) L. 12, § 3. L. 77 et 78., D., 5, 1. — L. 6, D., *De recept.*, 4, 8. — Cependant la loi *Cornelia De injuriis* excluait expressément certains parents (L. 5, pr. D., *De injur.* 47, 10).

(3) Cf. Fustel de Coulanges : *l'Organisation de la justice dans l'antiquité et les temps modernes*.

des partis. — Et de fait, nous voyons à ce point de vue notre institution du *judex*, subissant, surtout vers la fin de la République, toutes les oscillations de la politique, passer par les mêmes phases que l'histoire intérieure de Rome.

Nous diviserons cette partie de notre étude en trois périodes : de l'origine du *judex* au temps des Gracques ; — des Gracques à l'avènement de l'Empire ; — d'Auguste à la disparition du *judex*.

1re *Période*. — De l'origine du *judex* au temps des Gracques (632).

Pendant cette période, seul le premier procédé de nomination des juges était en usage. — Dans quelle catégorie de personnes le demandeur devait-il choisir les juges à proposer au défendeur?

D'après M. Latreille (p. 34), c'était parmi les patriciens. Arg. : texte précité de Denys, II, 9.

D'après d'autres auteurs, en beaucoup plus grand nombre (1), c'était parmi les sénateurs.

Nous nous rangeons en principe à cette dernière opinion, réservant toutefois certain tempérament que nous indiquerons plus loin.

Cette opinion peut argumenter de divers textes : d'un texte de Polybe, VI, 17, « Τὸ δὲ μέγιστον, ἐκ ταύτης (*i. e.* ἐκ συγκλήτου) ἀποδίδονται κριταὶ τῶν πλείστων καὶ τῶν δημοσίων καὶ τῶν ἰδιωτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων » ; d'un autre de Plaute (*Rud.*, III, 4, v. 7 s.) : « *Ergo dato de senatu Cyrenensi quemvis opulentum arbitrum* » ; enfin du passage déjà cité, dans lequel Denys (II, 14) raconte que

(1) V. Rudorff, II, § 10, p. 39. — Puchta, I, § 154, v. — B. H, 1, 66, n. 25.

Romulus confia à des sénateurs le soin des affaires de moindre importance (τὰ δὲ ἐλάττονα ἀδικήματα). — On pourrait même joindre à ce dernier texte celui sur lequel s'appuie Latreille, Denys, II, 9; car, dans la langue de Denys, comme chez beaucoup d'auteurs anciens, quand il est parlé des origines de Rome, les expressions « patriciens » et « sénateurs » (βουλευταὶ, πατρίκιοι, εὐπατριδαι) sont synonymes (1). Il est probable qu'ici encore Denys s'est inspiré de l'organisation judiciaire postérieure pour en déterminer l'établissement, l'origine, au gré de sa fantaisie.

Nous savons en outre — et l'argument, quoi qu'en dise Maynz, I, 168, n. 67, ne manque pas de force — que la *quæstio perpetua repetundarum*, constituée en 605, par la loi *Calpurnia*, sur le modèle d'un simple tribunal civil (2), fut en entier composée de sénateurs : or il est bien évident que le tribun Calpurnius Piso n'aurait pas admis de pareils juges, si les mœurs avaient permis qu'on en choisît d'autres, alors précisément que cette *quæstio* était créée pour remédier à l'indulgence honteuse, à la quasi-complicité dont le sénat faisait preuve vis-à-vis des administrateurs des provinces. — En réalité, les sénateurs étaient en possession de tous les tribunaux les plus importants quand Caius Gracchus voulut renverser leur puissance judiciaire ; seuls peut-être les centumvirs et les récupérateurs échappaient à cette espèce de monopole.

Il n'y a pas jusqu'à l'âge des *judices* (V. p. 53) et celui des

(1) Cf. Willems : *le Sénat de la rép. rom.*, I, 60 s.

(2) Mo., II, 214, n. 5 : ainsi la procédure en usage devant cette *quæstio* était celle de l'*actio sacramenti*, — et la présidence en était confiée au préteur péregrin, dont la compétence est purement civile. — C'est précisément à cause de cette dernière circonstance que nous n'avons pas ajouté les *quæstiones perpetuæ* à notre liste de juges (V. p. 16) ; le magistrat dirigeait lui-même le tribunal et les débats, il n'y avait donc pas ici de séparation du *jus* et du *judicium*.

sénateurs (1), dans la conformité desquels on ne pût trouver en notre sens un nouvel argument.

Au surplus, on ne peut le méconnaître : le choix des sénateurs comme juges était un choix heureux.

Pris comme corps, le sénat formait sans contredit, sous la République, le premier corps de l'État, jouissant même, par son influence morale, d'une puissance supérieure à celle que la constitution lui attribuait. De plus, par son caractère mixte, par l'admission dans son sein des plébéiens, il était devenu comme une sorte de représentation nationale, également reconnue par tous les partis : nous avons même vu, à propos de l'origine du *judex*, que ce corps servait quelquefois de médiateur entre les divers ordres ; et nous rappelons qu'en donnant au sénat ce pouvoir judiciaire, le peuple avait peut-être voulu acquitter une dette de reconnaissance.

Si maintenant nous considérons le sénat dans chacun de ses membres, nous voyons qu'il se composait de l'élite même du peuple romain ; et spécialement au point de vue de l'étude du droit, si nécessaire dans l'administration de la justice, les jurisconsultes les plus célèbres furent tous sénateurs (2). Quelle expérience, en outre, quelle connaissance des hommes et des choses n'avaient-ils pas acquise, et cela dans les circonstances souvent les plus difficiles, par l'exercice des différentes magistratures de la République!

A quelque point de vue que l'on se place, on ne peut donc que louer les Romains d'avoir pris leurs juges dans le sénat. — Et effectivement la confiance inspirée par de pareils juges aux plaideurs était telle, que lorsque la loi *Plautia* vint

(1) A. Dupond, 92.

(2) Encore dans les premiers siècles après Auguste les juristes les plus distingués étaient presque toujours des sénateurs (Friedlænder, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*. 5e édit. 1881, I, 232).

donner au peuple l'élection du corps judiciaire, le peuple choisit encore de préférence des sénateurs (1).

La règle était-elle sans exception : les juges étaient-ils toujours pris parmi les sénateurs ?

Nous ne le pensons pas, et — en dehors même des cas où par consentement mutuel les parties faisaient porter leur choix sur un juge non sénateur — nous croyons que le préteur permettait fréquemment au demandeur de faire ses propositions en dehors de la liste du sénat.

Il est tout d'abord des considérations de fait qui l'emporteraient, selon nous, sur les textes les plus absolus.

Comment se pourrait-il que trois cents sénateurs — car dans le cours de cette première période ils ne furent jamais plus nombreux — aient pu suffire à tous les procès, alors que le sénat se voyait sur les bras les affaires les plus graves et les plus délicates, au moment où la République avait à combattre au dehors les ennemis les plus multipliés et les plus dangereux, et était travaillée au dedans par les luttes ardentes des partis. — Sans parler de l'esprit processif des Romains, il est constant que le nombre des plaideurs relevant du préteur romain, et par là même des juges nommés par lui, augmentait tous les jours, en même temps que les embarras et les préoccupations de la République ; d'autre part, le domaine de la juridiction civile était plus étendu à Rome que de nos jours, et c'est dans le Sénat encore que se recrutaient les membres des *quæstiones*. Quelque expéditifs que nous supposions les hommes d'affaires romains, un travail aussi colossal devait certainement dépasser les forces des seuls sénateurs : au commencement de l'empire, un corps de quatre mille *judices selecti*, créé exclusivement pour le service

(1) Asconius, *in Cornelianam*, p. 79, 7, Orelli. — Cic. *pro Cornelio*, f. 27, p. 451, Orelli.

de la justice, pouvait à peine suffire à une tâche, toutes proportions gardées, beaucoup moins considérable.

Au surplus, les textes sont loin d'être aussi absolus qu'on l'a prétendu : ainsi dans Polybe (*citt.*), cet historien si exact, les expressions « τῶν πλείστων » et surtout « ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων » feraient croire que les sénateurs ne jugeaient que les causes les plus importantes (1); pour les autres, on choisissait sans doute des patriciens ou des *nobiles*, car les sympathies des magistrats, présidant aux instances judiciaires étaient le plus souvent pour ce parti. — On pourrait donc concilier les deux opinions que nous avons tout à l'heure indiquées (2), en résumant ainsi la situation : les juges privés étaient pris à Rome exclusivement parmi les sénateurs, à moins que les exigences de la pratique n'obligeassent, pour des affaires d'importance moindre, à s'adresser subsidiairement à d'autres juges, ordinairement des patriciens.

Dans les textes, il n'est pas question d'*album judicum* pour cette période : la liste du sénat en tenait lieu, et les *lectiones senatus* par les censeurs remplaçaient avec avantage la révision des listes judiciaires dans les périodes suivantes.

2e *Période.* — Des Gracques à l'avènement d'Auguste.

Dans cette période la question judiciaire devient la question politique par excellence : les révolutions se succèdent, et toutes ont plus ou moins pour cause ou pour effet un nouveau bouleversement dans le personnel chargé du service des tribunaux (3). Aussi, tandis que l'on pourrait se plaindre

(1) V. également : B. H., I, 67, n. 28, pour la compétence des *agrimensores*.

(2) V. en ce sens : Maynz, I, 195. — Walter, § 696, II, 336.

(3) « *De eo præcipue bellarent.* » Tac., *Ann.* XII, 60.

de ne rencontrer, avant les Gracques, aucune loi spéciale (*lex judiciaria*) qui nous renseigne sur la qualité des juges, l'ordre auquel ils appartiennent, pendant la période que nous rencontrons maintenant, on gémirait volontiers de l'excès opposé. — Suivant le tableau très complet que Rudorff (§ 39, I, 92) en a dressé, on ne compterait, dans l'espace de soixante-dix-huit ans (632-710), pas moins de onze à douze de ces *leges judiciariæ :* la plupart correspondent à quelque révolution dans l'ordre social et politique.

La plus grande difficulté consiste à déterminer quelle est exactement la portée de ces différentes lois ; et spécialement à notre point de vue, on se demande si elles s'appliquent à la justice civile, aux *judices privati.*

Pour quelques-unes, il paraît certain qu'elles furent exclusivement rendues pour les *quæstiones perpetuæ*, et particulièrement même pour la *quæstio repetundarum :* ainsi la *lex Acilia repetundarum* (632 ?), la *lex Servilia Cœpionis* (648), abrogée par la *lex Servilia Glauciæ repetundarum* (650-654).

Quant aux autres, la question paraît beaucoup plus douteuse ; notons :

La *lex Sempronia*, de Caius Sempronius Gracchus (632), qui enlève les tribunaux (*judicia*) aux sénateurs pour les confier aux chevaliers.

La *lex Livia*, du tribun M. Livius Drusus (663), qui rend les tribunaux au sénat.

La *lex Plautia*, de M. Silvanus (665), d'après laquelle désormais les juges sont élus par les tribus, quinze par chacune d'elles.

La *lex Cornelia*, œuvre du dictateur Sylla (673), de nouveau restitue l'administration de la justice aux sénateurs.

La *lex Aurelia*, du préteur Aurelius Cotta (684), décide que chaque tribunal se recrutera par tiers dans chacune des

trois classes : sénateurs, chevaliers et *tribuni ærarii* (1).

Enfin, les *leges Juliæ*, du dictateur César (708), qui laissent de côté les *tribuni ærarii*, et partagent les tribunaux entre les sénateurs et les chevaliers.

Quant à ces diverses lois, un très grand nombre d'auteurs, non des moins considérables (2), estiment qu'elles régissaient la justice criminelle seule. La justice civile n'en aurait subi que très indirectement l'influence, et en ce sens seulement que, depuis Caius Gracchus, les parties et le préteur pouvaient choisir les juges civils indistinctement dans l'ordre des chevaliers et parmi les sénateurs.

Tout d'abord, nous dit-on, le seul objectif visé par les diverses factions était la possession des tribunaux criminels, qui devenaient ainsi une arme terrible entre les mains d'un parti. — Et de fait, les textes, qui nous entretiennent de l'application de ces *leges judiciariæ*, supposent toujours quelque procès criminel, *judicium publicum :* Vell. Pat. II, 13; Cic. *pro Cluentio*, 22, etc. — Au contraire, les textes démontrent clairement que les tribunaux civils n'étaient en aucune façon assujettis aux mêmes prescriptions : ainsi, d'après ces auteurs, le consulaire Fimbria aurait été juge civil sous le régime de la loi Sempronia (3), tandis que les chevaliers C. Aquilius et C. Cluvius (4) auraient siégé en la même qualité au temps de la loi Cornelia.

Pour nous, ces arguments ne nous paraissent pas décisifs, et nous préférons l'opinion qui donne aux *leges judiciariæ*,

(1) V. sur les *tribuni ærarii :* Madwig, I, 183; ils formaient une classe de citoyens très voisine de celle des chevaliers.

(2) Walter, § 696. — B. H., II, 12. — Keller, § 10, n. 154. — Puchta, I, 444. — Etc.

(3) Cic., *De off.*, III, 19.

(4) Cic., *or. pro Quintio* et *pro Rosc. com.*, 14.

dont s'agit une portée générale, et les applique à la justice civile comme à la justice criminelle (1).

Au point de vue historique, il nous paraît erroné de prétendre que l'administration de la justice criminelle ait été le seul objectif visé par les partis : ainsi, pour ne parler que de la première et de la plus importante de ces lois, la loi Sempronia, — Caius Gracchus se préoccupait avant tout de dépouiller les sénateurs de leur monopole judiciaire, et de créer, en attribuant les mêmes prérogatives aux chevaliers, une sorte de noblesse rivale qui pût tenir tête aux « *optimates* » et balancer leur influence (2). Combien son œuvre eût été incomplète, s'il s'était contenté d'enlever à ses adversaires les tribunaux criminels ou plutôt le seul tribunal criminel qui, à cette époque, paraît avoir existé : la *quæstio repetundarum* (3) ! — Quelque importance que l'on suppose à cette *quæstio*, une loi aussi spéciale n'aurait pu soulever autant d'indignation dans le sénat et chez leurs partisans : ne laissait-on pas à ce dernier la plus grande et la plus influente partie de ses attributions ? — Au surplus, au temps des Gracques, la distinction entre *judicia publica* et *judicia privata* paraît encore bien mal définie : peut-être même rangeait-on parmi ces derniers *judicia* les causes portées devant la *quæstio repetundarum;* car la *lex incerta [Acilia] repetundarum*, qui donna à cette *quæstio* le caractère franchement criminel, est d'une date, semble-t-il, sensiblement postérieure à la loi Sempronia (4).

Nous ne trouvons d'ailleurs nulle part, dans les textes qui mentionnent ces différentes lois judiciaires, la trace d'une

(1) Rudorff, I, § 39. — Latreille, I, 38.

(2) « *Bicipitem ex una fecit civitatem* ». Varron, *de vita pop. Rom.*, IV, *apud Non. Marcell.*, p. 454. — Flor., III, 17.

(3) Mo., II, 191 s. — Maynz, I, 169.

(4) Rudorff., dans *Puchta*, I, 159, n.

distinction entre les deux espèces de tribunaux : tous supposent que ces réformes s'appliquèrent aux *judicia* en général (1).

Si, il est vrai, dans ce qu'on pourrait appeler la chronique judiciaire de cette époque, il n'est généralement parlé que de procès criminels, ce fait, qui n'a rien de particulier à la Rome ancienne, s'explique tout naturellement par l'intérêt, l'importance et le retentissement de pareilles causes. — Pour répondre aux divers exemples de procès civils qu'on nous oppose et qui paraîtraient démontrer que la justice civile était régie par d'autres principes, on peut tout d'abord supposer que dans quelques-unes de ces affaires, le juge avait été choisi par les parties d'un commun et amiable accord sans s'astreindre aux prescriptions légales : ainsi Cluvius, dans le *pro Rosc. com.* 14 : « *Omnium judicio comprobatus judex* » ; mais, même sans recourir à cette supposition, qui peut déterminer exactement la date à laquelle ces différents juges ont siégé ? la plus grande incertitude règne sur l'époque précise des divers discours de Cicéron et notamment du *pro Roscio comœdo* (2). Quant au *pro Quintio* (devant Aquilius Gallus, juge), si nous en croyons Aulu-Gelle (XV, 28), il aurait été prononcé sous le consulat de M. Tullius et Cn. Dolabella, l'an de Rome 673, c'est-à-dire l'année même de la loi Cornelia de Sylla : rien ne prouve que ce discours n'ait pas précédé la réforme. Enfin, pour le consulaire Fimbria, Cicéron, dans le *De off.*, III, 19, se contente de dire : « *Fimbriam..., audiebam de patre nostro puer, judicem... fuisse* » : il faut peu d'efforts

(1) Entre autres : Flor., III, 17. — Appien, *De bell. civil.*, I, 22, p. 363 et 371, sur la réforme de Caius et celle de Drusus. — Vell. Pat. II, 6, et 32 ; Cic., *passim* : ainsi, *1 in Verr.* 13 : « *Equester ordo judicaret, annos prope quinquaginta continuos*, etc. »

(2) B. H., II, 805.

pour supposer, Cicéron étant né en 648, que l'affaire dont il s'agit remonte à une époque antérieure à la loi Sempronia (632).

D'ailleurs, ce qui suffirait à nous faire douter du bien fondé de l'autre système, ce sont toutes les réticences dont ses partisans l'entourent (1). — Que signifie même cette influence indirecte des *leges judiciariæ*, cet usage qui, par analogie avec la loi Sempronia, pénètre peu à peu dans l'organisation de la justice civile (2)? Il est bien évident, à notre sens, que si les *leges judiciariæ* n'avaient pas régi cette branche de la justice, les sénateurs ne s'en seraient pas laissé bénévolement expulser : ils devaient au contraire défendre sur ce point une prérogative consacrée par un usage plusieurs fois séculaire, et avec d'autant plus d'énergie qu'ils se voyaient acculés en quelque sorte dans leurs derniers retranchements.

A chaque *lex judiciaria* nouvelle, les juges civils comme les juges criminels durent, en conséquence, être choisis dans quelque classe différente de personnes. — Quant au point de savoir si l'on dressait à cet effet une liste, un *album judicum* (*selecti judices*), nous ferons préalablement remarquer que cette question n'est pas nécessairement liée à la précédente : Caius Gracchus pouvait fort bien chasser les sénateurs des tribunaux, même civils, sans obliger le préteur urbain à la rédaction d'une liste de juges pour ces mêmes tribunaux. En réalité, nous savons seulement que le préteur chargé de présider la *quæstio repetundarum* devait dresser une liste de quatre cent cinquante *judices selecti* (3), sur laquelle les parties choisissaient définitivement leurs

(1) Cf. Puchta, I, 445 w. - Keller, § 10, n. 154.
(2) B. H., II, 12.
(3) Maynz, I. 177, n. 127.

juges. Pour les tribunaux civils, nous manquons de renseignements, au moins pour les premières *leges judiciariæ*. — Du reste, bien que le nombre des chevaliers fût au temps des Gracques déjà considérable (1), une liste était, en matière civile, moins nécessaire qu'en matière criminelle, surtout avec le droit de récusation indéfini du défendeur. — Cependant, comme dans le *pro Cluentio*, 43, Cicéron nous parle des « *prætores urbani, qui jurati debent optimum quemque in lectos judices referre* », et que le préteur urbain était spécialement chargé de la justice civile, on peut supposer, le *pro Cluentio* ayant été prononcé en 668, que la rédaction d'un *album judiciale* général, et applicable même aux procès civils, fut imposé par quelqu'une des *leges judiciariæ* postérieure aux Gracques : la *lex Cornelia* ou la *lex Aurelia* par exemple.

3e *Période*. — De l'avènement d'Auguste à la disparition du *judex*.

Quand Auguste entreprit la réorganisation des pouvoirs publics, l'administration judiciaire n'échappa pas à ses préoccupations. — Deux lois nouvelles, connues sous le nom de *Leges Juliæ Augusti judiciariæ publicorum et privatorum (judiciorum)*, furent rendues, et devinrent en quelque sorte les lois organiques de l'administration de la justice sous l'Empire : — l'une se rapportait à la justice criminelle *(judicia publica)*, l'autre à la justice civile *(judicia privata)*.

Par ces deux lois, Auguste institua quatre décuries de juges *(quatuor decuriæ judicum)* (2), qui formèrent doré-

(1) D'après Mommsen, *Rœmische Forschungen*, II, 383 s., le nombre des cavaliers romains s'élevait, déjà en 529, à 22.100.

(2) Pline, *H. N.*, XXXIII, 7 : *Divo Augusto decurias* (sc. *judicum*) *ordinante* — *judicum nonnisi quatuor decuriæ fuere primo*.

navant l'*album judiciale*, le tableau des juges, soit pour les procès criminels (*quæstiones perpetuæ*), soit pour les procès civils (1).

Les trois premières décuries, qui constituaient une classe supérieure de juges, ont sans doute, bien que réorganisées par Auguste, été empruntées par cet empereur aux époques antérieures au système de la loi Aurelia (2); — de telle sorte que ces trois décuries auraient été composées : la première, de sénateurs ; la deuxième, de chevaliers ; et la troisième, de *tribuni ærarii*, ou de chevaliers d'un ordre inférieur, — avec le cens commun de 400,000 sesterces (de là leur nom *quatringenarii*) (3), l'ancien cens bien connu des chevaliers (4).

Quant à la quatrième décurie, elle fut très certainement créée par Auguste (Suét., *eod.*), qui la composa de citoyens « *ex inferiore censu* », appelés d'ailleurs *ducenarii*, parce qu'ils n'avaient que le cens de 200,000 ses-

(1) Orelli, 3877 : *Judici de IIII decuriis equiti selectorum publicis privatisque.*

(2) Suét. *Aug.* 32.

(3) Orelli-Henzen 6469 : « *Judicum inter quatringenarios adlecto a divo Antonino.* »

(4) V. en ce sens Mo., II, 918, n. 2. — *Secus :* Keller, 40, n. 155. — B. H., II, 60, n. 10. — D'ailleurs il est très certain que la composition de ces *decuriæ judicum* a varié selon les époques et les empereurs chargés de la révision de l'album (cf. Suét., *Claud.* 16). — Bien qu'en principe les sénateurs, d'après l'organisation d'Auguste, pussent être pris pour *judices selecti* et même, du moins à l'origine, aient formé à eux seuls une décurie, il est à remarquer que les textes et les inscriptions de l'empire ne font presque jamais mention de juges appartenant à cet ordre. Au contraire, les fonctions judiciaires paraissent en fait être devenues l'apanage exclusif de l'ordre équestre, du moins pour les trois premières décuries (Seneca, *De benef.*, III, 7 : *Judex ex turba selectorum quem census in album et equestris hereditas misit.* — Suétone, *Tib.*, 41 : *decuriæ equitum = judicum*). Cependant, c'est aller trop loin, croyons-nous, de prétendre que les sénateurs sous l'empire furent dispensés légalement des fonctions de juge (Mo., II, 919, n. 4) ; V. en effet : Pline, *H. N.*, XIV, 1, — Pline, *Ep.*, I, 20, 12 (*frequenter judicavi*), et IV, 29, qui supposent des juges-sénateurs.

terces (1). Ceux-ci ne jugeaient que les affaires de moindre importance (*de levioribus summis*). Certains, parmi les auteurs, prétendent même, en argumentant de cette dernière expression de Suétone, que les *ducenarii* n'étaient compétents qu'en matière civile (2); cependant, cette expression « *de levioribus summis* » paraît bien vague pour entraîner une pareille solution ; elle s'appliquerait très bien, par exemple, à des procès criminels en concussion portant sur des sommes peu élevées : d'ailleurs Suétone, dont le témoignage isolé est contredit, semble-t-il, par le texte général d'Orelli, 3877 (V. note 1, p. 68), pourrait n'avoir envisagé la compétence des *ducenarii* que d'un seul côté.

En principe donc, les quatre *decuriæ* servaient à la justice criminelle comme à la justice civile. Toutefois, en pratique on distinguait les juges réservés aux causes criminelles de ceux occupés aux affaires civiles ; on peut argumenter en ce sens d'un passage d'Aulu-Gelle, XIV, 2 : « *A prætoribus lectus in judices sum, ut judicia quæ appelantur privata suscipe-rem* », — et de cette circonstance que nous révèlent les fr. Vat., §§ 197, 198, que deux chapitres différents suivant la nature du procès étaient consacrés à la matière des excuses.

Chacune de ces décuries se composait de mille *judices selecti* environ (*vix*), soit quatre mille en tout (3). Leurs fonctions étaient à vie et non pas annuelles (4) ; seulement, chaque année, la liste sur laquelle ils étaient portés, publiée

(1) On a donné de cette expression « *ducenarii* » beaucoup d'autres explications que nous croyons inutile de rapporter. — Cf. Bonjean, I, 172.

(2) Cf. B. H., II, 59, n. 7.

(3) Pline, *H. N.* XXXIII, 7.

(4) C'est ce que démontrent beaucoup de textes : Suét. *Aug.* 32 : *Vix concessit ut annua vacatio esset*, — cette circonstance que la qualité de juge est désormais relatée dans les inscriptions, — enfin le silence des textes sur la durée des fonctions. — Sans doute cependant, au-delà d'un certain âge, on avait le droit de s'excuser (V. p. 51).

et affichée au forum (*album judicum*), était révisée par l'empereur, à son défaut probablement par les préteurs (1): l'empereur inscrivait alors de nouveaux noms (2), rayait les indignes, et déchargeait ceux légalement excusés (3). Les juges étaient encore soumis de la part du censeur (4) et du préteur (5) à une sévère surveillance, qui ne s'appliquait pas seulement aux détails du service judiciaire, mais pénétrait jusque dans leur vie privée.

Caligula créa une cinquième décurie de juges (6), probablement recrutés également parmi les chevaliers (7). — On demanda encore à Galba d'en créer une sixième, mais il s'y refusa (8).

Nous n'avons parlé, jusqu'à présent, comme conditions nécessaires aux juges et appartenant à l'ordre politique, que des conditions de cens et de classe. Pendant longtemps, il fallait encore, pour être juge, le droit de cité romaine *héréditaire* (9), et le domicile à Rome ou en Italie, car c'est à Rome que les juges devaient siéger (10). Plus tard, sous l'empire, on admit des provinciaux dans l'*album judicum* (11), peut-être même des pérégrins, des non-citoyens (12).

(1) Gelle, XIV, 2.
(2) *Adlegit* : Suét. *Aug.* 32, *Tib.*, 41. *Claud.* 15, etc.
(3) Suét. *Claud.* 15 et 16.
(4) Suét. *Claud.* 16.
(5) Pline, *Ep.* IV, 29.
(6) Suét. *Calig.* 16.
(7) Pline, *H. N.*, XXXIII, 8.
(8) Suét., *Galba*, 14.
(9) Pline, *H. N.* XXXIII, 7. *Servatum in hodiernum, ne quis ex novis civibus in iis judicaret.* — *C. I. L.* de Mommsen : 1943. — Nous savons qu'il y avait cependant de rares exceptions dans les provinces : V. p. 24 ; Cic., *2 in Verr.* II, 13 ; — peut-être Gaius (IV, 105) fait-il seulement allusion à ces exceptions.
(10) Orelli-Henzen 6467. — *C. I. L.* de Mommsen, V, 5050.
(11) Pline, *H. N.* XXXIII, 7 : *Nondum provinciis ad hoc munus admissis.* — Cette innovation est peut-être due à Claude (Suét. *Claud.* 16).
(12) Gaius, IV, 105.

CHAPITRE IV.

Compétence du « judex unus. ».

Nous allons étudier la compétence du *judex* au triple point de vue : *personnel*, c'est-à-dire des personnes soumises à la juridiction du *judex unus ; — territorial*, ou du territoire embrassé par cette juridiction, — et *matériel*, ou de la nature des procès tranchés par ce juge (1).

Les deux premiers points ne se confondent pas, car il arrive fréquemment que la juridiction d'un juge, tout en s'étendant sur tout un territoire, ne frappe pas tous les habitants de ce territoire. — Nous rappelons que nous ne nous occupons dans cette étude que du *judex unus* à Rome.

SECTION I.

Des personnes justiciables du « judex unus ».

Seuls les citoyens romains relevaient à l'origine du tribunal du *judex unus*.

Les pérégrins ne pouvaient même, dans les premiers temps

(1) Une sentence rendue par un juge incompétent est aussi inefficace que celle rendue par un juge incapable *natura*, etc. — L. 53, § 3, D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 20, D., *De jurisd.*, 2. — L. 2, § 1, D., *si quis in jus voc.*, 2, 5, — L. 1 et 6., C., *si a non competente jud.*, 7, 48.

de Rome, obtenir de protection judiciaire qu'en se mettant sous le patronage de quelques citoyens (1), ou en recourant à l'intervention des féciaux qui transformaient alors l'affaire privée en affaire internationale (*cognitio fecialis*) (2).

Quand le territoire de Rome se fut agrandi, que son commerce se fut développé, et que ses relations avec les autres peuples eurent pris un caractère continu, on vit apparaître, à côté du *judex unus*, des juges spéciaux pour trancher les différends entre Romains et étrangers, et entre étrangers seulement : ce furent les *recuperatores*. Bientôt même (507 ou 512 de Rome), on créa un second préteur pour diriger ces procès et nommer les récupérateurs ; pour ce motif, ce préteur est appelé dans les textes : « *prætor qui inter peregrinos jus dicit* » ou « *prætor qui inter cives et peregrinos jus dicit* » (sous l'empire « *prætor peregrinus* »), tandis que l'on trouve pour l'ancien préteur urbain la qualification de « *prætor qui inter cives jus dicit* » (3).

Le *judex unus* était le juge du *jus civile ;* les *recuperatores*, ceux du moins nommés par le préteur pérégrin, appliquaient le *jus gentium*.

Cependant certains pérégrins (4) jouissaient, par un privilège tout particulier, du bénéfice du *jus civile*. — Ceux-ci pouvaient, dès lors, recourir à toutes les formes ordinaires de procédure accessibles aux citoyens romains, même à la forme du *judex unus* (5). Ainsi, les « *Latini* » (6), *Latini*

(1) Cic., *De off.*, I, 11 ; *divinat. in Cæcilium*, 4, 20 ; Tite-Live, XLIII, 2.

(2) Rudorff, I, 8.

(3) Mo., II, 188.

(4) Nous entendons par cette expression tous les non-citoyens (Gaius, I, 79) : latins, provinciaux ou étrangers proprement dits, avec lesquels Rome a contracté alliance ou fait un traité.

(5) Cf. Gaius, IV, 105.

(6) Ulpien, XIX, 4 ; XI, 16.

veteres, *colonarii* et *juniani*, — généralement tous ceux gratifiés du *jus latii* (1) ou du *jus commercii*, c'est-à-dire du droit de faire les actes pécuniaires de la vie civile romaine (2).

Les faveurs faites aux étrangers se multiplièrent encore sous l'empire, — jusqu'au moment où l'édit de Caracalla (L. 17, D., *De stat. hom.*, 1, 5), donnant en bloc à tous les habitants de l'empire le droit de cité, les mit tous, au point de vue des formes judiciaires, sur le même pied.

Quant aux personnes, autres que les pérégrins, sur lesquels le *judex* ne pouvait exercer aucune juridiction, notons simplement les magistrats d'une puissance égale ou supérieure (*par majorve potestas*) à celui qui a nommé le *judex* (3), — à moins, toutefois, que ces magistrats ne se soumettent volontairement à la juridiction du juge (4). C'est une application du principe posé plus haut, et dont la théorie tout entière de la compétence du juge n'est, somme toute, que la démonstration et le développement, à savoir, que la *jurisdictio* du *judex*, n'étant au fond qu'une *jurisdictio mandata*, ne peut être plus étendue que celle du mandant.

(1) Quelquefois, les habitants d'une vaste contrée comme la Gaule Cisalpine transpadane, en vertu de la loi *Pompeia* (663); peu de temps après, on leur donna le droit de cité complet.

(2) Ulpien, XIX, 4 et 5. D'ailleurs le procès dans ces divers cas, bien que devant être tranché *in judicio* par un *judex unus*, et non par des *recuperatores*, n'en était pas moins porté *in jure* devant le *prætor peregrinus*. Arg.: Gaius, IV, 31. (Mo., II, 211).

(3) L. 3, § 3. — L. 4, D., *De receptis*, 4, 8.

(4) L. 14, D., *De jurisd.*, 2, 1.

SECTION II.

Compétence territoriale.

C'est ici surtout que nous trouvons l'application du principe que nous venons de rappeler : au point de vue territorial, la compétence du *judex unus* se règle exactement sur celle du magistrat, dont il est l'auxiliaire et le mandataire.

Nous croyons donc superflu de nous arrêter sur une matière qui n'intéresse le *judex* que très indirectement, et qui nous entraînerait à étudier les différentes phases par lesquelles passèrent les pouvoirs des divers magistrats de Rome, et spécialement du *prætor urbanus*.

Résumons la situation en quelques mots : le *judex unus*, dans la ville de Rome, n'était compétent en principe que pour les citoyens romains ; mais à ce point de vue sa compétence était, en droit pur, générale et s'étendait jusqu'aux dernières limites de l'empire : en vertu de cette règle romaine, que la compétence est déterminée par le domicile (*forum domicilii*) ou par l'origine (*forum originis*), et que la ville de Rome est la patrie commune de tous les citoyens romains. Toutefois, la juridiction du *judex* de Rome n'avait pas, dans toutes les parties de l'empire, le même caractère obligatoire pour les plaideurs citoyens. Ceux qui habitent Rome ou son territoire immédiat, ceux qui en sont réellement originaires, peuvent évidemment, et dans tous les cas, être appelés devant les autorités judiciaires de la capitale, ainsi devant le *judex unus* (1). — Quant aux habitants de l'Italie, d'après une loi *Rubria* rendue vers la fin de la république

(1) « *Actor sequitur forum rei.* » Fr. Vat. 325, 326.

pour la Gaule cisalpine (1), et dont les dispositions à cet égard furent peut-être étendues à toute la péninsule, ils devaient se rendre devant les tribunaux de Rome, toutes les fois que l'objet du procès était une *certa pecunia* de plus de 15,000 sesterces ; les parties pouvaient cependant, par un accord amiable, proroger la compétence des magistrats locaux.— Enfin, les citoyens des autres parties du territoire romain, de même que les Italiens pour les procès de 15,000 sesterces et au-dessous, n'étaient, en principe, jamais obligés de comparaître à Rome. Il fallait, pour qu'un défendeur eût à répondre devant un juge romain, qu'il se trouvât accidentellement à Rome ou qu'il consentît de plein gré à s'y rendre (2).

Sous l'empire, d'ailleurs, cette juridiction des tribunaux de la ville de Rome paraît avoir été considérablement réduite. — Ce fut une des conséquences du système administratif impérial. — Les empereurs s'efforcèrent, en effet, de diviser l'Italie en circonscriptions (*regiones*) plus ou moins régulières, dont chacune était soumise à un administrateur supérieur : *consulares* sous Adrien (Capitolin, *Ant. Pius.* 2), *juridici* sous Marc-Aurèle (Capit., *Marc.*, 11) ; comme on oppose à ces différentes *regiones* l'*urbica diœcesis*, la circonscription de la ville de Rome (3), il est probable que la juridiction des autorités de Rome *prætor urbanus* et *judex unus* n'allait pas au-delà (4). — Au surplus, alors que le droit de cité avait été distribué à profusion dans les provinces, depuis surtout l'édit de Caracalla, il aurait été peu pratique de laisser au seul préteur, même avec les restrictions indiquées plus haut, son ancienne juridiction sur tous les citoyens romains.

(1) B. H., II, § 59.

(2) Arg. : Cic., *2 in Verr.* III, 15. — La *lex Rubria* (c. 21 et 25) n'obligeait au *Vadimonium* qu'au-dessus de 15,000 sesterces.

(3) Frag. Vat., 205.

(4) B. H., II, 66 s.

SECTION III.

Compétence matérielle.

Nous avons dit, dans notre Chapitre II, que le *judex unus* n'avait été institué, tout d'abord, que pour les *actiones in personam* ayant pour objet une *certa pecunia,* mais que rapidement la sphère d'application de notre juge s'était développée, notamment par la création de la *judicis postulatio.* — De bonne heure, par conséquent, la compétence du *judex* s'étendit à toutes les actions de créance. Une troisième *legis actio*, la *condictio* (créée par les lois *Silia* et *Calpurnia*, vers 510 et 520), vint lui confirmer encore une fois et compléter peut-être les pouvoirs qui lui étaient déjà reconnus avec l'*actio sacramenti in personam* (1).

Nul doute que le domaine du *judex* n'embrassât bientôt également les actions réelles et les actions d'état. — Cette dernière conquête se fit-elle avant l'abrogation des actions de la loi ? Sur ce point, les documents nous manquent (2), et l'on remarquera, d'ailleurs, que la réforme en ces matières paraissait moins nécessaire, car les intérêts des plaideurs étaient déjà protégés par les deux tribunaux permanents, centumvirs et décemvirs.

Quoi qu'il en soit, quand la loi *Ælutia* et plus tard les *leges Juliæ* eurent substitué aux formes vieillies des actions de la loi la procédure plus souple de la formule (3), le triomphe du *judex unus* fut complet ; — tandis, qu'en effet, les

(1) Gaius, IV, 18, 19.
(2) V. cependant B. H., I, § 24, n. 26.
(3) Gaius, IV, 30.

centumvirs restaient fidèles à la procédure ancienne (1), le *judex* devint le juge par excellence ; on pourrait presque dire le seul juge du nouveau système. — Il est malaisé, il est vrai, de déterminer exactement la date de la loi *Ælutia* (2), la principale des lois qui organisèrent la procédure formulaire (Gelle, XVI, 10) : en tout cas, au temps de Cicéron, cette procédure était en pleine vigueur, ce que démontrent les nombreux passages des discours de cet orateur, où il est parlé de la formule délivrée par le préteur (Cf., *pro Rosc. com.*, 8), et encore ces textes bien connus (*De off.*, III, 17 ; *De nat. deor.*, III, 30), dans lesquels Cicéron donne l'énumération presque complète des *judicia bonæ fidei*, ce qui suppose déjà un grand perfectionnement dans le mécanisme de la formule.

Notre institution du *judex* atteignit donc, en quelque sorte, son apogée dans le courant du sixième siècle ou le commencement du septième : à cette époque, le *judex* embrassa le domaine entier des actions, même actions réelles (3), même actions d'état *(formulæ præjudiciales)*. Les *centumviri*, les *recuperatores* eux-mêmes, bien que ces derniers aient également, et peut-être avant le *judex*, adopté le système formulaire, ne nous apparaissent plus que comme des tribunaux d'exception et vraisemblablement facultatifs pour les parties. Le juge de droit commun, le juge romain, sous le régime formulaire, c'est le *judex unus*.

Comment, dès lors, comprendre l'opinion de certains au-

(1) Gaius, IV, 31 et 95. — Gelle, XVI, 10.

(2) On ne s'accorde ni sur la date ni même sur la portée réelle de cette loi *Ælutia*. Cependant la majorité des auteurs proposent le sixième siècle ; dans chacune des trois années 520, 577, et 583, il y eut un tribun *Ælutius* (Cf. Accarias, II, 825, n. 1 ; — B. H., II, § 55, n. 2. — Puchta, I, § 80. — Rudorff, I, § 44).

(3) Cic., *2 in Verr.* I, 45. — Gaius, IV, 91 s.

teurs qui voudraient faire du *judex* une sorte de juge d'ordre inférieur, inférieur notamment aux centumvirs ?

D'après Zumpt (1), le préteur nommait un *judex* quand le débat à trancher était « simple, clair et prévu par la loi » ; la loi, au contraire, était-elle « incomplète, défectueuse ou muette », il renvoyait devant le tribunal des centumvirs.

D'après Latreille (p. 104-108), les centumvirs connaissaient de toutes les questions intéressant directement ou indirectement l'ordre public, le *judex* des questions d'intérêt purement privé (2)

L'un et l'autre système aboutissent à cette conclusion : aux centumvirs les causes importantes et compliquées ; — au *judex* les causes simples et d'un intérêt médiocre.

Ce point de vue nous paraît formellement contredit par tout ce que nous savons de ces deux tribunaux. A quelque époque que l'on se place, même au moment le plus florissant des actions de la loi, le tribunal des centumvirs est loin d'avoir la compétence générale qu'on veut lui attribuer. D'après tous les textes qui nous sont parvenus, sa compétence ne dépassait pas, du moins à titre principal, le cercle étroit des actions *in rem* ou *vindicationes* du vieux droit civil (3). Or, il est bien évident que les questions compliquées ou d'intérêt public ne sont pas toutes comprises dans cette catégorie.

Et plus tard, sous l'empire de la formule, que deviendrait avec de pareilles restrictions cette grave révolution juridique qui renversa les actions de la loi, toute cette vieillerie des XII Tables, nous dit Aulu-Gelle (XVI, 10) ? que signifieraient

(1) *Ueber die Ursprung, Form, und Bedeutung des cent. Gerichts,* dans *die Abhandl. d. Acad. d. Wissensch.*, Berlin 1837-1838. p. 12.

(2) V. la réfutation détaillée du système de Latreille, dans Chénon nº 32.

(3) V. Chénon (d'après Bethmann-Hollweg), nº 33.

les expressions si énergiques dont Gaius (IV, 30) se sert, pour dépeindre le discrédit dans lequel étaient tombées ces formalités surannées? Il faudrait donc réduire l'emploi de la formule aux causes simples et d'un intérêt médiocre, puisque devant les centumvirs le procédé formulaire ne fut jamais en usage? C'est invraisemblable !

Au temps de Cicéron, par une coïncidence remarquable, nous voyons au contraire le tribunal des centumvirs tomber si bas qu'aucun des grands orateurs de cette époque ne veut se faire entendre devant lui (1). Et sous l'Empire, en dépit des réformes d'Auguste, Pline lui-même, qui avait plaidé fréquemment et toujours avec succès devant les centumvirs, qui devait, par respect au moins pour de glorieux souvenirs, se faire le défenseur de ce tribunal, Pline laisse échapper ces paroles : « *Sunt pleræque* (sc. *centumvirales causæ*) *parvæ et exiles. Raro incidit vel personarum claritate, ve negotii magnitudine insignis* » (II, 14).

Nous sommes bien loin de la conclusion de Zumpt et de Latreille : la vérité, comme on le voit, est dans la conclusion inverse.

Que le tribunal des centumvirs ait survécu à l'établissement du régime formulaire et ait même subsisté pendant une grande partie de l'Empire, ce fait incontestable nous apparaît aujourd'hui comme une sorte d'énigme historique. On ne peut guère l'expliquer que par le soin jaloux, le respect pieux dont les Romains entouraient toutes les vieilles institutions, héritage de leur père; ou, mieux encore, Auguste, en monarque avisé, encouragea-t-il lui-même le main-

(1) Tacite, *Dial. de or.*, 38 : « *Adeo splendore aliorum judiciorum obruebantur ut... non... ullius magni oratoris liber apud centumviros dictus legatur.* » — Cicéron au contraire a prononcé plusieurs discours devant des *judices privati*: ex. *pro Quintio, pro Roscio comœdo.*

tien de ce tribunal, pour laisser aux orateurs, se ressouvenant du forum, comme une dernière illusion, l'ombre bien affaiblie des anciennes assemblées populaires : « *Maximi principis disciplina ipsam quoque eloquentiam, sicut omnia alia, pacaverat* » (1).

En théorie, tout au moins, les centumvirs partageaient cependant avec les *judices privati* la connaissance des actions *in rem*, et plus spécialement des questions de succession : ces dernières causes devinrent même en fait, sous l'Empire, l'objet exclusif des procès centumviraux (2). — Toutefois, dans ces diverses affaires, nous pensons que les parties avaient toujours, depuis la fin de la République, la faculté de préférer un *judex unus* (3) ; et il nous répugne absolument de croire, avec quelques auteurs (V. Zimmern, 97), que, pour les *querelæ inofficiosi testamenti*, les centumvirs aient eu une compétence exclusive : ce n'était là après tout qu'une variété de pétition d'hérédité, rien en droit ne s'opposait donc à ce qu'une question de ce genre fût tranchée en la forme ordinaire des *judicia privata* (4).

(1) Tac., *Dial. de or.*, 38. — Le tribunal des centumvirs eut sous l'empire comme un retour de vogue, un regain de popularité (Tacite, *eod.* — Quintil., IV, 1, 57. — Pline, II, 14, 2 ; VI, 33) : mais non en tant que tribunal proprement dit, ou autorité judiciaire, car les questions de chiffres les affaires compliquées étaient toutes portées devant les *judicia privata* (Pline, VI, 33), on recherchait cette assemblée pour les succès oratoires, pour s'y faire applaudir par un auditoire nombreux ; c'était la juridiction aimée des rhéteurs (Quintil., IV, 1, 57), aimée par les jeunes avocats qui venaient y faire leurs débuts et s'exercer au beau langage (Pline, II, 14; IV, 24), les avocats sérieux, ce que nous appelons aujourd'hui les avocats d'affaires, la fuyaient.

(2) Quintil., IV, 1, 11 ; VII ,2, 4. — Saint Jérome, *Ep. ad Domn.*, 50, 2.

(3) Arg. Gaius, IV, 91-95. — Cic., *2 in Verr.* I, 45. — Quintilien, V, 10, 115.

(4) Le système contraire ne peut invoquer en sa faveur aucun argument positif : car nous ne pouvons considérer comme tel la L. 12, pr. C., *De petit. hered.*, 3, 31. Vouloir induire de ce texte que « les centumvirs pouvaient seuls connaître des pétitions d'hérédité » (Chénon, 61),

Quant aux *recuperatores*, qui, eux, s'accommodèrent fort bien du nouveau système de procédure et précédèrent même peut-être le *judex* dans l'emploi de la formule, nous savons qu'à l'origine ils furent les juges internationaux, les juges entre étrangers ou entre Romains et étrangers. Mais sous le système formulaire et déjà sous Cicéron (*or. pro Cecina*), leur caractère se modifia, et nous les voyons juger certains procès entre plaideurs tous citoyens romains. Cependant il a été impossible de définir exactement leur rôle et la nature de leurs attributions : ils étaient, croyons-nous, des commissaires ou des auxiliaires *facultatifs* du magistrat plutôt que des juges proprement dits (*judicia recuperatoria imperio continentur*, Gaius, IV, 105) : il paraît résulter de quelques textes qu'on leur confiait de préférence les questions d'état, et généralement celles intéressant directement la personne (1). Avaient-ils en ces matières une compétence spéciale et exclusive de celle du *judex unus*? Nous ne le pensons pas. Un certain nombre de documents supposent même expressément pour certaines affaires, questions d'injures et d'interdits, une compétence facultative (2).

Comme conclusion, nous répétons donc ici : dans la sphère du droit civil, du *jus privatum*, le *judex unus* est le juge ro-

c'est oublier que, devant les centumvirs, on ne pouvait agir que par les formes des actions de la loi, de l'*actio sacramenti* (V. *supra*), c'est méconnaître notamment la distinction nettement posée par Gaius à ce point de vue (IV, 91-95. — *Adde*, Cic., *2 in Verr.* I, 45) pour toutes les actions *in rem*, par conséquent aussi pour les pétitions d'hérédité. — Du reste, sans parler du peu de garantie que présentent d'ordinaire les renseignements historiques de cet empereur, dans la constitution précitée Justinien ne reconnait pas la compétence exclusive des centumvirs, il constate seulement un usage dont il explique l'origine à sa façon, en en attribuant la formation aux centumvirs : il n'y a rien en cela qui ne puisse se concilier avec notre manière de voir.

(1) Puchta, I, 442.

(2) Gaius, III, 224; IV, 141. — Cic., *De inv.*, II, 21. — Gelle, XX, 1. — Cic., *2 in Verr.* III, 58, *in f.*

main par excellence, le juge de droit commun. — C'est ce dont témoignent encore les noms de « *judicium legitimum* » et de « *judicium privatum* », donnés exclusivement à l'instance présidée par notre *judex* (1). — La dénomination de « *judex privatus* », réservée au juge unique, est, au point de vue de la compétence, la meilleure et la plus expressive des formules.

Que comprend ce *jus privatum?* — Telle est la question que l'on se pose ici tout naturellement ; — nous déterminerons en même temps l'étendue de la compétence du juge.

Au *jus privatum* on oppose le *jus publicum ;* et Justinien (*Inst.*, I, 1, § 4) définit ces deux droits : « *Publicum jus est, quod ad statum rei romanæ spectat ; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet* » (2). Tel est bien, en effet, à Rome, le criterium entre ces deux espèces de droit : les intérêts de l'Etat, plus généralement de la communauté, sont régis par le *jus publicum ;* les intérêts des individus, des simples particuliers, par le *jus privatum.*

Cette division, au fond parfaitement logique, exerça sur la formation du droit romain une influence décisive. — A Rome, on ne connut jamais le classement moderne : droit civil et procédure civile, droit commercial, droit administratif, droit criminel, etc., on divisait simplement en *jus publicum* et *jus privatum.*

Dans le *jus privatum* entraient, cela va sans dire, le droit civil, procédure civile et le droit commercial.

Le droit criminel, dans le sens moderne, avait été, con-

(1) Gaius, IV, 104 s. et *supra.*

(2) Ulpien (L. 1, § 2, D., *De just. et jure*, I, 1), auquel Justinien emprunte ces définitions, ajoute : « *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* »; mais à cette énumération très incomplète nous préférons de beaucoup la définition plus générale et plus exacte : « *Quod ad statum rei romanæ spectat* ».

formément au même principe, séparé en deux branches : un délit était-il dirigé contre la société en général, ex. :désertion, haute trahison (*perduellio*, *majestas*), il était puni conformément au *jus publicum ;* — n'était-il dirigé que contre des citoyens pris individuellement, ex. : *furtum*, *injuria*, il était puni selon les règles du *jus privatum* (1). — Aussi appelle-t-on ces derniers délits « *delicta privata* », tandis que ceux de la première classe étaient dénommés simplement « *crimina* » : on opposait encore les *judicia privata* aux *judicia publica* (V. p. 17). — Malheureusement entre le domaine des *delicta privata* et celui des *crimina*, la ligne de démarcation est plus idéale que réelle : combien de délits, en effet, matériellement, frappent un seul individu, et à raison de leur gravité, des circonstances qui les accompagnent, atteignent la société tout entière. Aussi, entre ces deux classes de délits, les Romains connaissaient-ils une sorte de catégorie intermédiaire, des délits mixtes, pour ainsi dire, qui participaient, il est vrai, à la nature des deux classes principales, mais que l'usage rangea définitivement parmi les *crimina*. – Tels étaient, depuis le très ancien droit, le meurtre d'un proche parent (*parricidium*), par extension, tout meurtre quelconque, — et depuis les XII Tables : l'incendie, le vol de récoltes, la prévarication des juges, etc. (2); ce nombre s'accrut avec les progrès de la civilisation et spécialement à l'époque où les instances devant les *quæstiones perpetuæ* devinrent de véritables *judicia publica*.

(1) On ne connaissait donc pas à Rome notre expression droit criminel; et ce qui montre bien encore quelle confusion régnait alors, relativement aux divisions modernes, entre les différentes espèces de droit, ce sont ces actions, d'origine essentiellement civile, qui aboutissaient, en cas de dénégation du débiteur, à une condamnation au double : *actio judicati, depensi,* etc. (Gaius, IV, 171).

(2) Maynz, I, 56.

Le droit administratif faisait, tout naturellement, partie du *jus publicum :* soit en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs administratifs, soit quant à la réglementation des rapports de l'État avec les particuliers : ces rapports, ainsi que les différends pouvant s'élever à leur occasion, étaient dans tous les cas réglés par les magistrats eux-mêmes (consul, censeur, etc.) : en réalité, toutes ces questions *ad statum rei romanæ spectabant.* — Cependant, dans les relations avec les particuliers, il fallait que l'État fût directement mis en cause ; si le débat s'élevait, non pas entre l'administration et un particulier, mais entre un particulier et une autre personne, qui s'était à ses risques et périls substituée à l'État, ex. : entre un contribuable et un fermier des impôts, dans ce cas, le procès, bien qu'au fond administratif, était tranché dans les formes d'un procès civil : le censeur pouvait nommer alors un *judex* ou des *recuperatores* (1).

En résumé, le *jus privatum* comprenait les différentes branches juridiques que nous désignons sous le nom de droit civil, procédure civile, droit commercial et cette partie du droit pénal et du droit administratif qui n'intéressait que les particuliers.

Tel était bien, en principe, le domaine du *judex unus*, du *judex privatus*.

Cependant, quand on dit que le *judex unus* était, en matière de droit privé, le juge romain par excellence, le juge de droit commun, on se prononce plutôt d'après les faits et la situation apparente du juge, que d'après la vérité théorique. — Pour qui va au fond des choses et considère l'origine de cette compétence, le *judex* est un simple juge spécial ni plus ni moins que les *recuperatores* et les *centumviri* — Ce serait une grave erreur que de vouloir l'assimiler aux tribu-

(1) V. sur tous ces points : Mo., I, 167 s ; II, 458. — B. H., I, 94.

naux civils de nos jours ; sa nature est toute différente. Le *judex unus* ne fut pas créé pour le droit privé en général, pour toutes les matières du droit privé, mais pour certaines d'entre elles seulement, d'abord en très petit nombre et soigneusement déterminées; chaque matière nouvelle qui entrait dans sa compétence était finalement une nouvelle conquête, qu'une disposition législative formelle devait consacrer.

C'est à la suite de ces conquêtes successives, que la juridiction de ce juge, vers la fin de la république, embrassa tout ou presque tout le droit privé. Cependant, à cette époque encore, la nature très spéciale de la compétence du *judex* se manifeste de bien des manières.

Remarquons, tout d'abord, que tout ce qui sort du *jus civile*, du droit propre aux citoyens, échappe en même temps au *judex :* le *judex* avait été créé par le droit civil romain, le vieux *jus civile*, et pour ce *jus civile ;* c'était un juge essentiellement national. En conséquence, cette partie du droit, qui comprend les règles de bon sens et d'équité naturelle, que l'on applique dans les rapports des étrangers entre eux, ou avec les citoyens romains, et que l'on appelle souvent « *jus gentium* » (1), n'était pas comprise dans le domaine du *judex ;* pour en connaître, on avait créé des juges spéciaux : les *recuperatores* (2).

(1) Accarias, I, 16 s.

(2) Les pérégrins, admis à recourir en justice dans les formes romaines, ceux qui pouvaient choisir un *judex unus* (Gaius, IV, 105), jouissaient sans doute du *jus Latii* ou *jus commercii* (V. p. 73). Daileurs, à l'époque de Gaius, en dehors de certaines formules ou formes d'actes et surtout certains droits de famille qui touchaient plus particulièrement à la constitution de Rome, les pérégrins avaient généralement comme les citoyens la jouissance du *jus civile* (Gaius, I, 55; II, 65; III, 93); — il s'était, en outre, quant au droit lui-même, peu à peu accompli, sous des influences diverses, une sorte de fusion entre le *jus civile* et le *jus gentium*. Il était dès lors inutile de distinguer à ce point de vue deux sortes de juridictions.

D'un autre côté, quand le préteur se trouva en face de situations particulièrement favorables qu'il crut nécessaire ou utile de réglementer, ou de réglementer autrement que le droit civil, quand il posa les bases de ce *jus honorarium* (1), qui compléta et corrigea le vieux *jus civile*, il se trouva libre, en principe, d'organiser comme il l'entendait les moyens de faire valoir en justice les nouveaux droits, dont il reconnaissait l'existence et définissait les éléments. En vertu de son pouvoir supérieur de *jurisdictio*, le préteur pouvait juger lui-même, ou confier ce soin à un juge, dans la forme des procès se rattachant au *jus civile* (2). — Que le préteur ait très généralement adopté ce dernier procédé (*actiones ficticiæ, in factum*), il ne faut voir dans cette circonstance qu'une preuve nouvelle des efforts que faisait ce magistrat pour ménager les transitions, et concilier les institutions du droit nouveau avec les traditions et les usages du *jus civile*. — Cependant il n'en était pas toujours ainsi : le préteur, dans des circonstances de ce genre, jugeait quelquefois lui-même, il se prononçait définitivement sans renvoi devant un juge, *cognoscebat causam*, il connaissait de l'affaire (3).

C'est alors que s'établit dans le droit privé la distinction

(1) Nous savons que le *jus honorarium* ne fut pas l'œuvre du préteur exclusivement, et que tous les magistrats, capables de rendre des édits, y coopérèrent plus ou moins ; mais la part du préteur dans la formation de ce droit prime tellement celle des autres, que nous croyons pouvoir confondre le *jus honorarium* et le *jus prætorium* (Cf. L. 7, § 1 et L. 8, D., *De just. et jure*, 1, 1). — Ce que nous disons, au texte, du préteur pourrait d'ailleurs en général être dit des autres magistrats.

(2) Cic , *De leg.*, III, 3.

(3) V. sur ce sens de « *cognoscere* » : Ulpien, XXV, 12. — L. 2, D., *De his qui sui vel alieni*, 1, 6. — L. 9 et 19, § 1, D., *De off. præs.*, 1, 18. — *Mos. et rom. legum coll.* I, 11, § 2, etc. — De là le nom de « *cognitiones* » donné aux cas où le magistrat jugeait seul : on les appelait encore, en les opposant aux anciennes « *actiones* » avec renvoi devant un juge, « *extraordinariæ cognitiones* » (Dig., 50, 13) ou « *persecutiones* » (L. 178, § 2, D., *De verb. sign.*, 50, 16).

si importante du *jus ordinarium* et du *jus extraordinarium* (1). Le « *jus ordinarium* » c'est le droit qui est soumis aux formes judiciaires traditionnelles avec renvoi devant un juge. Le « *jus extraordinarium* » est cette autre partie du droit, dont le magistrat connaît seul, et qui, par conséquent, ne tombe pas sous la compétence du *judex*.

Les débuts de ce dernier droit furent modestes (2). Notons, cependant, les questions de délivrance d'interdit, de *restitutiones in integrum*, et généralement les affaires qui, à raison de la nature des parties en présence ou de l'objet du litige, présentaient quelque chose d'extraordinaire et de particulièrement contraire à l'esprit du vieux *jus civile*. Ainsi, les demandes des esclaves contre leurs maîtres, les demandes des affranchis contre leurs patrons et *vice versa*, des enfants *in potestate* contre leurs parents ou des parents contre leurs enfants (3), demandes d'aliments entre parents et enfants, patrons et affranchis (4), tuteur et pupille (5), d'honoraires, etc.

Sur la plupart de ces points, l'empereur ne fit très probablement que développer et compléter l'œuvre du préteur (6),

(1) L. 10, D., 50, 16. — Suétone, *Claud.* 15 : « *Negantem cognitionis rem, sed ordinarii juris esse...* »

(2) La connaissance du « *crimen suspecti tutoris* », établi, paraît-il, par les XII Tables, avait été expressément confiée aux préteurs et gouverneurs de province (L. 1, pr., §§ 2 et 3, D., *De susp. tut.*, 26, 10. — *Inst.*, 1, 26 *eod.* pr. et § 1).

(3) L. 1, §§ 1, 2, 10, D., *De off. pr. urbi*, 1, 12.

(4) LL. 5, 6, D., *De agnosc. lib.* 25, 3.

(5) LL. 3, 6, D., *Ubi pup.*, 27, 2,

(6) Nous croyons donc que Rudorff (I, § 5, p. 11), en appelant *jus extraordinarium* « le droit nouveau créé par les empereurs et le sénat impérial », donne à cette expression une acception trop étroite : — ainsi, la matière de la délivrance des interdits, et celle des *restitutiones in integrum* (Térence : *Phormion*, II, 4, v. 10-12), furent certainement réglées par le préteur et, en partie tout au moins, avant la fin de la république.

mais il y ajouta, soit directement par ses constitutions, soit indirectement par ses sénatusconsultes, nombre de cas nouveaux : ainsi, les questions de fidéicommis (Gai., II, 278. — Ulp., XXV, 12). Aussi bien, la toute puissance impériale n'avait plus de ménagements à garder vis-à-vis des traditions républicaines, et dorénavant les nouvelles actions, — sauf des exceptions rares (*actiones utiles*), — vont toutes grossir le domaine du *jus extraordinarium*.

Néanmoins, — en dépit de l'importance considérable prise par ce dernier droit, — le vieux *jus civile* et le *jus honorarium* (*actiones ficticiæ* et *in factum*), le *jus ordinarium*, enfin, formait encore le fondement du droit romain tout entier et comme le droit commun de Rome. — Les dispositions des différentes constitutions, qui intervenaient, n'avaient, vis-à-vis du droit ancien, que le caractère d'exceptions, un caractère *extraordinaire*. — C'est pourquoi, il est vrai de dire que, du moins, aux premiers temps de la période impériale, le *judex unus* fut encore le juge romain par excellence, *judex privatus*, *judex legitimus*, celui devant lequel le magistrat était généralement obligé de renvoyer les plaideurs.

CHAPITRE V.

Du « Judicium ».

C'est de l'instance devant le juge que nous voulons ici parler : cette expression « *judicium* » présente, en droit romain, les sens les plus divers, les plus complexes ; nous l'entendons ici par opposition à l'instance devant le magistrat, au *jus*.

Nous diviserons les développements de ce chapitre en quatre sections : I. A quelle époque pouvait avoir lieu le *judicium*. — II. Organisation extérieure du *judicium*. — III. Procédure *in judicio*. — IV. *Officium judicis* et sentence.

SECTION I.

Époque à laquelle pouvait avoir lieu le « judicium ».

A Rome, les *judices* ne pouvaient siéger tous les jours ; le service de la justice fut soumis à des restrictions de toute nature : 1° Système des *dies fasti* et *nefasti* en vigueur sous la République. — 2° Système des jours de fêtes et des jours profanes (*festi profestique dies*), développé surtout sous l'Empire, et qui se complique encore des jours de jeux et des vacances judiciaires.

A. — Système des ***dies fasti*** et ***nefasti***. — Ce système n'est que très imparfaitement connu (1).

Dès l'origine de Rome, l'administration de la justice fut, spécialement au point de vue du temps, régie par la religion de l'État. — Les pontifes, chargés de la rédaction du calendrier judiciaire, distinguèrent trois catégories principales de jours :

1° Les jours absolument fermés à l'exercice de la justice : *dies nefasti*,— « *per quos dies nefas fari prætorem : do, dico, addico* » (2). Ces jours étaient au nombre de cinquante-trois environ (3). Pourquoi étaient-ils *nefasti* ? La question est encore indécise. Sans doute un motif religieux présidait à cette classification, mais on ne sait si c'était un motif unique pour tous ces jours, ou bien si les pontifes avaient choisi sans règle fixe telles ou telles fêtes des dieux. — En tout cas, si le magistrat passait outre à cette interdiction, les actes judiciaires qu'il accomplissait n'étaient pas nuls ; mais comme il avait ainsi commis une faute contre la religion, il en devait réparation « *piaculari hostia* ». La réparation devenait impossible et le magistrat était noté d'impiété, s'il avait forfait en connaissance de cause et intentionnellement (4).

2° Les jours, au contraire, en entier et exclusivement réservés à la justice : *dies fasti* (5), « *per quos prætoribus omnia verba sine piaculo licet fari* » ; ceux-ci au nombre seulement de quarante-cinq environ (6), cinquante-cinq depuis César ; mais à ce nombre il convient d'ajouter environ

(1) Cf. B. H., I. § 28, II, § 80. — Rudorff, II, § 15. — Marquardt, III, 270 s. (*R. Alterth.*, VI^e vol.).
(2) Varron, *De l. l.*, VI, 30.
(3) Rudorff, II, § 15.
(4) Varron, VI, 29, 30.
(5) Varron, VI, 29.
(6) Mommsen, *C. I. L.*, p. 372 s.

cent quatre-vingt-quatorze *dies comitiales* (1) qui, bien qu'en principe réservés à la réunion des comices, pouvaient cependant, en l'absence de réunion de ce genre, être employés à l'exercice de la justice (2).

3° Les *dies endotercisi* ou *intercisi*, qui, tenant le milieu entre les deux catégories précédentes, étaient *nefasti* pour une partie du jour, *fasti* pour une autre (3). — Rudorff (*eod.*) estime le nombre de ces jours mixtes à soixante-dix-sept.

Le système des *dies fasti* et *nefasti* était, en principe, indépendant des jours de fêtes proprement dits ou des jours de jeux. Quand ces *feriæ* ou *ludi*, — dont le nombre et l'époque variaient chaque année suivant les circonstances et le gré des comices, du sénat, des pontifes ou des magistrats romains, — tombaient les jours *fasti* ou *comitiales*, ils contribuaient encore, de leur côté, à diminuer le nombre de ces jours, consacrés à l'exercice de la justice.

Un auteur, qui jouit en notre matière d'une grande autorité, M. Bethmann-Hollweg, a prétendu que le système des *dies fasti*, *nefasti*, etc., ne s'appliquait qu'au magistrat chargé de l'administration de la justice, et non aux *judices privati*. De telle sorte que ceux-ci auraient pu très légitimement siéger, même un *dies nefastus*, pourvu que ce ne fût pas en même temps un jour de fête chômée (4). Il faut, en effet, reconnaître que les textes relatifs aux *dies nefasti*, etc., ne parlent expressément que du magistrat, du préteur notamment, jamais des *judices*. — Toutefois, nous hésitons à nous ranger à l'opinion de Bethmann-Hollweg. En effet, nous l'avons dit sur notre chapitre III, si le *judex unus* était le man-

(1) Mommsen, *eod.*
(2) Macrob., *Sat.*, I, 16, 14.
(3) Varron, VI, 31. — Macrobe, I, 16.
(4) B. H, 1, § 28, n. 39 ; II, § 80.

dataire des parties, il était également le mandataire du magistrat qui le nomme : la *jurisdictio* du *judex* devait, en tant que *jurisdictio mandata*, participer de celle du magistrat et subir les mêmes restrictions. — De plus, le système des *dies fasti*, etc., paraît avoir été plus ancien que l'institution du *judex* (1) : autrefois le magistrat jugeait seul ; lorsque, séparant les procès en deux parties, on confia le *judicium* à un simple particulier, est-il vraisemblable que le *judicium* ait été affranchi des anciennes restrictions? n'aurait-il pas été plus raisonnable de donner, à ce point de vue, plus de liberté au *judex*-magistrat ?

Enfin, avec le système de Bethmann, nous avouons ne plus comprendre dans quel but les pontifes entouraient le calendrier de tant de mystère, et pourquoi les plaideurs anciens se plaignaient si vivement de ce procédé des pontifes : en effet, le calendrier n'aurait pas régi le *judicium*, c'est-à-dire la partie de beaucoup la plus longue et la plus importante des procès! — Quant aux exemples donnés par Bethmann de *judicia* tenus même un jour *nefastus*, ils se rapportent tous à des *judicia publica*, à des causes criminelles; or, tout nous porte à croire qu'en cas d'urgence ou à raison de la gravité d'une affaire de ce genre, on dérogeait aux règles sur les *dies fasti* et *nefasti ;* bien plus, chaque *judicium publicum* était dirigé par un magistrat, président de la *quæstio perpetua* (2) : ces magistrats participaient aux mêmes immunités que les jurés composant la *quæstio*.

Nous tenons donc, — à défaut de texte positivement contraire, — pour la généralité d'application du premier système.

(1) Cette circonstance pourrait peut-être expliquer en notre matière le silence des textes au sujet des *judices* proprement dits.

(2) Mo., II, 569.

A quelle époque la distinction des *dies fasti, nefasti*, etc., perdit-elle son influence? Sans vouloir rien préciser, on peut dire que ce fut quelque temps avant la fin de la République : en effet, quand le sentiment religieux se fut affaibli chez le peuple romain, la sanction religieuse attachée aux *dies nefasti* devint insuffisante ; — sous l'Empire, en outre, alors que la vie politique était éteinte chez le peuple romain, le nombre considérable des *dies comitiales* n'aurait plus eu de raison d'être.

B. — Il est donc très probable que, dès la fin de la République, comme pendant toute la durée de l'Empire, on ne s'inquiéta en pratique que des jours de fêtes et de jeux.

La sanction était ici bien différente de celle du précédent système et bien autrement efficace : c'était, du moins pour les jours de fêtes, la nullité du jugement rendu pendant le temps prohibé (1).

Au surplus, ce système et cette sanction (2) s'appliquaient très certainement aux *judices* comme aux magistrats (3) : il n'y a pas, sur ce point, de controverse.

(1) L. 6, D., *De feriis*, 2, 12.— *Adde :* L. 13, § 3 et L. 36, D., *De recept.* 4, 8. — Il paraît toutefois résulter de ces divers textes que les parties en cas de *commun accord* pouvaient déroger à cette prohibition : *Lege cautum est, ne his diebus (feriatis) judicium sit, nisi ex voluntate partium*. L. 6, *citt*. — Cf. L. 1, § 1, D., 2, 12. — C'est une nouvelle preuve de la puissance du consentement mutuel des plaideurs pour faire disparaître les obstacles religieux ou politiques.

(2) Cf , L. 6, D., 2, 12.

(3) Ovide, *Fast*. IV, 188. *Trist*. III, 12, v. 17. — Les jours de fêtes, on permettait les travaux nécessaires, mais jamais les contestations judiciaires (*lites, jurgia*) (Cic., *De leg*., II, 8, 12. — Macrob., I, 16, 9-12). — Quant au magistrat, depuis Marc Aurèle spécialement (L. 2, D., *De feriis*, 2, 12. — Gaius, II, 279), il n'était pas assujetti aux mêmes restrictions quand il connaissait d'une affaire *extra ordinem* ; — les vacances judiciaires ne lui étaient pas non plus applicables.

Sous la République déjà, et spécialement depuis la seconde guerre punique, le nombre des jours de fêtes (*feriæ, dies festi*) et de jeux (*ludi publici*) était devenu considérable et entravait d'une manière déplorable l'administration de la justice.

Les jours de jeux notamment étaient allés jusqu'à cent deux (1) : de ce nombre Auguste en rendit trente aux affaires (2); des réductions sont également attribuées à Claude, Nerva, Septime-Sévère. Malheureusement, à mesure que l'on en supprimait, on en créait d'autres (ainsi les huit jours des *ludi Augustales*), de telle sorte que dans le quatrième siècle le chiffre de cent fut de nouveau dépassé (3).

Que dire maintenant des jours de fêtes (*feriæ publicæ*)? Leur nombre, bien que variable, était plus considérable encore que celui des jours de jeux. Sous Claude, il y avait ainsi plus de la moitié de l'année réservée au culte des dieux (4). —L'abus devint si criant, que les empereurs cherchèrent ici encore à réagir : ainsi Marc-Aurèle (5) porta le nombre des jours ouvrables et judiciaires à deux cent trente; mais la soif de jouissance, en même temps que l'introduction incessante de nouveaux cultes étrangers au milieu du paganisme en décadence, rendaient impossible toute réforme sérieuse.

A côté des jeux et des fêtes, il y avait encore, depuis l'avénement de l'Empire, comme troisième ordre de restrictions, les vacances judiciaires : sous Auguste, les mois de novembre et de décembre furent des mois de vacances pour les *decuriæ judicum* (6). Pendant le temps des moissons et des

(1) Rudorff, II, § 15.
(2) Suétone, *Aug*. 32.
(3) Rudorff, *eod*.
(4) Dio, LX, 17.
(5) Capitol., *M. Ant*., 10.
(6) Suétone, *Aug*. 32.

vendanges, la justice chômait également, « *quia occupati circa rem rusticam in forum compellendi non sunt* » (1).

Le temps consacré à la justice était appelé « *actus rerum* » (2). Sous l'Empire, au début de l'année judiciaire (*annus litium*), le préteur qui entrait en charge répartissait au moyen du tirage au sort entre les *judices selecti* les affaires inscrites un certain temps auparavant (*ordo causarum, judiciorum*) (3).

En dehors des règles précitées, le *judex* en principe, quant au jour de l'audience, dépendait du préteur : celui-ci pouvait lui accorder un certain délai (*certa tempora*) pour la reddition du jugement (4), et à son tour le *judex* s'entendait avec les parties pour fixer définitivement le jour des débats.

Remarquons d'ailleurs que tout *judicium legitimum* était périmé (*judicium moritur*), d'après la loi *Julia*, au bout de dix-huit mois, et le *judicium imperio continens* à l'expiration des pouvoirs du magistrat qui l'avait constitué : il fallait donc de toute nécessité que ce jour d'audience s'emplaçât dans ce délai (5).

---

(1) L. 1, D., *De feriis*, 2, 12. — Ulpien dans ce texte attribue l'organisation de cette nouvelle espèce de vacances à Marc-Aurèle ; mais, à dire vrai, elles sont d'une origine bien plus ancienne. V. Pline, *Ep.*, VIII, 21, *Julio mense quo maxime lites interquiescunt* : le mois de juillet c'était le mois des moissons. Marc-Aurèle se contenta probablement de les régulariser et d'en fixer exactement l'époque. Cependant même pendant cette période de vacances, les plaideurs pouvaient être convoqués *in jure* pour empêcher par la *litis contestatio* la perte des actions. V. L. 1, § 2, D., *eod.*

(2) Suét., *Aug.* 32; *Claud.* 23.— Pline, IV, 29.

(3) Serv., *Æn.* II, 102. — Rudorff, *eod.* et dans Puchta, I, § 159, w. et 176 c.

(4) L. 32; D., 5, 1.

(5) Gaius, IV. 104 s. — L. 32, D., 5, 1. — L 13, § 1, D., *De jurisd.*, 2, 1.

SECTION II.

Organisation extérieure du « judicium ».

I. — Heure et lieu de l'audience.

Ici encore le *judex* devait tout d'abord se conformer aux ordonnances du magistrat (1) : cependant certains usages s'étaient établis, auxquels le magistrat lui-même d'ordinaire obéissait.

A. — *Heure.* — Depuis une époque reculée, les Romains restreignaient toute l'activité judiciaire des magistrats et des juges entre la deuxième et la dixième heure du jour (2). — A l'origine même, conformément à la prescription des XII Tables « *sol occasus suprema tempestas esto* », on terminait chaque procès dans la même journée ; mais déjà au temps de Cicéron, sauf pour les affaires très simples, il y avait pour chaque cause plusieurs audiences (*prima*, *secunda*, etc., *actio*) ; à chaque nouvelle audience, on reprenait le récit (*narratio*) de l'affaire pour que le juge pût se faire une idée d'ensemble des circonstances du procès (3).

B. — *Lieu.* — La justice à Rome se rendait à l'origine publiquement et, selon la coutume des anciens Romains pour toutes leurs affaires (4), en plein air.

(1) L. 32 et 59, D., 5, 1.

(2) Paul, IV, 6, § 2. — Cic., *2 in Verr.* II, 17. — Les Romains partageaient le jour en douze heures égales.

(3) Cf. Cic, *pro Quintio*, 3 s. ; *pro Tullio*, 14 ; *pro Cecina*, 4 s.

(4) Niebuhr, *Vortræge über alte Lænder- und Vœlker-Kunde*, 398 et 399.

Le préteur, comme les *judices*, siégeait sur cette partie du *forum romanum* appelée le *comitium*, lieu de réunion des citoyens entre le Capitole et le Palatin (1). — César et Auguste créèrent deux nouveaux *fora* pour répondre aux exigences sans cesse croissantes de la justice : *forum Cæsaris* et *forum Augusti* (2).

Sous l'empire, les juges tenaient souvent leurs audiences dans une halle ouverte réservée au commerce et à la justice, *basilica* (3). — Mais peu à peu on prit l'habitude de rendre la justice dans des salles fermées (*consistoria*, *auditoria*, *tabularia*, *secretaria*, *secreta*) et en présence d'un auditoire très restreint (4).

II. — Personnel judiciaire.

A. — *Judex.* — Ce *judex* était le juge régulièrement choisi par les parties et nommé par le magistrat.

Avant d'entrer en fonctions il prêtait serment de juger conformément aux lois et à la vérité (5).

Il siégeait seul, assis sur une *sella* d'espèce particulière, semblable à celle dont se servaient les magistrats d'ordre inférieur, ex. : les questeurs (6). Cette *sella* était elle-même posée sur un tribunal (*excelsus suggestus*) en bois, facilement transportable, qui d'ailleurs pouvait être remplacée par une élévation quelconque.

(1) Gell., XX, 1.
(2) Suét., *Cæs.* 26; *Aug.* 29.
(3) Quint., *Inst. or.*, X, 5, 18 ; XII, 5, 6.
(4) Rudorff, II, § 14. — Walter, II, § 702. — B. H., I, § 27.
(5) L. 14, C. *De jud*, 3, 1.
(6) Cette *sella* n'était employée que par le *judex unus* ; les autres *judices* (*recuperatores*, *centumviri*, *judices* des *quæstiones perpetuæ*) siégeaient sur des *subsellia* (Quintil., X, 5, 18. — Mo., I, 348, n. 2 ; 383, n. 3).

Les fonctions du *judex* étaient gratuites comme toutes les fonctions civiques à Rome.

B. — *Assesseurs.* — Bien que très attachés à l'unité du juge comme à celle du magistrat (V. p. 17), les Romains comprirent de bonne heure toute l'utilité que pouvaient avoir pour ce juge, et par là même pour les plaideurs, l'assistance et le conseil de quelques hommes sages, expérimentés, versés dans la science du droit et les autres connaissances nécessaires au procès; — aussi, se faire assister d'un *consilium* (*adsessores*, D. 1, 22) de ce genre devint peu à peu pour le juge (comme aussi pour le magistrat) une obligation imposée par les mœurs.

Ces assesseurs étaient choisis par le juge, qui ne rendait pas sa sentence sans prendre au préalable leur avis (*in consilium ire, de consilio sententia*) (1).

Dans le courant de l'Empire, ce conseil d'assesseurs devient un des rouages réguliers de l'administration de la justice; ils reçoivent même un salaire (L. 4, D. *De extraord. cogn.*, 50, 13).

Ces assesseurs étaient assis sur des *subsellia* (bancs) à côté du juge et sur le même tribunal (*pro tribunali*).

C. — *Auxiliaires d'ordre inférieur.* — A la différence du magistrat, le *judex*, dénué de tout pouvoir coërcitif, n'avait en principe autour de lui ni *apparitor* ni autre auxiliaire pour faire, pendant le procès, respecter l'ordre et sa propre autorité. Les plaideurs avaient trop d'intérêt à ménager le *judex* pour lui manquer d'égards ou désobéir à ses avertis-

(1) Gell., XII, 13, 2. — XIV, 2, 3. — En tête des procès-verbaux judiciaires on trouve cette formule solennelle : *cum consilio collocutus* (*c. c. c.*) *Inscr. Tarracon.* Mommsen, *Stadtrechte*, p. 488.

sements. Du reste, le magistrat conservait toujours la surveillance du procès *in judicio*, et, en cas de désordre, il intervenait.

Il n'y avait pas non plus d'écrivains publics (*scribæ, librarii*), de greffiers officiels attachés au service du juge. — Tout au plus doit-on croire que, pour aider à sa mémoire, le *judex* choisissait quelques écrivains privés (*scribæ*) qui prenaient alors place sur des *subsellia* à ses côtés, et notaient, au courant de l'audience, les incidents importants (1).

D. — *Parties, représentants*, etc. — Toutes les autres personnes intéressées au procès : parties, représentants (*cognitores, procuratores*), etc., se tenaient au bas du tribunal (*de plano*) devant le juge : — les uns et les autres assis, selon la longueur du procès, sur des *subsellia* de louage.

Les parties étaient assistées de jurisconsultes (*jurisperiti, jurisconsulti, pragmatici*) et d'avocats (*causarum patroni, causidici, oratores*) (2). — A côté, se trouvaient les témoins, enfin, tout autour, le public (*corona*).

Nous nous bornons à ces indications sommaires, car tous ces points ne se rattachent que très accessoirement au *judex*.

(1) B. H., II, § 77.

(2) Quint., III, 6, 59. XII, 3, 3 et 4. — Cic., *pro Cluent.*, 40. — *Top.*, I, 1. — Le nom d'*advocati* était donné sous la république aux jurisconsultes (Cic., *p. Mur.* 4), sous l'empire aux avocats proprement dits (Tac., *Ann.* XI, 5-7.)

SECTION III.

Procédure « in judicio ».

Dans cette partie du procès, même sous le régime des actions de la loi, il n'y avait point de formalités solennelles : celles-ci ne se rencontraient que dans la procédure devant le magistrat, *in jure*.

Le but de la procédure *in judicio* était d'éclairer le juge et de lui permettre de prononcer en pleine connaissance de cause : pour arriver à ce résultat, le *judex* avait, sous la surveillance seulement du magistrat, la direction absolue de cette partie du procès (1).

Voici rapidement comment on procédait d'ordinaire :

Les parties ou leurs mandataires, en arrivant devant le juge, lui présentaient tout d'abord un exposé sommaire des faits (*causæ collectio* ou *conjectio*) ; suivaient ensuite les plaidoiries proprement dites (*peroratio*) (Gaius, IV, 15). — Une première plaidoirie ne suffisait-elle pas pour éclairer le juge, on procédait à une deuxième, à une troisième (*prima, secunda, tertia actio ; ampliatio*) (Cic., *pro Flacco* 20, etc.).

Les preuves (« *præjudicia, rumores, tormenta, tabulæ, jusjurandum, testes* » Quint., V, 1), étaient produites par les parties, soit dans le cours des plaidoiries, soit après (2).

Dans le cours de l'instance, il pouvait arriver que le *judex* prît quelque décision interlocutoire (*interlocutiones*) (3) pour

(1) Cic., *pro Quintio*, 9, 22. — L. 4, § 1, D., *De in litem jurando*, 12, 3 — L. 21, D., *De interrog.* 11, 1, comb. avec L. 9, C., *De judiciis*, 3, 1.
(2) Keller, § 66, n. 760.
(3) Gelle, XIV, 2.

assurer ou diriger la marche du procès; ainsi : déférer le serment à l'une des parties *sine* ou *cum taxatione* (1). La plus remarquable de ces *interlocutiones* était la *pronuntiatio* accompagnée d'*arbitratus*, par laquelle le juge, dans les *arbitrariæ actiones*, déterminait le satisfaction due par le défendeur à l'autre partie pour pouvoir échapper à une condamnation définitive.

Enfin tout se terminait (2) par une sentence (*sententia, judicatum*) du *judex :* le but final vers lequel tendaient toutes les formalités du *judicium*. — La cause était vidée en même temps. Quelquefois, cependant, en dépit de toutes les plaidoiries, dépositions de témoins, etc., le *judex* déclarait avec serment ne pas voir clair (*sibi non liquere jurando*) dans l'affaire et ne pouvoir dès lors se prononcer (3) ; il fallait alors se résigner à une *translatio judicii* et recommencer devant un nouveau juge le procès *in judicio.*

Dans les deux cas, soit de *sententia* proprement dite, soit de *jusjurandum sibi non liquere*, le *judex* ancien était aussitôt dépouillé de sa qualité officielle et redevenait simple particulier : il ne pouvait, sous aucun prétexte, revenir sur sa décision, et la modifier (4).

(1) Quint., V, 6. — Le serment était le « *maximum remedium expediendarum litium* » (L. 1, D., *De jurejur.*, 12, 2. — L. 3, C., *De reb. cred.*, 4, 1) auquel le juge avait recours. — Cependant il parait résulter de nos sources que le *judex privatus* n'avait pas le droit, en général, de provoquer lui-même de nouveaux moyens de preuve, il devait juger d'après les preuves produites par les parties ; bien plus, le judex n'aurait pas même pu poser des questions aux témoins (Cf. B. H., II, § 108, n. 74), ceux-ci étaient exclusivement interrogés par les parties : la partie qui les avait amenés et l'adversaire. *Loqui enim nisi interrogato testi non licebat. Interrogabatur autem et ab eo, contra quem productus est.* Schol. Bob , p. 342. Orelli. — Quintil., V, 7, § 8-32. — Cf. L. 9, C., 3, 1.

(2) « *Solvitur judicium* », L. 55, D., *De re jud.*, 42, 1.

(3) Gelle, XIV, 2, 25.

(4) LL. 14, 55, 62, D., *De re jud.*, 42, 1.

La sentence était prononcée de vive voix, publiquement, sans termes solennels (*solemnia verba*), ni exposé de motifs (1).

SECTION IV.

« Officium judicis » et sentence.

I. — Officium judicis.

Nous venons de voir le côté en quelque sorte matériel et extérieur du *judicium ;* disons maintenant quelques mots du côté intime, à notre point de vue plus particulièrement intéressant, du rôle du *judex :* pouvoirs et devoirs dans l'examen des circonstances de la cause et la composition de la sentence, situation en face du magistrat; il s'agit ici de « l'*officium judicis* ».

Les règles de l'*officium judicis* sont de la plus haute importance, car si le *judex* ne s'y conforme pas :

1° Sa sentence sera irrégulière, entachée de nullité (*infirma*), et les parties pourront refuser d'y obéir (2) ;

2° Le juge engage sa propre responsabilité et, selon l'énergique expression du droit romain, « *litem suam facit* » (c'est un cas de quasi-délit) : il sera condamné plus ou moins fortement, selon les cas et les appréciations du nouveau juge devant lequel il sera renvoyé sur la plainte des parties (3).

(1) LL. 47, 59, D., 42, 1.

(2) L. 170, D., *De reg. juris*, 50, 17. — L. 7, C., *Quando prov. non est nec.*, 7, 64.

(3) L. 6, D., *De extraord. cognit.*, 50, 13.

— En cas de vénalité, il était passible du *crimen repetundarum* (1).

On peut donner à l'expression « *officium judicis* » les significations les plus variées et les plus complexes; pour nous, la théorie de l'*officium judicis*, c'est l'étude des principes généraux et supérieurs qui réglementent l'exercice des fonctions du *judex* — abstraction faite des différentes espèces de procès qui peuvent lui être soumis — en vue du but dernier et le seul but du *judicium*, le prononcé de la sentence (2).

Les principes généraux peuvent, croyons-nous, être résumés en deux règles : **1.** Le juge doit juger conformément à la vérité des faits et aux prescriptions des lois. — **2.** Le juge doit obéir à la formule. Cette seconde règle pourrait même sans grand effort rentrer dans la première.

A. — Notre première règle est reproduite de la formule même du serment que devait prêter le *judex* à son entrée en fonctions (L. **14**, pr., D., *De jud.*, 3, 1.) « *Omnimodo sese, cum veritate et legum observatione, judicium esse dispositurum* ». — Dans le *proœmium* du titre « *De officio judicis* » (IV, 17) des Institutes, Justinien mentionne cette règle, mais incomplètement : il parle bien du « *cum observatione legum* » (*ne aliter judicet quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est*); mais il passe sous silence le « *cum veritate dispositurum* ».

Il faut donc que le *judex* statue :

(1) L. 3 et 4, D., *De leg. Jul. rep.*, 48, 11. — Les XII Tables punissaient même le juge vénal de mort (Gelle, XX, 1, 7).

(2) V. pour les diverses significations de cette expression : Bekker, *Die Actionen des rœmischen Privatrechts*, II, 154 s., et ce que nous disons plus loin.

1° SUIVANT SA CONSCIENCE, suivant ce qu'il croit être la vérité (*cum veritate*). — Nous n'avons rien à dire de particulier sur cette première partie de notre règle. Que la sentence ne soit inspirée ni par la faveur, ni par la haine, ou quelque autre motif étranger à la cause (1) ! Ce n'est pas une règle particulière au juge romain.

2° SUIVANT LES PRESCRIPTIONS DES LOIS (*cum observatione legum*) : que ces lois soient des *leges* proprement dites, *constitutiones*, *mores*, etc.

Observons tout d'abord que cette disposition expresse de la formule du serment condamne de la manière la plus éclatante l'opinion d'après laquelle le *judex* n'aurait jamais eu à statuer qu'en fait et sur des points de fait (2)

Dans tout procès nous trouvons l'application pour le *judex* du « *cum observatione legum* ».

Ainsi, quant à la direction du procès *in judicio*, qui appartient, comme l'on sait, au *judex*, il s'était formé, soit par les décisions légales, soit peu à peu par l'autorité des jurisconsultes, des règles fixes, — par exemple : pour les questions de délai, de renvoi (*dierum diffissiones comperendinationesque*), — règles que tout *judex* avant d'entrer en charge devait connaître (3).

Les questions de preuve se rencontrent dans tout procès ; or elles touchent au droit, autant qu'au fait ; il peut même se présenter des cas où le juge est obligé de prononcer con-

(1) « *Ponit enim personam amici quum induit judicis* » (Cic., *De off.*, III, 10).

(2) *Adde*, Cic., *De or.*, I, 38 : « *Judicia privata magnarum rerum in quibus sæpe non de facto, sed de æquitate ac jure certatur* » — Cic., *pro Quintio* 20. — Gelle, XIV, 2.

(3) Gell., XIV, 2.

trairement au sentiment intime de sa conscience, la rigueur des principes sur les preuves commandant une pareille sentence (1).

Combien de principes juridiques sont encore à observer pour déterminer exactement le « *quid veniat in actionem* », pour connaître les éléments dont il faut tenir compte dans le jugement du procès et dans quelle proportion il faut en tenir compte ! Les termes laconiques de la formule délivrée par le magistrat sont le plus souvent insuffisants. Dans les *condictiones certi* elles-mêmes (2), le juge avait à apprécier la cause de la demande (il n'y avait pas de *demonstratio* dans ce genre de formule), à s'assurer si la demande avait une cause légale, — ainsi encore dans les actions *in rem* (3).

Aussi le *judex* s'entourait des jurisconsultes les plus compétents, et avait même souvent recours aux lumières juridiques du magistrat (4).

Du reste, comme nous le disions plus haut, le *judex* n'est que l'interprète des lois ; que la loi soit rigide ou élastique, sévère ou douce, la loi change, mais l'interprète reste le même ; c'est en ce sens que nous avons dit que l'*arbiter* était, lui aussi, un *judex unus*, sans aucune différence intrinsèque avec ce dernier ; il n'y a qu'un seul *judex*, de même qu'il n'y a qu'une seule formule de serment. — A ce point de vue encore nous pouvons dire qu'il n'y avait qu'une seule espèce invariable d'*officium judicis*. Là où les interprètes ont voulu voir diverses sortes d'*officium*, il n'y avait, au fond,

(1) Gell, *eod.*

(2) Cic., *pro Rosc com.* 4 et 5 « ... *præterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.* » — Dans la plupart des actions civiles romaines, la formule, du reste, était *concepta in jus.* Cf. Savigny, V, 90 s.

(3) L. 14, § 2, D., *De excep. rei jud.*, 44, 2.

(4) L. 79, § 1, D., 5, 1.

que des applications des mêmes principes, du même *officium judicis* à des cas différents. Le changement était dans l'objet de l'*officium* et non pas dans l'*officium* lui-même (1).

Au contraire, l'*officium* de l'*arbiter ex compromisso* diffère profondément de l'*officium judicis*, car cet *arbiter*, sauf clause formelle dans le compromis (V. p. 108), n'est pas tenu, en principe, à l' « *observatio legum* ». Cette différence se comprend : le *judex*, choisi par les parties, est nommé par l'autorité publique ; il exerce ses pouvoirs sous la surveillance du magistrat, représentant du peuple romain, et c'est encore le magistrat qui donne aux décisions du *judex* la sanction nécessaire. Il est donc naturel que ce dernier se soumette aux lois de l'autorité dont il tient ses pouvoirs et l'efficacité de la sentence. — Tout opposée est la situation de l'*arbiter compromissarius*.

B. — Le juge doit se conformer à la formule — ou plus généralement à la *litis contestatio* (2).

Cette seconde règle rentre, disons-nous, jusqu'à un certain point, dans la précédente. En effet, la formule, c'est égale-

(1) Il est très commun cependant de voir les jurisconsultes romains confondre ces deux points de vue ; ils donnent à la notion de l'*officium judicis* le caractère le plus extensif possible, et en même temps le plus variable et le plus indéterminé : facilement on rattache alors à la théorie de l'*officium judicis* la théorie tout entière des actions : c'est ainsi qu'après avoir, dans le *proœmium* du titre des Institutes « *De officio judicis* » (IV, 17) posé une règle générale, Justinien commence aussitôt une série d'explications, fort peu méthodiques d'ailleurs, qui auraient été, ce nous semble, beaucoup mieux à leur place dans le titre 6, « *De actionibus.* »

(2) La formule écrite joue pour le *judex* le même rôle qu'autrefois sous les actions de la loi la *litis contestatio* proprement dite (détermination solennelle devant témoins des éléments du procès). — V. sur cette seconde règle : Cic., *2 in Verr.* II, 12. « *In ea verba prætor judicium det, ut vel L. Octavius Balbus judex, homo et juris et officii peritissimus, non possit aliter judicare.* »

ment une loi pour le *judex* (1), la loi spéciale du *judicium* (*lex brevis*), et cela qu'on la considère comme l'œuvre du magistrat, faisant en quelque sorte partie du *jus prætorium* (2), ou bien comme l'œuvre des parties, et comme l'expression même de la loi de ce contrat judiciaire dont le *judicium* n'est que la conséquence et l'exécution (L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15) (1). La formule est même ici la première de toutes les lois, puisque le *judex* ne recourt aux autres qu'à défaut de prescription expresse dans la formule, et pour interpréter, compléter et appliquer celle-ci. C'est précisément à raison de ce dernier caractère de la formule, de cette supériorité sur les autres dispositions légales que nous croyons opportun de distinguer nos deux règles : la première, plus générale, est en quelque sorte subordonnée à la seconde.

Cette dernière règle n'a rien, au fond, que de très naturel ; c'est, en effet, la *litis contestatio*, la formule qui détermine exactement les éléments du *judicium*, les conditions dans lesquelles et sous lesquelles le *judex* est nommé. — Comment celui-ci pourrait-il se soustraire à ce qui fait précisément la condition de sa nomination ? Vouloir sortir de la formule, ce serait vouloir statuer sans qualité, sans pouvoir, sans *jurisdictio mandata*. Une pareille décision serait sans valeur, elle pourrait seulement compromettre la responsabilité du juge (3). — La même règle se retrouve dans le compromis pour l'*arbiter ex compromisso* (ceci démontre encore l'intérêt qu'il y a à distinguer nos deux règles). — L'*arbiter*, non plus, ne peut transgresser les termes du compromis ; nous ne pouvons mieux faire que de transcrire ici

(1) Toutes les formules romaines sont rédigées sous une forme impérative, à l'instar des lois proprement dites (*jus = jubere*) : « *Judex esto... condemna* ».

(2) Cic., 2 *in Verr.* II, 12. « ...*Ejusdem modi totum jus prætorium* ».

(3) Gaius, IV, 52.

le texte énergique de Paul à ce sujet (L. 32, § 15, D., *De recept*, 4, 8) : « *De officio arbitri tractantibus sciendum est: omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum : nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est : non ergo quodlibet arbiter poterit, nec in re qualibet: nisi de qua re compromissum est, et quatenus compromissum est.* » Et s'il est vrai que d'ordinaire les pouvoirs de l'*arbiter ex compromisso* sont plus étendus, plus larges que ceux du *judex*, que l'*arbiter* n'est pas assujetti aux règles strictes du droit et peut s'appuyer exclusivement sur l'*æquitas* et le sentiment intime de sa conscience, — remarquons que ceci n'est vrai qu'en principe et dans l'usage, mais rien n'empêcherait les parties au compromis d'enchaîner l'*arbiter* dans des règles aussi étroites que le *judex*, de l'astreindre à juger conformément aux lois (*cum observatione legum*) et aux lois les plus strictes ; il suffirait de rédiger en ce sens les termes du compromis : « *nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est.* » — Au point de vue de notre seconde règle le *judex* et l'*arbiter compromissarius* sont donc exactement sur le même pied.

Ce qui paraît cependant excessif, au point de vue du *judex*, dans le mécanisme de la formule — et la même réflexion pourrait également être faite sous le régime des actions de la loi, du moins pour l'*actio sacramenti* (condamnation au montant du *sacramentum*), — c'est que le magistrat ne se contente pas de déterminer avec le concours des parties l'objet précis du procès (*intentio*), il préjuge encore la sentence elle-même (*condemnatio*) : en ce sens, du moins, que si les prétentions du demandeur sont reconnues fondées par le *judex*, celui-ci sera obligé de condamner le défendeur, conformément aux indications du magistrat (1) ; dans certaines actions même,

(1) Nous supposons, cela va sans dire, qu'il y a une *condemnatio* dans

— *condictiones certi*, un grand nombre d'actions pénales et d'actions *in factum*, — le chiffre de la condamnation est fixé par le magistrat avec précision. N'est-ce pas singulièrement restreindre le libre arbitre, et rabaisser le rôle du *judex* ?

Le plus souvent, il est vrai, le magistrat homête et versé dans la science du droit se contentera de mettre d'accord les prétentions réciproques des parties avec les dispositions des lois, et de tirer de leurs différentes allégations la conclusion, subordonnée à la vérification de ces mêmes allégations, que les lois imposent. L'*observatio formulæ* se confondra donc presque toujours avec l'*observatio legum*. — Mais si par erreur ou par dol, par un abus de pouvoir quelconque (1), le magistrat rédige la formule de telle manière que la conclusion qu'il tire dans la *condemnatio* soit, juridiquement ou rationnellement, en contradiction avec les prémisses posées dans la *demonstratio* et l'*intentio* : le *judex*, c'est un point certain (Cic., *eod.*), n'en sera pas moins obligé d'obéir à la formule, de préférence aux prescriptions formelles des lois, et au bon sens lui-même.

Cependant la situation n'est pas sans remède, et il sera facile de trouver en pratique des moyens d'échapper aux conséquences fâcheuses d'une pareille obligation.

Si le magistrat veut imposer une formule injuste aux parties, celles-ci, celle du moins qui se croit lésée, peut se pourvoir contre cette prétention, de même que contre tout acte du magistrat, en provoquant l'*intercessio* d'un autre magis-

la formule : ce qui ne serait pas dans les *formulæ præjudiciales*. — Quant à *l'arbiter ex compromisso*, il est au contraire généralement libre dans la reddition de la sentence ; pourtant nous ne doutons pas, d'après les termes très généraux de la L. 32, § 15, D., *citt.*, que les parties dans le compromis ne puissent lui imposer sur ce point encore des règles aussi rigoureuses que celles subies par le *judex*.

(1) Cic., *2 in Verr.* II, 12.

trat égal ou supérieur (*par majorve potestas*) (1) : l'*intercessio* était, dans de pareilles conjonctures un moyen commode et fort usité : « *Eo leviores istius* (*Verris*) *injuriæ videbantur, quod erat in æquitate prudentiaque Pisonis paratissimum refugium, quo sine labore, sine molestia, sine impensa, etiam sine patrono homines uterentur* » (Cic., *2 in Verr.* I, 46). — Si maintenant les parties, par erreur, légèreté ou quelque autre motif, ont elles-mêmes accepté cette formule inique, elles n'ont, plus tard, pour échapper aux suites nécessaires de cette formule, exécution de la condamnation, etc.' que le moyen extraordinaire de la *restitutio in integrum* (Gaius, IV, 57, 125), accordé dans certains cas seulement (*propter absentiam, minorem ætatem, dolum, errorem*, etc) ; cette *restitutio in integrum*, s'attaquant directement à la *litis contestatio*, aux éléments de la nomination du *judex*, à la formule, replacera les parties dans la situation où elles étaient avant la délivrance de la formule, et permettra de recommencer le procès dans de meilleures conditions.

Le *judex* lui-même pouvait tout au moins, par une voie détournée, éviter la déplorable extrémité de rendre une sentence, justifiée, il est vrai, par les termes de la formule, néanmoins en elle-même illégale ou irrationnelle. Il n'est pas douteux tout d'abord qu'il ne pût, lui aussi, provoquer l'*intercessio* de quelque magistrat, soit directement, soit indirec-

(1) Cic., *pro Quintio*, 7 et 20 : « *Tribuni appellabantur* ». — De là le nom d'*appellatio* donné à cette voie de recours. — Les demandes d'*intercessio* étaient devenues tellement fréquentes que les tribuns, auxquels on s'adressait le plus souvent, s'étaient en quelque sorte organisés en tribunal de cassation, et que pour ce motif Pomponius (L. 2, § 34, D., *de orig. jur.*, 1, 2) les considère comme chargés de rendre la justice, à l'instar des préteurs, édiles, etc. — V. encore *pro Tullio*, 38. — *Acad. quæst.* II. 30. — Val. Max., VII, 7, 6, l'*intercessio* s'oppose quelquefois à certains actes d'exécution par le magistrat, ex. : *addictio* du condamné (Tite-Live, VI, 27).

tement, en appelant l'attention des parties sur les termes de la formule et ses conséquences.

En outre, nous savons que si le *judex* était lié par la formule dans le cas où il reconnaissait fondées les conclusions des parties, il était en même temps absolument libre quant à l'appréciation, soit en droit, soit en fait, du bien ou mal fondé de ces conclusions : le choix de la sentence comme en général la direction du procès *in judicio* appartenait au *judex seul* (1), et ce n'est que par le plus détestable des abus de pouvoirs que nous voyons les Verrès violer un pareil principe dans les provinces (2). — En conséquence, dans l'alternative de condamnation ou d'absolution qui lui est offerte, le *judex*, dont on ne peut scruter la pensée, et qui ne motive jamais sa sentence, le *judex*, disons-nous, pouvait choisir le parti qui lui paraissait au fond le plus sage, fût-il même en opposition avec le texte et l'esprit de la formule combinée avec l'ensemble des preuves versées au procès. C'est précisément à agir ainsi que le philosophe Phavorinus encourageait Aulu-Gelle, quand ce dernier faisait fonction de juge dans une affaire où l'équité ne paraissait pas d'accord avec les preuves (3). Au surplus, — c'était

(1) V. *supra*, arg. : L. 79, § 1, D., 5, 1.

(2) Cic., *2 in Verr.* II, 13, 27.

(3) Gelle, XIV, 2. — De nos jours encore, ne voyons-nous pas souvent le juré criminel, qui, lui non plus, ne motive pas son verdict, acquitter un coupable, pour ce seul motif que la loi pénale lui semble trop rigoureuse. Ce procédé toutefois paraît pour le juré français plus choquant que pour le *judex* romain. Notre juré, en effet, n'est appelé à se prononcer que sur un fait, dont il n'a pas, en droit, à apprécier les conséquences (art. 342 I. cr.) : il ne statue pour ainsi dire que sur l'*intentio ;* quant à la *condemnatio* il n'a pas à s'en inquiéter, c'est la cour d'assises seule qui condamne, qui tire les conséquences. — Au contraire, le *judex* romain statuait et sur l'*intentio* et sur la *condemnatio*, déduisait lui-même les conséquences : on comprend dès lors bien mieux que, frappé de la rigueur de la loi ou de la contradiction de la formule, il ait été entraîné souvent à rendre une sentence irrégulière d'après les principes stricts.

même un moyen très pratique, — si le *judex* n'osait prendre une détermination aussi radicale : il pouvait se tirer d'affaire en se déclarant insuffisamment éclairé par les débats et en prononçant le fameux : « *mihi non liquet* ». C'est ce dernier parti que prit effectivement Aulu-Gelle (*eod.*).

Aussitôt la sentence rendue, l'*officium judicis* cesse : — les pouvoirs du *judex* tombent; sa mission est remplie (*V. supra*). — Par extraordinaire, la mission du juge finit encore par la mort du juge (1), par la défense de juger (2); — par quelque motif entraînant la décharge du juge : ***excusatio superveniens*** (3) ou incapacité absolue (4), ou encore le ***jusjurandum sibi non liquere*** (5); — par l'expiration de la durée du *judicium* (6), — et d'une manière générale par toute autre fin du procès : paiement, transaction, etc.

II. — Sentence.

Tous les développements antérieurs se rapportent plus ou moins à la sentence, qui n'est que la mise en pratique des règles que nous avons données. — Nous ne parlerons donc pas de la nature de la sentence, elle nous est, d'une manière générale, déjà connue ; quant aux détails supplémentaires, nous les écartons pour ce motif, invoqué précédemment, qu'ils concernent beaucoup moins la personne du juge que l'ensemble du droit et de la procédure romaine pris objectivement.

(1) L. 32 et 60, D., 5, 1.
(2) L 12, pr., L. 58, D., 5, 1.
(3) L. 18, pr., L. 46, D., 5, 1, etc.
(4) L. 17 et 46, D., 5, 1.
(5) Gelle, *eod.*
(6) Gaius, IV, 104 s.

Nous ne parlerons pas davantage de l'exécution de la sentence, elle n'était pas du ressort du *judex ;* le soin de veiller à cette exécution appartenait en entier au magistrat, à celui qui avait nommé le juge, et qui, en même temps qu'il assurait l'efficacité de la sentence, garantissait ainsi les décisions de sa *jurisdictio (judicis datio*). Le *judex* avait été l'auxiliaire du magistrat dans ce procès que ce dernier avait organisé, il était naturel qu'une fois la mission de cet auxiliaire remplie, la sentence rendue, le magistrat reprît la suite de l'affaire.

Une seule question en réalité doit nous arrêter sur la sentence, celle des voies de recours, et encore dans cette matière nous ne choisissons qu'un point particulier, une simple controverse, parce qu'elle met en jeu les principes déjà établis sur la nature du *judex,* et nous permettra de dégager ce dernier de toute autre institution similaire ou parasite.

Après le prononcé de la sentence, le défendeur condamné peut repousser l'exécution de celle-ci (*actio judicati*) :

1° Par la *revocatio in duplum* (1), en soutenant que l'*obligatio* s'est éteinte par paiement, etc., un mode quelconque d'extinction des obligations, — ou bien que la sentence est nulle, annulable (*irrita*, *infirma*), comme irrégulière , n'ayant pas été rendue selon les prescriptions légales ;

2° Par la *restitutio in integrum*. (V. p. 110.)

En dehors de ces deux moyens de défense ou voies de recours en réalité l'une et l'autre extraordinaires puisqu'elles supposent que l'*obligatio judicati* n'existe pas, que la sentence est entachée d'un vice, — il n'y avait aucun

(1) Gaius, IV, 171.

moyen régulier et légal de faire tomber cette sentence, notamment, selon nous, il n'y avait, pour se refuser à l'exécution, aucun appel possible ; les décisions du *judex unus* rendues règulièrement étaient, comme telles, définitives et irrévocables.

Cette thèse est très généralement suivie par les auteurs pour le temps de la République (1). On qualifiait alors d'*appellatio* (*appellare*) la demande adressée par un particulier lésé à un magistrat, spécialement à un tribun, pour provoquer son *intercessio* (V. p. 109) ; or, il est de principe incontestable (2) qu'à Rome l'*intercessio* ne peut fonctionner qu'entre magistrats ou à l'égard des représentants proprement dits des magistrats. — Nous avons vu d'ailleurs plus haut quel usage les plaideurs faisaient de cette *appellatio.*

Pour l'époque impériale, l'avis des auteurs est généralement tout différent : on admet couramment (3) que la sentence du *judex* était alors soumise à un système d'appel très compliqué et échelonné depuis le magistrat, qui a nommé le juge, jusqu'à l'empereur.

Quant à nous, nous maintenons encore pour cette époque notre précédente opinion ; nous croyons que les nombreux textes qui font allusion à une procédure d'appel dans le Digeste et le Code, etc., (4) ne concernent pas notre *judex unus*, — *judex antiquus* comme l'appelle Justinien (L. 4, pr., C., *De jud.* 3, 1), — mais un juge d'espèce toute

(1) B. H., II, 40. — Accarias, II, 891 s. — C'est encore par le caractère civil des *quæstiones perpetuæ* à l'origine, par leur première organisation sur le modèle des tribunaux d'un ordre purement privé, que l'on explique cette particularité que les jugements des *quæstiones* étaient à l'abri et de la *provocatio ad populum* et de l'*intercessio* des magistrats (Maynz, I, 175, n. 18 et 19).

(2) Mot., I, 215 s.

(3) B. H., II, 700 s. — Accarias, II, 892.

(4) Dig., *De appellationibus*, Livre 49, titres 1, 2, 13. — Code, 7, 62.

différente, un «*judex datus extra ordinem*»(1). — Tandis que notre *judex unus, judex ordinarius* pouvons-nous encore dire, était choisi et au fond nommé par les deux parties, le *judex datus* dont il s'agit était au contraire un juge imposé, un juge directement et exclusivement nommé par le magistrat, sans qu'en principe aucune participation des parties fût requise (V. cep. pour une espèce particulière, L. 23, pr. D., *De appellat.*, 49, 1) (2).

Nous disons, tout d'abord, que la nature du *judex*, celle de la sentence rendue par lui, répugnait absolument à un pareil recours, à un appel. — Bien loin d'être institué exclusivement par le magistrat, le *judex* était, nous venons de le dire, choisi par les parties elles-mêmes, le magistrat ne faisait en quelque sorte que ratifier leur choix. — Le *judex* était donc au fond le mandataire des parties, beaucoup plus que celui du magistrat, et la sentence avait à ce point de vue tous les caractères d'une sentence arbitrale, rendue ensuite d'un véritable compromis. — Or, c'est un point indiscutable en droit romain (3), en matière arbitrale, l'appel est absolument impossible ; seules l'action en nullité et l'*exceptio doli* (4) sont permises dans les mêmes conditions à peu près que la *revocatio in duplum* pour le *judex* (5).

(1) Gelle, XII, 13, 1. — Mo., I, 259, II, 942.

(2) Tel est bien le caractère que B. H., II, 112 s. reconnaît au *judex datus a Principe* (L. 18, § 4, D., *De min.*, 4, 4. — L. 2, § 20, D., 5, 1. — L. 1, § 4, D., *De quib. appel.*, 49, 2), et il nous est facile de raisonner ici par analogie, car l'empereur, le prince n'était en somme qu'un magistrat ordinaire, avec des pouvoirs sans doute plus étendus, mais exactement de même nature que ceux des autres magistrats (Mo., II, 726 s.).

(3) V. Weizsæcker, 93.

(4) L. 31 et 32, D., 4, 8.

(5) Dans notre Code de procédure, titre des arbitrages, la loi française interprète différemment l'intention des parties (art. 1009); elle prévoit seulement le cas où les parties renoncent expressément à l'appel (art. 1010).

Rationnellement, d'ailleurs, et juridiquement il devait en être ainsi. Les parties sont, en thèse générale, libres dans leurs conventions, libres de contracter comme elles l'entendent ; mais, une fois la convention faite, le contrat passé, elles ne peuvent plus revenir sur leur détermination ancienne, et doivent accepter le contrat avec toutes ses conséquences. Il en est ainsi pour le *judicium*, que les Romains, avec pleine raison, assimilent à un contrat, puisque son organisation repose sur l'accord des deux parties ; celles-ci seraient malvenues à vouloir, par un appel, se soustraire aux obligations auxquelles volontairement elles se sont astreintes.— C'est ce que nous dit précisément Pline, *H N. præf.* 10, dans un texte qui nous paraît très explicite : *« Summum quisque causæ suæ judicem facit quemcumque, cum eligat. »*

En nous plaçant maintenant au point de vue de la nature de l'appel que l'on propose, l'opinion adverse est également inadmissible. — En effet, de l'avis de tous les auteurs (1), cet appel en usage sous l'empire trouve son origine dans la demande d'*intercessio* de la période républicaine ; les expressions communes *appellatio*, *appellare* ne peuvent laisser de doute à cet égard ; le système des appels impériaux n'est, au fond, qu'un système d'*intercessio* organisé et perfectionné (2). — Admettre donc l'appel contre la sentence du *judex unus*, ce serait bouleverser tous les principes qui servent de fondement au droit public romain.

Si l'on veut des textes pour confirmer ces raisonnements théoriques, citons, en outre du texte de Pline, *H. N*, précité, la loi 244, D., *De verb. sign.*, 50, 16, dans laquelle le

(1) Cf. B. H., II, 700.

(2) Toutefois, sous l'empire, le magistrat, auquel on recourt, ne se contente pas d'annuler la décision antérieure, il lui substitue sa propre décision.

jurisconsulte Paul fait précisément la distinction, au point de vue de l'appel, entre la sentence du juge proprement dit et la décision du magistrat : « *De* PŒNA *provocatio non est, simulatque enim victus qui est maleficii, cujus pœna est statuta, statim ea debetur ; at* MULTÆ *provocatio est, nec ante debetur quam aut non est provocatum aut provocator victus est* ». « *Pœna* » pris ainsi dans le sens étroit : c'est l'amende prononcée par un juré civil ou criminel (membre d'une *quæstio*) : ici, pas d'appel *(provocatio)* possible. — « *Multa* » : c'est l'amende décrétée par le magistrat : là, la *provocatio* est admise. — Ce texte est catégorique. (Mo., II, 940, n. 2). — Dans un autre texte, Suétone reproche à Claude (*Claud.* 14) de ne pas suivre toujours les principes du droit dans l'exercice de la *restitutio in integrum* contre les sentences des *judices privati* : « *Nec semper præscripta legum secutus..... his, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent, restituit actiones.* » C'est donc que les empereurs n'avaient pas, en principe et dans tous les cas, le droit de réformer sur appel de pareilles sentences ; ils ne le pouvaient, de même que les magistrats républicains eux-mêmes, que dans les cas très rares où le droit romain permettait la *restitutio in integrum* (de même, d'ailleurs, que pour tout contrat quelconque), et en se conformant aux règles précises établies en cette matière.

On se demande pourquoi la sentence du *judex datus* (*extra ordinem*) est soumise, au contraire, à l'appel. La raison en est aisée à saisir. Ce *judex datus* est le représentant pur et simple du magistrat qui l'a nommé ; il agit, il parle *exclusivement* au nom de ce dernier. Rien de plus naturel que la décision qu'il rend, au nom et à la place du magistrat, soit soumise aux mêmes voies de recours que si celui-ci l'avait lui-même effectivement prononcée. La décision est tou-

jours de même nature, la personne qui l'articule est seule différente.

La création de cette nouvelle catégorie de juges se justifie elle-même facilement. — Nous avons dit quels développements avait pris sous l'empire le *jus extraordinarium*. — Pour tenir tête à ces développements, dont ils supportaient seuls la charge (V. *supra*.), et en même temps à la multiplicité de leurs autres occupations, les magistrats se virent bientôt dans la nécessité de se créer des auxiliaires ; ces auxiliaires pour la justice furent les *judices dati extra ordinem*. Dans toute affaire se rattachant ainsi au *jus extraordinarium*, le magistrat, s'il ne voulait ou ne pouvait la juger lui-même, nommait d'office un juge qui, en apparence, ressemblait à l'ancien *judex*, mais au fond en différait essentiellement (1).

Au surplus, dans le Digeste et le Code, c'est de ce *judex datus a magistratu* qu'il est le plus souvent question. — En effet : la plupart des fragments de ces recueils sont pris chez des jurisconsultes d'une époque fort avancée dans l'empire, alors que le *jus extraordinarium* avait une importance presque prépondérante. De plus, au temps de Justinien, au moment où se firent ces deux compilations, l'institution du *judex antiquus*, de notre *judex* avait depuis longtemps disparu, seule celle du *judex datus* avait survécu en la personne des *judices pedanei* (V. p. 128). Il était donc naturel que les rédacteurs aient choisi de préférence dans les ouvrages des juristes anciens les passages se rapportant aux institutions survivantes, qu'ils aient même fait disparaître ou aient corrigé dans les autres les dispositions, les expressions, relatives à une institution disparue dont ils ne comprenaient plus la nature ni le fonctionnement.

(1) Gelle, XII, 3, 1.

Ce n'est donc que par accident et par suite de l'oubli des rédacteurs que nous pouvons trouver dans le Code et le Digeste un texte se rapportant, directement du moins, à notre *judex unus*. Nous sommes obligés, le plus souvent, de nous contenter de dispositions très générales ou de quelques traces fort effacées. — Pour pénétrer véritablement la nature de notre institution, l'étudier dans ses détails et son développement historique, il nous faut recourir à des documents généralement considérés comme secondaires : historiens, orateurs, etc. Les renseignements puisés à cette source ne peuvent nous laisser de doute sur l'exactitude de la solution que nous avons défendue : toute sentence du *judex unus*, régulièrement rendue, est irrévocable.

CHAPITRE VI.

Décadence et disparition du « judex ».

La décadence de l'institution du *judex* commence à l'avènement d'Auguste, à la naissance même de l'Empire (1). Cette

(1) Déjà il est vrai, vers la fin de la République, la connaissance d'un grand nombre d'actions pénales privées, même actions de vol, avait été, en pratique, enlevée au *judex* et confiée aux autorités de police, aux magistrats (Mo., II, 938, n. 1) ; mais cette réforme, qui laissait d'ailleurs intacte l'institution même du *judex* et ne s'attaquait qu'au domaine de sa juridiction, était justifiée par la nécessité d'assurer d'une manière plus efficace et plus rapide la répression des crimes, et de garantir ainsi le bon ordre et la tranquillité publique.

décadence s'accusa de plus en plus à mesure que le régime impérial, se détachant des traditions républicaines, affirma davantage ses tendances, prit un caractère plus autoritaire, plus despotique.

Comment notre institution aurait-elle pu vivre sous un pareil régime ?

Au point de vue des principes sur le droit public, au point de vue notamment de son origine et des traditions qu'il parut aux débuts prendre à cœur de conserver, on peut contester — et on l'a fait éloquemment et savamment (1) — à l'empereur son omnipotence.

Mais, en fait, chaque page de l'histoire de cette période n'offre-t-elle pas un témoignage éclatant de cette toute-puissance, de ce despotisme si souvent cruel ou grotesque qui ne connaît ni règle ni mesure, et devant lequel tous les autres pouvoirs plient et tout le peuple s'incline. — En droit même, les jurisconsultes ne proclament-ils pas à l'envi que l'empereur est lui-même au-dessus des lois (2) et que toutes ses décisions sont, au contraire, des lois pour les autres (3) ? Les

(1) V. le livre remarquable de M. Mommsen sur le Principat (pouvoir impérial avant Dioclétien) : 2e partie du t. II du *Rœmisches Staatsrecht*, spécialement le chapitre intitulé, « *Idée des Principats* ».

(2) L. 31, D., *De legibus senatusquecons.*, 1, 3 ; « *Princeps legibus solutus est* ». d'Ulpien. — L. 3, C., *De testamentis*, 6, 23, d'A. Sévère — Servius, *En.*, XI, 206. — Il fallait, dit-on, une dispense expresse dans la loi pour que l'empereur en fût affranchi. Mais cette dispense n'existait-elle pas toujours ? — La *lex regia* (*Vespasiani*), les textes d'Ulpien et d'Alexandre Sévère que nous citons paraissent d'ailleurs donner à cette dispense le caractère le plus général.

(3) L. 1, pr., D., *De constit. princ.*, 1, 4 : « *Quod principi placuit legis habet vigorem* », d'Ulpien. — L. 2, §§ 11 et 12, D., *De orig. jur.*, 1, 2, de Pomponius « ...*ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur* ». — Gaius, 1, 5. — L. 1, § 7, C., *Veteri jure enucl.*, 1, 17 : « ...*lege antiqua, quæ regia nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem* », de Justinien. — Suét., *Calig.* 14 : « *Jus arbitriumque omnium rerum illi (Caligulæ) permissum est* ».

termes de la loi constitutionnelle du pouvoir impérial, de la *lex regia*, sont, du reste, on ne peut plus explicites (*lin.*, 17) : « *Utique quœcumque ex usu reipublicæ majestateve divinarum humanarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere jus potestasque, ita uti divo Augusto* (1)... *fuit* » Certes, si l'empereur était simplement le mandataire du peuple, ce mandat était un blanc-seing dont il pouvait abuser impunément, même contre ceux qui le lui avaient octroyé.

Comment l'institution du *judex* — qui, elle, avait été créée précisément pour servir de frein à la toute-puissance, à l'arbitraire des magistrats, pour protéger contre cet arbitraire les intérêts des particuliers, et qui en fait avait, pendant toute la durée de la République, avec l'appui des mœurs et de l'opinion publique, rempli son but, — comment cette institution, disons-nous, pouvait-elle subsister en face d'un pareil pouvoir, de celui dont on pouvait dire : « *Jus arbitriumque omnium rerum illi permissum est* » ? Entre l'empereur et le juge républicain la lutte était trop inégale. Du moment, par conséquent, que le but de notre institution ne pouvait plus être atteint, celle-ci n'avait plus de raison d'être. Logiquement elle devait disparaître. Frappé dans son indépendance, comme dans son principe vital, notre juge était fatalement condamné dès le jour où parut l'empire ; sa perte effective n'était plus qu'une question de temps.

Pourquoi, cependant, voyons-nous les premiers empereurs Auguste, Caligula, Marc-Aurèle encore (2), s'efforcer

(1) La *lex* (qu'on appelle *lex regia*), dont le texte est parvenu jusqu'à nous, se réfère à Vespasien.

(2) Les inscriptions nous parlent des *adlectiones*, des révisions de l'*album judicum*, de Marc-Aurèle (Rénier, *Inscriptions romaines de l'Algérie*, 2324 : « *in quinque decurias adlecti a divo Marco Antonino Pio.* » — Orelli-Henzen, 6522). — Ce même empereur, avons-nous vu, augmenta dans des proportions très notables le nombre des jours consacrés à la justice (V. p. 94 et Rudorff, I, § 53).

de maintenir notre vieille institution, de la consolider même et d'assurer son fonctionnement ?

C'est qu'il entrait dans la politique des premiers empereurs de ne pas rompre ouvertement avec les traditions anciennes, et de conserver, au contraire, sauf à en modifier plus ou moins la nature, toutes les constitutions républicaines dont l'existence n'était pas en contradiction flagrante avec le principat. — Au surplus, par son caractère purement privé, son apparence modeste, notre institution devait, moins que beaucoup d'autres, donner ombrage à cette sorte de demi-dieu qui gouvernait le monde. Le *judex unus* participa, dans une certaine mesure et pendant quelque temps, à cette quiétude relative qui permit au droit privé lui-même de progresser merveilleusement sous le règne des plus mauvais princes.

Mais ce n'était là que l'apparence, le mal dont notre institution devait succomber avait ses racines trop profond pour être arrêté par la protection même des empereurs ; il aurait fallu, pour y porter remède, s'attaquer au principe du régime impérial et renverser l'empereur lui-même.

D'ailleurs, à côté de cette première cause de décadence, la cause capitale, que l'on découvre, nous venons de le dire, dans le principe même du nouveau régime, nous devons en signaler aussitôt une seconde, aussi funeste, bien qu'elle ne soit en quelque sorte qu'une conséquence de la précédente.

Comme conséquence immédiate de l'établissement de l'empire, nous voyons se produire chez les Romains un profond abaissement des caractères : esprit civique, dignité morale, tout disparaît, tout s'abaisse, tout s'affaisse, devrait-on dire, devant l'empereur. La puissance d'un seul couvre, écrase tout. — Cet état de déchéance des Romains fut désastreux pour notre institution.

En nous plaçant tout d'abord au point de vue des juges : combien est loin le temps où les différentes classes de citoyens se disputaient, souvent les armes à la main, le droit de remplir les fonctions de juges, et où l'on ne croyait pas acheter ce privilège trop cher au prix d'une révolution ! A cet excès succéda l'excès contraire. Dorénavant, nous voyons les citoyens mettre à se soustraire à ces fonctions le même zèle qu'ils montraient autrefois à les rechercher. Les sénateurs s'en firent exempter presque absolument : quant aux chevaliers, dont ces fonctions étaient ainsi devenues, sans doute bien malgré eux, l'apanage, ils ne cessaient d'adresser aux empereurs des requêtes pour faire diminuer le fardeau de leurs attributions. Sur leurs instances (1), Auguste organisa, quoique à contre cœur (*vix concessit*), une sorte de roulement entre les décuries, de manière à ce que chacune d'elles jouît à son tour d'une année de repos : il donna en plus annuellement à tous les juges deux mois de vacances (novembre et décembre). Caligula (*ut levior judicantibus foret*) créa une cinquième décurie (Suét., *Calig.* 16) ; peu de temps après, Galba se voyait obligé de refuser aux juges une sixième décurie (2).

Ce n'était pas assez : pour assurer le recrutement des *judices selecti*, et pour qu'on pût les choisir sur un plus grand nombre de personnes, on dut encore abaisser l'âge autrefois exigé pour les fonctions judiciaires, prendre même des provinciaux et jusqu'à des étrangers (V. *supra*). Certes, de pareils juges étaient peu faits pour défendre notre institution, volontiers en auraient-ils provoqué la suppression

(1) Suét., *Aug.* 32 « *Plerisque judicandi munus detrectantibus, vix concessit...* »

(2) Suét., *Galba* 14 : « *Judicibus sextam decuriam adjici precantibus... negavit* ».

eux-mêmes. — D'un autre côté, ces juges, que l'on recrutait avec tant de peine, n'étaient plus sans doute ces modèles que l'on se plaisait autrefois à citer (Horace, *Sat.* I, 4, v. 123) : ils avaient dû, eux aussi, se laisser gagner par la corruption et l'avilissement général. De fait, la classe des chevaliers, dans laquelle ils étaient pris, avait moins que toute autre échappé à la contagion. — Frappée ainsi dans la dignité personnelle de ses représentants, notre institution perdait en même temps ses dernières garanties d'existence : son prestige auprès des plaideurs disparaissait ; l'opinion publique, jusqu'alors son plus ferme appui, l'abandonnait, et à la place de l'ancienne faveur populaire, le *judex* ne trouvait plus que mépris ou dédain, c'est-à-dire une nouvelle cause de ruine.

Du reste, le peuple, les plaideurs étaient-ils dignes encore de comprendre la valeur des institutions léguées par la république ? Façonnés peu à peu à la servitude, ils s'accoutumaient à considérer l'empereur, les magistrats, comme des êtres supérieurs auxquels, par un sentiment quelquefois de pure flatterie, ils venaient soumettre leurs différends ; les formes de la procédure nouvelle, en même temps qu'elles étaient plus en faveur auprès du prince, paraissaient d'ailleurs plus expéditives et autorisaient l'appel.

Nous avons vu les causes, signalons maintenant quelques-uns des effets, quelques-uns des symptômes de cette décadence :

A. — Les réformes qu'Auguste fit subir à notre institution, sous couleur de la perfectionner et consolider en la réglementant, lui portèrent, indirectement tout au moins, un coup fort préjudiciable. C'était la main toute-puissante du maître qui se faisait sentir. — Bientôt ce corps de juges compris dans les *decuriæ* n'apparut plus que comme l'un des rouages de

l'administration impériale ; inscrits d'office par l'empereur et les magistrats dans les cadres impériaux, assujettis à des règlements étroits (1), soumis à une sévère et minutieuse surveillance de la part de ceux mêmes qui les avaient inscrits, en quoi ces juges différaient-ils, en apparence du moins, des autres fonctionnaires d'ordre inférieur ? C'était même dépendance, même subordination.

Il n'est pas jusqu'au nouveau mode de nomination des juges par tirage au sort dans lequel on ne puisse voir une nouvelle atteinte à la vieille constitution du *judex ;* bien que, pourtant, avons-nous dit, cette innovation fût justifiée par les exigences de l'administration de la justice. — N'était-ce pas, en effet, discipliner pour ainsi dire le choix des parties, et le restreindre en même temps ? surtout que, pour éviter un tirage au sort indéfini, et établir entre les juges un roulement effectif, le magistrat avait sans doute, ainsi que cela se pratiquait déjà pour les *quæstiones perpetuæ* et les *recuperatores* (1), limité le nombre des récusations. — C'était un acheminement vers le choix direct et imposé par le magistrat : le *judex datus extra ordinem*.

B. — Le *judex unus* n'était pas seulement attaqué dans sa constitution et sa nature intrinsèque, il l'était, et surtout, dans sa sphère d'application, dans le domaine de sa compétence.

Sans doute en droit pur, — et nous nous sommes efforcé plus haut de dégager nettement ce caractère essentiel du *judex*, — sans doute le *judex* n'était qu'un simple juge

(1) Auguste défendit aux juges pendant les années de service de leurs décuries d'entrer dans les maisons des particuliers (Dion Cassius, LIV. 18).

(2) V. pour les *quæstiones perpetuæ* : Maynz, I, 178 ; Rudorff, II, § 9 ; — pour les *recuperatores*, B. H, II, § 101.

spécial, comparable aux *recuperatores*, etc.; mais, en fait, il n'en apparaissait pas moins comme le juge de droit commun, le seul *judex privatus* et *legitimus*, le seul juge recommandé par les traditions du *jus civile*. Ce qui démontre que tel avait bien été le point de vue de la pratique, c'est que toutes ou presque toutes les innovations du préteur avaient été soumises à la juridiction du *judex*. Pour lui, ne pas gagner, c'était donc déchoir. — Désormais, le signe de la décadence est manifeste, — le droit nouveau créé par les *constitutiones* et les *senatusconsulta* presque en entier lui échappe, et va grossir le domaine rival du *jus extraordinarium*.

On ne se contente pas de ne plus augmenter le domaine du *judex*, on le diminue; on attaque le *judex* sur son propre terrain. Ainsi, pour les questions d'état, pour les procès *de libertate* ou *de ingenuitate*, le préteur avait autrefois rédigé dans l'édit des *formulæ prœjudiciales*: une *oratio divi Marci* les remplaça par la *cognitio* des consuls à Rome et des gouverneurs dans les provinces (1); de même les procès relatifs au *status familiæ* et à la *patria potestas* furent tranchés par la *cognitio prætoria* (2).

A côté de ces réductions sous forme législative et réglementaire, combien de violations particulières par l'empereur et les magistrats (3) des privilèges du *judex*, combien d'empiétements sur sa compétence ! Nous voyons alors les

(1) L. 4, D., *si ingenuus*, 40, 14. — L. 1, §§ 3, 4, D., *ne de statu defunct.*, 40, 15. — L. 2, pr , § 4, D., *de collus. deteg.*, 40, 16.

(2) L. 1, §2, D., *De rei vind.*, 6, 1.

(3) Tacite, *Ann.*, XII, 60 « ... *parem vim rerum habendam a procuratoribus suis judicatarum ac si ipse* (l'empereur) *statuisset* ». — Fronton *ad M. Cæsarem*, 1, 6, p. 14. Naber : « *Tuis decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciuntur... tu ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis...* » Cf. Mo., II, 937.

empereurs évoquer à leur tribunal, et cela en dépit même des protestations des parties, les affaires qu'il ne leur plaît pas de renvoyer devant le *judex* (1), ou bien encore rescinder arbitrairement les décisions des *judices* (2).

L'œuvre de destruction se poursuivait ainsi lentement, sourdement, mais sûrement. Sous l'empire, le *judex* n'est plus qu'un juge dégénéré, une sorte d'être hybride qui tient le milieu entre le *judex datus* et l'ancien, le vrai *judex unus*. — Quand se fit la confusion complète entre ces deux institutions, quand disparut par là même complètement et définitivement le *judex unus* et avec lui le système formulaire ? — La date est indécise ; la dernière mention que nous trouvions à ce sujet dans les inscriptions porte que le consul de l'année 261 fut, au début de sa carrière, inscrit comme membre des *quinque decuriæ* (Orelli, 3100).

Quoi qu'il en soit, à l'époque de Dioclétien, la disparition du *judex unus*, l'établissement exclusif de la procédure *extra ordinem* est un fait accompli (3).

Dioclétien rendit-il une constitution pour confirmer législativement l'œuvre du temps et des principes même du régime ? On ne sait : — les recueils ne portent pas de trace d'un édit général de ce genre, et non plus les contemporains que les successeurs de Dioclétien n'en parlent. — Quant à la L. 2, C., *De ped. jud.*, 3, 3 (année 294), dont la rédaction est confuse, elle ne s'applique, c'est un point certain, qu'aux provinces, décidant que dorénavant les gouverneurs connaîtront seuls et personnellement de toutes les affaires déférées à leur tribunal. Peut-être Dioclétien prétend-il étendre ainsi à tout le reste de l'empire les nouveaux usages judiciaires en

(1) Suét., *Claud.* 15.
(2) Suét., *Claud.* 14 et *Domit.* 8.
(3) L. 3, C., *De interd.*, 8, 1.

vigueur à Rome ; — dans certaines provinces, les vieilles coutumes romaines avaient subsisté sans doute plus vivaces que dans la ville même qui les avait vues naître : ce serait donc pour donner à l'empire une organisation judiciaire homogène que Dioclétien, fidèle en cela à sa politique de centralisation et de nivellement, aurait rendu ladite constitution. — En même temps disparurent les derniers vestiges du système formulaire.

Seuls les *judices dati* (*extra ordinem*) survécurent : tantôt sous cette dernière dénomination ou celle de *judices speciales* (1), tantôt et plus fréquemment sous celle de « *judices pedanei* », qu'on leur donnait déjà quelquefois avant Dioclétien (2). On les qualifiait de *pedanei* (en grec, χαμαιδικαστὴς)

(1) B. H., III, 117 et 120.

(2) L. 4, D., *De tutor. dat.*, 26, 5. — L. 3, §, 1, D., *ne quis eum*, 2, 7, L. 1, § 6, D., *De postul.*, 3, 1 ; ces lois sont d'Ulpien. — Paul, *Sent.* V, 28. — Nous croyons donc que dans ces textes, sous le nom de *judices pedanei*, il n'est parlé que des *judices dati extra ordinem*. — Les *judices dati*, étant de simples délégués et représentants des magistrats auxquels ces magistrats attribuaient les pouvoirs les plus variés, et qu'ils pouvaient même préposer à toute une série d'affaires, on comprend, avec notre opinion, comment Ulpien, dans les trois textes précités, les fait nommer par le préteur, et suppose ailleurs devant eux une *postulatio* et une *vocatio in jus*. Le *judex datus* est à ce point de vue assimilable au « *is cui mandata est jurisdictio* » du Digeste, 1, 21. — Cf. en ce sens : Mo., II, 937, n. 1 et 944, n. 2. — Nous avouons toutefois que notre explication sur les *pedanei judices* cadre mal avec celle que nous avons proposée sur la L. 2, C., *De ped. jud.*, 3, 3. Pour résoudre cette difficulté, tout en conservant à la constitution précitée la portée, même réduite, que la majorité des auteurs croient devoir lui reconnaître, — il faut admettre, ce qui est au fond très vraisemblable, sinon une interpollation dans le texte de la L. 2, du moins l'emploi abusif de l'expression *pedanei judices*. Sous Dioclétien le *judex unus*, même dans les rares exceptions des provinces, n'apparaissait plus que défiguré et en la plupart des points assimilable au *judex datus*; de plus, dans les diverses capitales de l'empire, on ne connaissait les juges que sous le nom de *judices dati* ou *pedanei*; la confusion des termes était toute naturelle.

pour les opposer aux magistrats appelés de nouveau «*judices*», comme avant la création du *judex unus*. Ces fonctions de sous-juges délégués deviennent plus tard une charge permanente et salariée (1).

Il fut donc dans la singulière et très remarquable destinée du *judex unus* de naître au moment où la première lueur de vraie liberté (création du tribunat) brilla pour le peuple romain, et de disparaître avec les derniers et pâles reflets de cette même liberté (règne de Dioclétien).

On dit souvent que le principe moderne de la séparation des pouvoirs était inconnu à Rome : l'institution du *judex* dénote au moins chez les Romains comme le pressentiment de ce principe, pour ce qui est de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des pouvoirs exécutifs et législatifs.

Originairement, ce fut contre l'abus du pouvoir judiciaire par les tout-puissants magistrats que l'on prétendit garantir les plaideurs.

Bien que les circonstances et la répartition des pouvoirs fussent alors tout autres, une idée du même ordre présida à la création du jury criminel par la loi des 16-29 septembre 1791 : on voulait également protéger l'accusé, assurer le droit de la défense contre les rigueurs et les préjugés du pouvoir judiciaire régulier. A première vue, on trouverait même des ressemblances entre l'institution du *judex* romain et celle du jury criminel, ex. : renvoi devant le jury par la chambre des mises en accusation, jurés simples particuliers,

(1) *Nov.* 82 de Justinien. — Cf., B. H., III, § 140. — Maynz, I, 328 s.

choix des jurés par tirage au sort et récusation par l'accusé, serment des jurés, etc. Mais il n'est pas besoin d'un bien long examen, pour se rendre compte des dissemblances profondes et essentielles; — la comparaison pourrait à peine être faite entre les jurés français et les jurés des *quæstiones perpetuæ*. — Le juré romain (membre d'une *quæstio* ou *judex*) est un juge au sens moderne du mot; il prononce lui-même le jugement, en fait et en droit, il statue, avons-nous dit plus haut en parlant du *judex*, et sur l'*intentio* et sur la *condemnatio;* le *judex*, de plus, dirige les débats et reçoit les preuves : — tout au contraire le juré français. — Le juré civil, que certains (1) proposent d'organiser en France — sur le modèle de l'Angleterre et de l'Amérique, — et dont l'établissement fut déjà discuté à la Constituante, le juré civil ne serait pas davantage, et pour les mêmes motifs, un *judex;* non plus que notre juré criminel, il ne serait un juge proprement dit. — Enfin, quant au jury civil d'expropriation (L. 3 mai 1841), sa mission est absolument spéciale, comparable tout au plus à celle des *arbitri* dans les procès *extra ordinem*, il ne statue, lui aussi, que sur une question de fait, question d'indemnité.

Nous n'avons donc en France aucune institution qui puisse être assimilée à celle du *judex unus*. Conviendrait-il d'en organiser une sur ce modèle, d'introduire le *judex unus* parmi nous ? Qu'il nous suffise de poser la question sans y répondre; le problème est trop complexe. C'est une étude de droit romain que nous avons prétendu faire, rien autre chose.

(1) Cf. Bonjean, I, 207.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT FRANÇAIS.

Pages.

INTRODUCTION..... 133

CHAPITRE I. — **Des administrateurs**..... 136

CHAPITRE II. — **Des actes d'administration**..... 161

§ 1. — Immeubles ou droits immobiliers..... 172

§ 2. — Meubles ou droits mobiliers..... 183

I. — Meubles corporels..... 190

II. — Meubles incorporels..... 193

§ 3. — Dettes..... 200

I. — Dettes antérieures à l'entrée en gestion..... 200

II. — Dettes postérieures — 202

§ 4. — Actions en justice et actes d'exécution..... 203

I. — Actions en justice..... 203

II. — Actes d'exécution..... 208

APPENDICE. — Moyens donnés aux administrateurs pour procéder dans certains cas à des actes de disposition..... 210

CHAPITRE III. — **Effets des actes faits par les administrateurs**..... 215

SECTION I. — Dans les rapports des tiers avec le propriétaire..... 216

I. — Actes d'administration..... 216

II. — Actes de disposition..... 216

SECTION II. — Dans les rapports du propriétaire et de l'administrateur..... 219

CHAPITRE IV. — **Dérogations apportées par le Code aux principes généraux sur les actes d'administration** 222

SECTION I. — Propriétaires à capacité restreinte..... 222

SECTION II. — Administrateurs pour le compte d'autrui..... 226

§ 1. — Mandataires légaux..... 231

§ 2. — Mandataires judiciaires..... 235

§ 3. — Mandataires conventionnels.....

DROIT FRANÇAIS

DES ADMINISTRATEURS

ET

DES ACTES D'ADMINISTRATION

D'APRÈS LE CODE CIVIL.

« *Omnis definitio in jure civili periculosa*
« *est : parum est enim ut non subverti*
« *possit* » (L. 202, D., *De reg. juris.*, 50, 17).

Le droit de propriété est le droit de tirer d'une chose tous les avantages que cette chose est susceptible de procurer : c'est le droit de jouir de cette chose de la manière la plus absolue (art. 544).

« Jouir » est donc le but unique vers lequel tendent tous les éléments de la propriété ; de là les noms romains *usus*, *fructus* et *abusus*. — Pour atteindre ce but, le propriétaire peut se servir de deux sortes de moyens, suivre deux voies différentes : il peut jouir de sa chose en elle-même, en la conservant en substance entre ses mains, la cultivant, l'améliorant et lui faisant produire tout ce que par sa nature même elle est susceptible de produire (*usus fructus*) : il conserve alors et fait valoir; plus simple-

ment encore, il administre; — ou bien il peut en jouir par équivalent et pour ainsi dire par représentation, en l'échangeant contre un autre objet : il l'aliène alors, il en dispose. La disposition d'une chose forme l'excès et comme le dernier terme de la jouissance de cette chose *(abusus)* (1).

De là une distinction fondamentale entre les divers actes dont est susceptible, soit un bien pris individuellement, soit un ensemble de biens, un patrimoine entier : les ***actes d'administration***, qui correspondent au premier mode de jouissance, — les ***actes de disposition***, qui correspondent au second.

L'intérêt qu'il y a à distinguer entre ces deux espèces d'actes n'est pas purement spéculatif, c'est un intérêt de l'importance pratique la plus grande : il suffit pour s'en convaincre de jeter les yeux sur les innombrables décisions de jurisprudence dans lesquelles les questions qui s'y rattachent sont agitées.

Sans doute, pour un propriétaire, un propriétaire pleinement capable du moins, il importe peu de savoir si tel acte qu'il se propose de faire est un acte d'administration ou de disposition : quel qu'il soit, l'acte passé par lui, dans les formes voulues par la loi, sera toujours valable. Mais il

(1) Dans l'art. 544, le Code confond ces deux idées : le but de la propriété « jouir », et les moyens pour atteindre ce but » administrer » et « disposer ». — Du reste dans le langage courant, dans le langage même du Code, on entend très habituellement les mots « jouir », « jouissance » dans un sens restreint, comme synonymes de « *uti, frui* » « *usus, fructus* » du droit romain, comme exprimant le droit de tirer des avantages d'une chose sans en altérer la substance. Tel est évidemment le sens du mot « jouir » dans l'art. 544. Voyez au contraire dans l'art. 582 ce même mot « jouir » employé avec le sens absolu et général que nous lui donnons. — La langue romaine était plus riche et évitait ainsi la confusion : « *uti, frui* » « *usus, fructus* », c'était la jouissance au sens restreint ; *abusus* » c'était encore la jouissance, mais la jouissance excessive : « *abuti* » = user pleinement, user jusqu'au bout.

existe dans le monde juridique un grand nombre de personnes, les uns propriétaires plus ou moins incapables, les autres non-propriétaires, qui, sur les biens entre leurs mains, peuvent faire valablement les actes d'administration, mais ne peuvent faire que ces actes : en principe, tous ceux de disposition consentis par eux sont nuls. — Ces personnes sont qualifiées par nous d'administrateurs, en prenant cette expression dans son sens technique le plus large.

Quels sont donc ces administrateurs? Quels sont ces actes d'administration? — Telles sont les deux questions auxquelles nous prétendons répondre dans cette étude.

Nous nous demanderons successivement dans quatre chapitres : **1.** Quelles sont les personnes capables de faire des actes d'administration. — **2**. Quels sont ces actes; — diverses catégories. — 3. Quels sont les effets de ces actes, et plus généralement de tous les actes consentis par les administrateurs. — **4.** Enfin nous indiquerons quelques-unes des dérogations que le Code apporte, suivant les administrateurs, aux principes généraux posés dans les deux précédents chapitres, — et quels sont les motifs de ces dérogations.

On le comprend assez : avec le programme très étendu que nous venons de tracer, nous ne pouvons entrer dans tous les détails des questions qui surgissent à l'occasion des différents points de nos développements. Les grandes lignes, les idées générales, une vue d'ensemble de la théorie du Code civil sur la matière, voilà toute notre thèse! — Nous nous en tiendrons au Code civil; car nous redouterions de nous égarer en voulant embrasser dans notre travail même le droit commercial et le droit administratif, quelques points de vue intéressants que nous puissions y rencontrer : c'est d'ailleurs, après tout, dans le Code civil qu'il nous faut chercher les fondements de notre droit.

CHAPITRE Ier.

Des administrateurs.

Le droit de propriété, avons-nous dit, est un droit absolu; cela est vrai à un double point de vue : **1.** Le propriétaire peut faire de sa chose et sur sa chose tout ce que bon lui semble (art. 544). — **2.** Personne autre que le propriétaire n'a le droit de toucher à cette chose, d'en tirer quelque avantage, à moins d'une autorisation, d'un mandat du propriétaire (art. 545) (1).

Ces deux idées, qui ont de tout temps servi de base au droit de propriété et auxquelles il n'est fait échec que dans les cas rares où l'ordre ou l'intérêt public le réclame, vont nous permettre de répondre à cette question : Quelles personnes sont capables de faire sur un bien quelconque des actes d'administration définitivement valables? — On peut dire hardiment : seuls sont capables le propriétaire et le mandataire ou représentant du propriétaire. Voilà le principe : il est incontestable! Le Code a pu, pour des motifs particuliers, y déroger quelquefois (art. 595, 1240), mais on peut dire ici fort justement que l'exception confirme la règle, règle solennellement consacrée par la tradition de tous les âges et par les expressions générales de nos art. 544 et 545.

(1) *Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* » (L. 11, D, *De reg. juris.*, 50, 17.)

Tout acte quelconque, aussi bien d'administration que de disposition, qui n'est pas consenti directement ou indirectement par le propriétaire, ne lui est pas opposable : celui-ci peut invoquer la maxime : « *Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* » : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » (art. 1165), — ou cet autre axiome juridique : « *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* » (Cf. art. 1599, 2125, 2182, etc.).

Les personnes qui font valablement des actes d'administration peuvent être : le propriétaire pleinement capable, ou le mandataire spécial de ce dernier, celui auquel le propriétaire a donné le mandat de faire tels ou tels actes strictement déterminés. Pour ceux-là, la question de savoir si l'on est en présence d'un acte d'administration ou de disposition ne présente pas d'intérêt ; le propriétaire peut faire, avons-nous dit, tous les actes quelconques, à quelque catégorie qu'ils appartiennent ; de même le mandataire spécial, car son unique obligation est de se conformer aux termes du mandat, sans qu'il ait à s'inquiéter de quelle nature est l'acte qu'on lui donne mission de faire.

La question n'a d'intérêt que s'il s'agit d'un propriétaire à capacité restreinte qui, sur les choses lui appartenant, ne peut faire seul aucun acte de disposition ; ou bien, d'un mandataire dont les pouvoirs n'ont pas été spécialement déterminés, soit que le propriétaire lui ait donné expressément le droit de faire tous les actes d'administration, sans autre explication ; soit que le mandat, conçu en termes plus généraux encore, confère au mandataire le droit d'effectuer par exemple, « tout ce qui lui semblera convenable aux intérêts du mandat », ou bien « tout ce que le mandant serait lui-même habile à faire ; » dans tous les cas de mandats de ce genre, le Code civil, pour supprimer les difficultés d'interprétation et couper court aux controverses des anciens

commentateurs (1), a décidé que le mandataire n'aurait le droit de faire que des actes d'administration ; l'art. 1988 dispose sans aucune distinction : « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. »

Nous distinguerons donc deux classes d'administrateurs, c'est-à-dire de « personnes habiles à faire des actes d'administration sur les biens qui sont entre leurs mains, mais ne pouvant faire que ces actes » ; ce sont les propriétaires demi-incapables et les mandataires généraux (2). — Ces derniers sont de beaucoup les plus importants et les plus nombreux (3), on leur réserve même habituellement, dans le langage vulgaire, le nom d' « administrateurs » (art. 1941), et c'est en quelque sorte sur le modèle de leur situation qu'ont été réglés les pouvoirs des propriétaires demi-incapables. — Au fond, on peut dire qu'étudier la question des actes d'administration revient à se demander quels sont les actes que peuvent faire des mandataires généraux, quels sont les pouvoirs d'un mandataire général. — Pour toutes les autres personnes (sauf les rares propriétaires à capacité restreinte) la question n'offre point d'intérêt, et le Code ne s'en occupe pas.

(1) Dans l'ancien droit, la plupart des commentateurs (V. cep. en sens contraire Vinnius, *Select. quæst.* I, 9) distinguaient suivant les termes du mandat la *procuratio omnium bonorum cum libera* (on supposait un mandat comprenant tout un patrimoine) et la *procuratio omnium bonorum simpliciter :* la première *procuratio* aurait donné au mandataire même le droit de faire des actes de disposition.

(2) Nous employons cette expression « mandat général », non pas dans le sens de l'art. 1987, mais dans celui de « mandat conçu en termes généraux » de l'art. 1988 : ce sens est usuel et nous dispense d'une périphrase ; nous ne distinguons pas d'ailleurs le cas où le mandat général porte sur *tout* un patrimoine ou sur quelques biens pris individuellement.

(3) Dans les chapitres suivants nous nous référerons toujours ou presque toujours à ces mandataires généraux ou administrateurs pour le compte d'autrui.

I. — Propriétaires à capacité restreinte :

Il n'est pas question ici des propriétaires incapables d'une manière absolue : mineur, interdit, femme mariée, etc. Ceux-là, en principe, ne peuvent faire *seuls* sur leur patrimoine aucun acte quel qu'il soit, même d'administration ; — il faut en excepter seulement certains actes conservatoires.

Nous parlons seulement des propriétaires que nous avons appelés demi-incapables. — Ce sont :

1° *Le mineur émancipé* (art. 481, 484). — L'art. 484 nous dit expressément : « Il ne pourra... faire aucun acte autre que ceux de pure administration..., » — à moins de se faire assister du curateur qui lui a été nommé, ou encore d' « observer toutes les formes prescrites au mineur non émancipé. »

2° *Personnes munies d'un conseil judiciaire* (art. 499, 513). — De l'énumération contenue dans ces articles, il paraît résulter que les actes de disposition sont en général interdits au faible d'esprit et au prodigue sans l'assistance de leur conseil judiciaire.

3° *Femme séparée de biens* (art. 1449). — « La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration. » — Pour les actes de disposition, la femme séparée sera encore assujettie à l'autorisation maritale ou judiciaire (art. 215, 217, 218).

La loi a limité les pouvoirs des propriétaires mineurs émancipés, faibles d'esprit ou prodigues, de crainte que leur faiblesse naturelle, leur incapacité relative ne leur fasse compromettre leur patrimoine par des aliénations inconsidérées : c'est une idée de protection qui a inspiré le législateur (Cf. art. 484 i. f.). — Quant à la femme mariée, elle est généralement incapable pour tous ses actes, soit en raison de

son incapacité naturelle, soit surtout en raison de son état de subordination, de la déférence qu'elle doit à son mari, chef de la famille ; en cas de séparation, la loi a relevé en partie la femme de cette incapacité générale, pour lui rendre possible l'administration de ses biens personnels qu'elle s'est expressément réservée (art. 1536) ou qui lui a été attribuée par le jugement de séparation : la loi a obtempéré ici à la force des choses et aux vœux des parties.

II. — Administrateurs proprement dits, mandataires du propriétaire :

Il s'agit ici, comme nous l'avons dit, des mandataires généraux c'est-à-dire dont les pouvoirs, sur les biens qui leur sont confiés, n'ont pas été spécialement déterminés, précisés par le mandant. — Un pareil mandat peut être ou *exprès* (nous en avons donné des exemples) ou *tacites* (1). Il peut embrasser tout un patrimoine ou ne porter que sur quelques biens particuliers. — Ce mandat peut émaner soit *directement* du propriétaire lui-même, c'est alors le mandat « conventionnel ; » — soit *indirectement*, par l'intermédiaire de la loi, représentant de son côté le propriétaire, protectrice naturelle de tous ceux qui ont besoin de secours, et source de tous les pouvoirs : le mandat est dit alors « légal » (2) ; quelquefois, c'est la justice qui délivre elle-même le mandat, en vertu des pouvoirs qu'elle tient de la loi : ce mandat, qui n'est qu'une variété du précédent, prend plus particulièrement le nom de « judiciaire. » (3).

(1) L'existence du mandat tacite dans notre droit a été vivement controversée parmi les auteurs, aujourd'hui elle est unanimement reconnue. V. Cass., req., 24 avril 1882, D., 82, 1, 288.

(2) Cf. Maynz, II, § 273, note 2. De même en droit romain les actions nées de la tutelle avaient une analogie étroite avec celles du mandat.

(3) V. sur cette division tripartite : Domenget, *du Mandat*, I, n° 87 s. — « L'art. 1239-1°, y fait allusion à propos du paiement. — Cf. encore l'expression « administration légale » des art. 127 et 134.

Nous subdiviserons donc les mandataires généraux ou administrateurs pour autrui en trois classes :

A. — *Mandataires légaux :*

1° *Epoux commun en biens qui, dans le cas de la déclaration d'absence de son conjoint, opte pour la continuation de la communauté* (art. 124). — Il « pourra... prendre ou conserver par préférence l'*administration* des biens de l'absent », soit biens personnels, soit biens communs.

« Prendre » fait spécialement allusion à la femme, « conserver » au mari. — Les art. 127 et 134 qualifient leurs pouvoirs du nom d' « administration légale ».

2° *Envoyés en possession provisoire :*

Art. 125. — « La possession provisoire ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'*administration* des biens de l'absent... »

Le mot « dépôt », — qui d'ailleurs ne doit pas être pris à la lettre, — joint à celui d'« administration », démontre bien que les envoyés n'ont aucun droit propre sur les biens de l'absent ; ils représentent simplement ce dernier et agissent en son nom. Les commentateurs (même M. Demolombe : cf. II, nos 137, 139, 162) ont trop souvent méconnu ce caractère des envoyés.

3° *Père « administrateur pendant le mariage des biens personnels de ses enfants mineurs »* (art. 389).

Dans la pratique, on le désigne simplement sous le nom de « père administrateur légal. »

4° *Tuteur* du mineur (art. 450) ou de l'interdit (art. 509). — Art. 450 : « Il *administrera* ses biens (les biens du mineur) en bon père de famille. »

Ce tuteur est nommé tantôt directement par la loi (tutelle du survivant des père et mère, — tutelle des ascendants), tantôt par le dernier mourant des père et mère, tantôt enfin par le conseil de famille ; mais dans tous les cas, les pouvoirs de ce tuteur sont réglés par la loi elle-même. — Le conseil de famille lui-même, sauf pour certains points peu importants (art. 455, 456), ne pourrait à cet égard prétendre se substituer à la loi ; — il n'aurait le droit de modifier l'œuvre de la loi que dans le seul cas où la femme est nommée tutrice de son mari interdit (art. 507), encore reconnaît-on, en doctrine et en jurisprudence, que l'intervention du conseil de famille est renfermée dans des limites fort étroites, qu'elle doit seulement avoir pour but de restreindre les pouvoirs de la femme tutrice et d'augmenter en faveur de l'interdit les précautions et les garanties. — Somme toute, les pouvoirs du tuteur sont toujours déterminés par la loi.

Au tuteur proprement dit, il faut ajouter, avec des pouvoirs équivalents : le *protuteur*, quand le mineur a des biens dans les colonies (art. 417), — le *cotuteur*, mari de la mère tutrice légale après le convol de celle-ci en secondes noces (art. 396), — enfin le *tuteur officieux* (art. 365).

Pour faire des actes de disposition il faut au tuteur l'autorisation du conseil de famille, homologué même dans certains cas par le tribunal.

5° *Héritier bénéficiaire*, art. 803 : « est chargé *d'administrer* les biens de la succession.» — L'art. 803 ajoute : « Il doit rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires ». Il paraît bien résulter de ce texte que l'héritier bénéficiaire est le mandataire, mandataire légal des créanciers et légataires. Tel est effectivement, croyons-nous, son caractère ; c'est pourquoi l'art. 802-1°, lui donne le droit de se décharger du paiement des dettes, et des autres obliga-

tions de l'administration « en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires », et enfin que l'art. 132 Pr. le qualifie d' « administrateur » en le mettant sur la même ligne que les tuteurs et curateurs. (1).

Cependant, il est à observer que le caractère de mandataire se combine ici avec celui de propriétaire; cette qualité appartient à l'héritier bénéficiaire comme successeur du défunt (art. 724); aussi, un autre article du Code de procédure, l'art. 747, le range parmi les incapables, à côté des mineurs.

Au surplus, remarquons-le bien, c'est seulement en tant que « bénéficiaire » que cet héritier voit ses pouvoirs restreints aux actes d'administration. S'il fait un acte de disposition, cet acte est valable en principe ; mais alors l'héritier renonce implicitement au bénéfice d'inventaire, il fait acte d'héritier pur et simple (art. 778, 800), il fait acte de maître et de propriétaire absolu; il abdique dès lors la qualité de mandataire, cause véritable de son incapacité.

6° Nous n'indiquons ici que pour mémoire l' « *héritier avant qu'il ait pris parti.* » — Il ne s'agit pas ici d'un administrateur véritable et définitif des biens de la succession, mais seulement d'un administrateur *provisoire*. — Il ne peut faire, d'après l'art. 779, que des « actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire », sinon, et c'est un trait qu'il a de commun avec l'héritier bénéficiaire, il fait acte d'adition d'hérédité. — Nous reparlerons

(1) M. Demolombe qui, au n° 228, XV, prétend que « l'héritier bénéficiaire ne doit être considéré comme le mandataire des créanciers du défunt et des légataires, ni à l'effet d'administrer la succession, ni à l'effet de la liquider », ailleurs (n° 262) est obligé lui-même de reconnaître que dans certains cas tout au moins l'héritier bénéficiaire « représente les créanciers de la succession et les légataires » ; or, pas de représentation sans mandat.

de cette espèce inférieure d'administrateurs : les administrateurs provisoires.

A notre première catégorie des administrateurs légaux on rattache souvent l'« usufruitier ». Par cela même qu'un acte est un acte d'administration, on reconnaît à l'usufruitier le droit de le faire et de le rendre opposable au propriétaire.

Il y a là une erreur qu'il importe de combattre ! De fait, et à première vue, on peut se laisser tromper par une certaine ressemblance entre la situation de l'usufruitier et celle d'un administrateur ; l'un et l'autre ne peuvent en principe se servir d'une chose qu'« à la charge d'en conserver la substance » (art. 578). Mais cette similitude apparente cache des différences profondes. — Non, l'usufruitier n'est pas un administrateur, et c'est avec raison que la loi ne lui donne pas cette qualité.

Un bien peut être grevé simultanément de deux sortes de droits réels très distincts, le droit d'usufruit et le droit de nue-propriété. Le nu-propriétaire et l'usufruitier sont vis-à-vis l'un de l'autre dans des relations imposées par la nature des choses, mais sont au fond, chacun dans leur sphère, absolument indépendants l'un de l'autre. Le domaine de l'usufruitier est, s'il nous est permis de parler ainsi, moins étendu que celui d'un plein propriétaire; mais sur son domaine particulier, sur son usufruit, il est un maître absolu, ni plus ni moins qu'un propriétaire véritable et définitif; il agit, il parle en son nom propre, et s'il respecte le droit du nu-propriétaire, c'est en quelque sorte comme un voisin doit respecter le droit de son voisin.

De ce principe dérivent deux conséquences en sens inverse qui nous démontrent combien l'usufruitier diffère d'un administrateur, administrateur pour autrui ou propriétaire à capacité restreinte.

1° Dans les limites de son droit d'usufruit, l'usufruitier

peut faire, non seulement tous les actes d'administration, mais en outre tous les actes de disposition dont ce droit est susceptible : aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit (art. 595), hypothéquer (art. 2118, 2°), exercer les actions immobilières confessoires ; c'est contre l'usufruitier seul que l'on procèdera à la saisie de l'usufruit, et dans la forme des saisies et expropriations d'immeubles (art. 2204, 2°), si le droit porte sur des immeubles.

2° Mais les limites de l'usufruit donnent en même temps la mesure des droits et des obligations de l'usufruitier. — S'agit-il même de simples actes d'administration, d'actes que l'on considère communément comme tels, l'usufruitier ne pourra les faire s'ils doivent porter une atteinte quelconque aux droits du nu-propriétaire; ces actes, du moins, ne seront jamais opposables à ce dernier, et au jour où finira l'usufruit, le propriétaire reprendra le bien franc et quitte de toute charge ou obligation du chef de l'usufruitier : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Pour que le propriétaire fût tenu en quelque manière, il faudrait qu'il ait été représenté par l'usufruitier ; mais, nous l'avons dit, le droit d'usufruit est exclusif de toute idée de représentation pour autrui ou de mandat. — De même, l'usufruitier supporte seul toutes les charges de jouissance, dépenses d'entretien, etc.; il n'a droit à aucune indemnité pour ses améliorations (article 599); mais, il n'est tenu d'aucune des charges qui pèsent sur la nue-propriété (Cf. art. 605-607 pour grosses réparations, 609, etc.).

Une seule exception à cette seconde conséquence nous est donnée par le Code : l'art. 595 maintient, même après la cessation de l'usufruit, les baux consentis par l'usufruitier, en se conformant toutefois aux règles posées dans les art. 1429 s. — Cette dérogation aux principes qui n'existait pas en droit romain, ni dans notre ancienne jurisprudence

française (1), a été inspirée aux législateurs de 1804 par l'intérêt de l'agriculture, et, somme toute, l'intérêt bien entendu du propriétaire aussi bien que de l'usufruitier. On peut comparer cette disposition de l'art. 595 à celle de l'art. 1743, dans lequel le législateur a également rompu avec la tradition (loi *emptorem*) et les principes logiques, par des considérations de même nature que dans le cas de l'art. 595.

Cependant, comme ce dernier article constitue une dérogation aux principes généraux, on ne peut en étendre l'application. — Ainsi, d'après nous, la vente de fruits pendants par branches ou par racines, consentie par l'usufruitier, ne serait en aucune façon opposable au propriétaire, si les fruits n'étaient pas encore coupés lors de l'extinction de l'usufruit : et pourtant, nul ne conteste le caractère administratif de cet acte (2).

Nous ne considérons pas non plus, et pour les mêmes motifs, l'usager et le titulaire du droit d'habitation comme des administrateurs. Sous le Code civil, l'usage et l'habitation ne sont autre chose que des droits d'usufruit plus restreints, non cessibles et non susceptibles d'hypothèques.

B. — *Mandataires judiciaires :*

1° Curateur nommé par le tribunal pour « pourvoir à l'*administration* de tout ou partie des biens laissés par une

(1) L. 9, § 1., D., *loc. cond.*, 19, 2 ; Pothier, *du louage*, nos 312 et 315.

(2) En ce sens : Orléans, 10 août 1815, S., 16, 2, 382. — Trib. de Sancerre 18 août 1874, jugement cité dans la *Revue critique*, 1875, p. 409, avec des observations de M. Pascaud, alors juge d'instruction près de ce tribunal. — *Contra* : Cass., 21 juillet 1818, S., 18, 1, 379; Cass., 9 août 1881. D., 82, 1, 364. — V. encore en notre sens, pour un autre acte d'administration : prorogation du terme de l'échéance d'une créance : Paris, 5 juin 1881, D., 82, 2, 138.

personne présumée absente » (art. 112). — Il faut supposer que le tribunal ne détermine pas les pouvoirs de ce curateur, et le constitue administrateur général des biens du présumé absent.

2° « Administrateur provisoire » commis par le tribunal « pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur » à une instance en interdiction (art. 497). — On admet que le tribunal qui commet cet administrateur peut modifier, étendre ou restreindre ses pouvoirs ; mais en l'absence de détermination expresse, la qualité de « provisoire », que lui donne la loi, montre bien qu'il s'agit encore ici d'un administrateur imparfait, du genre de celui de l'art. 779.

3° *Curateur à succession vacante* (art. 812 et 813).

Dans cette catégorie on peut faire rentrer, quoique n'appartenant pas au Code civil, mais s'y rattachant étroitement : « l'administrateur *provisoire* » nommé par le tribunal aux biens d'une personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, — c'est encore un administrateur provisoire, (art. 32, L. 30 juin 1838) (1); — et plus généralement, tous les administrateurs provisoires quelconques nommés par le tribunal pour prendre soin de certains biens que leur propriétaire ne peut, pour le moment, lui-même administrer (2).

(1) Le cas de l'art. 31, L. 1838 est plus particulièrement un cas d'administration légale (Dalloz, J. G., v° *Aliénés*, n° 24) : quand l'aliéné non interdit est enfermé dans un établissement public et que les intéressés ne lui font pas nommer un administrateur dans les termes de l'art. 32, la loi charge directement de cette fonction la commission administrative ou de surveillance de l'établissement, sauf à celle-ci à désigner un de ses membres pour remplir effectivement cette fonction.

(2) V. Bertin, *Chambre du conseil*, 2e éd. : en cas de déconfiture, II, n° 1285 ; — de faillite, II, n° 1284; — de succession, II, nos 1263 s. ; — en certains cas de société, nos 1276 s. ; — de vacance d'un office, II, nos 1286, 1288.

C. — *Mandataires conventionnels :*

1° ***Mari***, — mandataire de sa femme, pour administrer les biens de celle-ci, ou, si les époux sont mariés sous le régime de communauté, les biens communs. — Le titre du mari comme administrateur est dans le contrat du mariage, qui peut être rédigé au gré des époux quant à l'administration de leurs biens personnels (art. 223, 1449, 1536) ; on n'est pas lié ici, comme pour la tutelle, aux prescriptions légales (1) : et, à supposer même que les époux se soient mariés sans contrat spécial, le mariage, qui est bien déjà par lui-même un solennel contrat, suppose implicitement que la femme donne au mari mandat d'administrer conformément aux règles de la communauté légale (Cf. art. 1421 s., 1428 s., 1531, 1549). — Le mandat exprès ou tacite d'administrer peut être donné au mari par la femme, même durant le mariage (art. 1539, 1577 s.).

2° ***Associé***, sur les biens de la société, — soit qu'il ait été choisi expressément comme gérant (art. 1856-1858), soit qu'il administre en vertu du mandat tacite que les associés, à défaut de conventions expresses, sont censés s'être donné réciproquement à cet effet (art. 1859, 1°).

Nous ne parlons pas ici des propriétaires communistes : ils ne sont pas, quant aux choses communes, des adminis-

(1) Cependant si les époux déclaraient dans leur contrat de mariage vouloir adopter le régime de communauté, et qu'ensuite ils prétendissent réduire, par une clause spéciale, les pouvoirs du mari sur les *biens communs*, cette clause, croyons-nous, serait nulle ; car il y aurait contradiction entre les deux prétentions des époux. Ces pouvoirs du mari sont de l'essence du régime de communauté (arg art. 1388). — Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., V, § 504, note 3. — Mais remarquons que nul n'oblige les époux d'adopter le régime de communauté ; — et qu'ils peuvent réduire, autant qu'ils le désirent, la quotité de biens communs, etc. — Tout au contraire en matière de tutelle : les règles sont imposées par la loi au tuteur, on ne peut d'aucune manière les modifier.

trateurs, à moins qu'une convention analogue au contrat de société ne soit intervenue entre eux ; chaque copropriétaire peut user des choses communes, mais sans nuire aux droits égaux des autres ; il peut même obliger ses copropriétaires à participer aux réparations d'entretien et de conservation ; mais, en principe, aucun acte d'administration consenti par un seul ne peut lier les autres : ils sont dans une situation pareille à celle de l'usufruitier vis-à-vis du nu-propriétaire (1).

3° *Mandataire général* (art. 1988) : c'est l'administrateur-type.

4° On considère quelquefois le *créancier antichrésiste* comme un administrateur. — Cette dénomination prise dans son sens propre et large ne nous paraît pas lui devoir être bien exactement appliquée; la loi ne la lui donne nulle part. Sans doute, comme il a « la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble » qui lui a été livré, le créancier antichrésiste doit pouvoir faire sur cet immeuble tous les actes qui peuvent aider à cette perception, à cette jouissance; mais là s'arrêtent ses pouvoirs! Il doit, sauf convention contraire entre les parties, conserver le mode de jouissance et d'exploitation déjà organisé par le propriétaire-débiteur (2); il prend l'immeuble tel quel, son droit comme son devoir (art. 2086) c'est de le conserver dans le même état : si quelque obstacle, un événement quelconque venait entraver sa jouissance, le créancier antichrésiste pourrait seulement recourir au propriétaire.

Ce que nous disons du créancier antichrésiste, nous le

(1) Aubry et Rau, II, § 221, note 9.
(2) V. en ce sens : Cass. Req. : 25 mars 1835, S., 36, 1, 110. — Paris 9 décembre 1836, S., 37, 2, 29.

dirons *a fortiori* du *créancier gagiste*, qui n'a pas même le droit de jouissance. — Le gage, d'après l'art. 2079, « n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci ». La loi ne fait d'exception à ce principe que « s'il s'agit d'une créance donnée en gage et que cette créance porte intérêts » (art. 2081) : le créancier peut toucher ces intérêts, il les impute d'abord sur les intérêts de sa propre créance, à défaut sur le capital ; le gage ressemble dans ce cas à l'antichrèse.

5° Propriétaires sous condition résolutoire.

La liste de ces propriétaires à droit résoluble serait trop longue à donner complètement ; qu'il suffise d'indiquer : l'héritier obligé au rapport en nature (art. 860 s.); le donataire qui subit l'action en réduction des héritiers réservataires (art. 929, 930), ou bien l'application de la clause de retour (art. 951, 952), ou de quelque autre cause de révocation (art. 953-960, 1096) ; le grevé de substitution (art. 896, 1058 s.) (1); l'acheteur à pacte de réméré (art. 1665, 1673), ou dont l'acquisition est rescindée pour non paiement du prix (art. 1654), ou pour cause de lésion (art. 1674), etc.; — enfin les ayants cause de tous ces propriétaires.

Nous supposons que la condition vient à s'accomplir : dans ce cas le propriétaire, dont le droit est caduc, sera présumé, d'après nous, avoir été rétroactivement l'administrateur-mandataire du propriétaire sous condition suspensive, dont le droit est définitivement consolidé. Les actes de disposi-

(1) Certains auteurs veulent assimiler le grevé de substitution à un usufruitier ou à un propriétaire à terme extinctif : mais, en présence du caractère aléatoire de la situation du grevé, de l'obligation de restituer les biens intégralement à laquelle il est conditionnellement astreint, nous croyons devoir rejeter ces opinions. Dans la loi des 18-29 décembre 1790, relative au rachat des rentes foncières (art. 11, titre II, et art. 13, titre III), les grevés de substitution sont expressément dénommés « administrateurs » et placés à côté des tuteurs, curateurs et maris.

tion consentis par lui tomberont il est vrai, mais les actes d'administration seront opposables au propriétaire définitif.

Cette solution a été contestée (1), et l'on a prétendu, en argumentant des termes absolus de l'art. 1183 : « la condition résolutoire... remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé », que même les actes d'administration devaient tomber. — Nous croyons cette opinion exagérée : L'art. 1183 se place au point de vue du droit de propriété ; sans doute le propriétaire sous condition suspensive sera censé rétroactivement avoir toujours été propriétaire, mais cette rétroactivité ne s'oppose nullement à ce que le propriétaire sous condition résolutoire ait agi, avant la réalisation de la condition, comme représentant et mandataire du propriétaire sous condition suspensive ; il connaissait le caractère aléatoire de son titre de propriété, il administrait donc, éventuellement tout au moins, au nom et pour le compte de ce dernier. Et de fait, de qui le propriétaire sous condition résolutoire tenait-il ces biens et le pouvoir de les administrer ? n'est-ce pas précisément du propriétaire sous condition suspensive, ex. : en cas de vente à réméré, art. 951, etc., — ou bien encore de l'auteur de ce dernier, ex. : substitution permise, donation rapportable, etc.; certes, si l'on a jamais pu présumer un mandat général tacite, c'est bien dans ces conditions : arg. art. 1859-1° comb. avec 883. — Le Code, dans l'art. 1673, nous fournit en ce sens un argument topique ; il nous dit en effet que : « lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé », et il ajoute cepen-

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, XVII, nos 82 et 83.

dant qu' « il est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur. » -- Les travaux préparatoires sur l'art. 1179 nous montrent encore que l'on ne songeait pas aux actes d'administration à propos de la rétroactivité des conditions. Le tribun Mouricault (discussion devant le Corps législatif : Fenet XIII, p. 424) disait seulement : « Quand la condition est accomplie, l'effet de l'obligation doit remonter, à l'égard des *privilèges* et *hypothèques*, au jour de la convention... » Telles sont, avec les autres droits réels constitués par le propriétaire à droit résoluble, les charges dont la loi prétend dégrever le bien à l'événement de la condition : le propriétaire sous condition résolutoire, en tant qu'administrateur, n'a pas le droit de les constituer (1).

Nous arrivons maintenant à une dernière catégorie de personnes, sur la capacité desquelles il s'est élevé, à notre point de vue, les plus vives et, nous pouvons le dire, les plus sérieuses controverses : ce sont les héritiers apparents et les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi. — Ces personnes peuvent-elles être regardées comme des administrateurs, c'est-à-dire comme des mandataires généraux des héritiers ou propriétaires véritables ? Ce n'est que sur ce terrain du mandat, ainsi que nous l'avons dit, que peut s'élever la discussion (2).

(1) V. Pothier : *Traité des retraits*, n° 439. — Cf. encore les articles 952 et 1054 qui ne considèrent comme exception aux principes généraux que le maintien d'un droit réel : hypothèque légale de la femme mariée.

(2) M. Demolombe l'a bien compris quand, dans le tome 2, n° 250 de son *Cours de Code Napoléon*, il a imaginé son système du mandat général pour justifier la théorie de la jurisprudence sur les actes passés par l'héritier apparent : mais il en a tiré des conséquences excessives et contraires aux dispositions formelles des art. 1988 et 1989, le mandat général n'implique jamais le droit d'aliéner. — La controverse que nous indiquons au texte ne se pose pas pour ceux qui admettent, avec la jurisprudence française (Req., 3 juillet 1877, D., 77, 1, 429. — Cass., 13 ma

Cette question ne peut être résolue, d'une manière absolue et uniforme, car on a rangé sous le même nom d'héritiers apparents des personnes aux situations les plus diverses.

Nous croyons, pour notre part, que ce mandat ne devra être présumé que dans les cas, très rares d'ailleurs, où l'administration de ce prétendu héritier apparent aura un caractère légal, — nous dirions volontiers quand la situation de cet héritier ne sera ni usurpée, ni occulte, mais publique et juridiquement définie. — Ainsi, *ceux qui ont recueilli une succession au défaut de l'absent* (art. 136), devraient être, croyons-nous, considérés comme les mandataires généraux et légaux de l'absent. En effet, c'est la loi elle-même qui leur défère les biens pour les posséder et administrer jusqu'au retour de l'absent ou tant que l'absent ne donnera pas de ses nouvelles : leur position, bien différente de celle des autres héritiers apparents, est claire, nette, connue de tous, légale; cette délation n'aurait pas de signification, ni d'utilité, si la loi ne leur donnait pas en même temps le droit d'administrer ces biens, et cela à titre définitif; la loi les préfère aux envoyés en possession provisoire, elle doit leur donner au moins autant de pouvoirs qu'à ceux-ci (1).

1879, D., 79, 1, 417), la validité même des actes de disposition consentis par l'héritier apparent : — mais bien dans le système, auquel nous nous rallions, d'une très grande partie de la doctrine et de la jurisprudence belge (Cass., Belgique, 11 juillet 1878, D., 79, 2, 35), qui annule ces derniers actes. — On a eu tort de vouloir à cet égard séparer la cause du possesseur de bonne ou de mauvaise foi de celle de l'héritier apparent; leur situation, à notre point de vue, est identique.

(1) V. en ce sens : Seresia, *de la Pétition d'hérédité*, nos 25, 99 s. — Nous donnerions volontiers la même solution pour les actes — même ceux de disposition — consentis par l'indigne, avant le jugement déclaratif d'indignité, toutes les fois du moins qu'ils intéressent des tiers. En effet, quand ces actes ont été faits, l'indigne était seul véritable héritier et propriétaire. — on admet généralement que l'indignité n'a pas lieu de

Les tribunaux pourraient peut-être aussi, dans certains cas, après examen des circonstances de la cause, — quand par exemple le propriétaire a connu la gestion de l'héritier ou du possesseur et que, bien loin de s'y opposer, il a, pendant un certain temps, laissé se continuer cet état de choses, — décider qu'il y a eu en fait, de la part de ce propriétaire, mandat général tacite. Mais ces cas seront rares.

En principe, nous n'hésitons pas à le dire, les actes d'administration aussi bien que ceux de disposition', consentis par l'héritier apparent ou le possesseur, sont nuls, non opposables au propriétaire ; nous ne voyons pas pour quel motif on voudrait distinguer entre ces deux espèces d'actes !

C'est en vain que l'on nous oppose les art. 1673 et 1240.

L'art. 1673 *i. f.* n'a rien à faire dans le débat, il se rapporte à l'acheteur à réméré, à un propriétaire sous condition résolutoire, c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons vu, à un mandataire ou représentant du véritable propriétaire. Tout autre est la situation de l'héritier apparent et du possesseur : leur droit n'est pas seulement résoluble, il n'existe pas, ils n'ont aucune qualité juridique pour justifier leur administration, aucun pouvoir légal quelconque sur les biens entre leurs mains. Bien loin d'être les représentants ou mandataires du vrai propriétaire, ils agissent *proprio nomine*, soit *pro herede*, soit *pro possessore*, dans leur intérêt exclusif ; et de son côté, le propriétaire est si peu disposé à leur donner un mandat d'administrer que, dès qu'il connaît leur vraie situation, dès qu'il peut agir, il poursuit l'usurpateur et revendique son bien.

plein droit, — sa situation était éminemment légale ; de plus, l'indignité est une peine, qui, ainsi que toutes les peines, est personnelle, et ne doit pouvoir réagir contre les tiers : Arg. d'analogie, art. 958. — Cf. système de Seresia, *op. cit.*, nos 222 s.

Quant à l'art. 1240, il déclare, il est vrai, valable « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance..., encore que le possesseur en soit par la suite évincé »; mais peut-on tirer de ce seul article une théorie générale, et renverser avec un moyen aussi fragile les principes les plus incontestables de nos lois, ceux sur lesquels s'appuie, somme toute, la société tout entière, « l'inviolabilité du droit de propriété » et l'« indépendance individuelle? » L'art. 1240 est une exception et les exceptions ne peuvent être généralisées. Cet article se justifie par des motifs particuliers : il fallait protéger le crédit public; le paiement est en principe un acte nécessaire, obligatoire, on paie au titre plutôt qu'au créancier, il fallait rassurer les débiteurs qui paient, et en même temps enlever aux débiteurs mal disposés à payer un prétexte tiré du défaut de qualité du créancier, éviter ainsi une foule de procès (1).

Remarquons d'ailleurs que, dans l'art. 1240, il n'est même pas question d'un acte *fait* par un possesseur ou un héritier apparent; celui-ci touche simplement l'argent, il ne joue dans l'espèce qu'un rôle passif : quel argument tirer d'un texte dans lequel la loi ne s'est en aucune façon préoccupée des pouvoirs du possesseur, etc.?

Nous allons plus loin encore ; nous disons que ces héritiers apparents ou possesseurs ne pourront même être considérés comme des gérants d'affaires, car ils administrent non pas dans l'intérêt d'un tiers, mais dans leur propre et exclusif intérêt ; ils n'ont pas voulu faire l'affaire d'autrui, mais leur propre affaire. Si donc ils ont quelque indemnité à réclamer

(1) La disposition exceptionnelle de l'art. 1240 existait déjà dans l'ancien droit coutumier. Voët et le président Favre la justifiaient par la faveur particulière méritée par la libération du débiteur : « *Cùm agitur de liberatione, quæ omnium favorabilissima est* ». Favre, *Codex*, liv. VI, tit. XXXVI, *def.* 15, notes 14, 15, 16.

au propriétaire, ce n'est pas par l'action *negotiorum gestorum contraria* qu'ils pourront agir, mais seulement par l'action ***de in rem verso*** (1) ; ils ne pourront faire valoir que la plus-value actuelle, celle qui subsiste encore au moment de l'exercice de l'action, et non l'utilité ancienne.

Au surplus, il importe souverainement à notre point de vue de ne pas confondre la situation d'un gérant d'affaires avec celle d'un administrateur.

L'administrateur — nous ne parlons pas des propriétaires à capacité restreinte — est un mandataire, un mandataire qui a reçu pouvoir de faire tous les actes d'administration. En conséquence, ces actes faits par lui seront toujours valables, qu'ils aient été utiles ou non (art. 1998), qu'ils aient produit de bons ou de mauvais résultats. Il y a de bonnes comme de mauvaises administrations ; si ce mandataire général administre mal, il engagera sa responsabilité vis-à-vis du mandant (art. 450-2°, 1137, 1992), mais il n'en aura pas moins agi dans les limites de ses pouvoirs, et le propriétaire sera définitivement lié vis-à-vis des tiers, lié vis-à-vis des parties aux contrats passés par l'administrateur.

Au contraire, le gérant d'affaires pourra obliger le propriétaire, le maître de l'affaire par les actes faits en son nom, mais seulement si ces actes ont été *utiles*, du moins *ab initio* ; le maître n'aura à « remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, » que si « l'affaire a été *bien administrée* » (art. 1375) ; la *mauvaise* administration du

(1) V. en ce sens Demol., XXXI, nos 81-83 ; dans ces différents numéros, Demolombe nous paraît avoir singulièrement oublié sa fameuse théorie du mandat général de l'héritier apparent (II, n° 250). — Quelques auteurs et la jurisprudence (Cass., 18 juin 1872, S., 72, 1, 471) n'exigent pas la volonté de gérer pour autrui pour constituer la gestion d'affaires ; mais eux-mêmes n'accordent dans ce cas au gérant que l'action *de in rem verso* (Demol., n° 81 *citt.*) ; il y a là une contradiction !

gérant est de nul effet à l'égard du maître ; tant pis pour les tiers, ils ne pourront avoir de recours que contre le gérant. Ce n'est donc pas en raison de leur caractère administratif que les actes du gérant sont valables, mais en raison de leur utilité, la condition est tout autre.— Bien plus, nous croyons que cette condition d'utilité suffirait. Si un *acte de disposition* était fait par un gérant d'affaires, dans un cas « de nécessité absolue » ou « d'avantage évident » comme dit l'art. 457, dans un cas où le propriétaire lui-même n'aurait pas manqué de le faire, il n'est pas douteux, à notre sens, que cet acte serait valable et opposable au maître (1). La loi, dans les articles 1372-1375, ne limite aucunement le domaine de la gestion d'affaires : gestion, *gerere* est synonyme de *facere* ; d'affaires : quelle affaire ? une affaire quelconque, pourvu, nous le répétons, qu'elle soit utile. — C'est aux tribunaux à apprécier cette utilité. Il est évident, d'ailleurs, que dans cette appréciation les tribunaux seront beaucoup plus sévères et difficiles pour les actes de disposition que pour les actes d'administration ; les premiers auront moins souvent que les seconds le caractère d'utilité et de nécessité exigé.

En résumé, les pouvoirs du gérant d'affaires sont tantôt plus restreints, tantôt plus larges que ceux d'un administrateur.

Remarquons, en outre, que les tiers débiteurs, etc., du propriétaire ne sont en principe nullement obligés d'obtempérer aux injonctions du gérant d'affaires, car celui-ci n'a pas qualité pour représenter le propriétaire ;

(1) Arg. : L. 4, D., *De neg. gestis*, 3, 5. — Cf. Glück, *Pandecten* V. p. 327 s. — Maynz, II, § 274, note 3.— *Contra*, Demol., XXXI, nº 109. — La jurisprudence, qui valide les actes consentis par les administrateurs même en dehors de leurs pouvoirs, quand ces actes ont été utiles au propriétaire, est par là même favorable à notre opinion.

il n'en est pas ainsi quand c'est un administrateur proprement dit, un mandataire qui agit (1).

Cependant les qualités de mandataire et de gérant d'affaires, pour être en elles-mêmes très différentes, ne s'en rencontrent pas moins très souvent dans la même personne, elles se combinent. — En effet, il est de principe que toutes les fois qu'un mandataire dépasse ses pouvoirs, il se trouve, quant aux actes excessifs, dans la même position qu'un gérant d'affaires. Comme dit Casaregis (*Disc.* 179, n° 74) : ***Si habens mandatum illud excedit vel contra facit, de mandatario statim negotiorum gestor efficitur.*** Pothier nous dit encore dans son *Traité du contrat de mandat*, n° 177 : « Lorsque mon mandataire a excédé les bornes de la procuration que je lui ai donnée, en faisant quelque chose outre ce qui y était porté, sa gestion, pour ce qu'il a fait outre ce qui y était porté, étant faite sans mon ordre, forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum.* » (2).

Quand un administrateur-mandataire général fait un acte de disposition (non autorisé), il est donc assimilé à un gérant d'affaires, et cet acte sera maintenu s'il satisfait aux conditions de validité d'un acte de ce genre.— Nous venons de voir, en étudiant les différences de situation du gérant d'af-

(1) La différence entre gérant d'affaires et administrateur n'existe pas seulement à l'égard des tiers quant à la validité des actes, mais même entre parties quant aux actions en remboursement, etc., à diriger contre le propriétaire. Ainsi, si le gérant d'affaires, croyant de bonne foi faire un acte de bonne administration, fait en réalité un acte inutile, il ne sera peut-être pas passible de dommages et intérêts, mais il ne pourra exercer aucune action *negotiorum gestorum contraria* de ce chef; au contraire l'administrateur-mandataire, s'il n'est pas en faute (art. 1992), aura dans cette espèce encore l'action de mandat (art. 1999, 2°). V. encore *infra.*

(2) Cf. Demol., XXXI, n°s 72 et 73 et les autorités qu'il cite.—Nous réservons, bien entendu, le cas où l'on pourrait induire, en fait, des termes du mandat une défense *absolue* de rien faire au-delà; dans ce cas, on ne pourrait donner au mandataire, s'il passait outre, que l'action *de in rem verso.* Cf. Demol., *op. cit.*, n° 89.

faires et du mandataire, combien était plus difficilement valable un acte de gestion d'affaires qu'un acte fait suivant les termes d'un mandat, et combien étaient différentes les conditions et les conséquences de ces deux sortes d'actes. De là on comprend tout l'intérêt qu'il y a, même en tenant compte de ce tempérament, à distinguer soigneusement, à notre point de vue, les actes d'administration : actes de mandataire, et les actes de disposition : actes de gérant d'affaires. Cet intérêt existe, ainsi que nous l'avons vu, non seulement au point de vue des tiers qui ont contracté avec l'administrateur, quant à la validité de l'acte ; mais encore, au point de vue du mandataire, quant à la responsabilité qu'il encourt, aux recours qu'il peut souffrir de la part des tiers évincés, et enfin des actions en remboursement ou indemnité qu'il peut exercer contre le mandant. — Malheureusement ! en jurisprudence (1) on a souvent confondu, tout au moins mal distingué, ces deux ordres d'idées ; de là une des difficultés et en même temps un des dangers de notre étude, quand on veut chercher des renseignements dans les décisions judiciaires.

On pourrait traduire la question de savoir quand un acte est un acte d'administration, quand un acte de disposition, par cette autre question : quand l'administrateur est-il un mandataire, quand un gérant d'affaires? — Nous ne nous inquiétons dans cette thèse que de l'administrateur-mandataire ; c'est alors seulement qu'il mérite le nom d'administrateur. Tout ce qui se rattache à l'administrateur, considéré comme gérant d'affaires, est en réalité subordonné aux faits et livré à l'appréciation libre des tribunaux (2).

(1) De même d'ailleurs dans l'ancien droit (Pothier, *du Mandat*, n° 148 s.). V. *infra*.

(2) Nous nous contentons ici de poser les principes : nous reviendrons sur toute cette théorie fort délicate de la validité des actes consentis par

Nous ne comptons pas non plus, parmi les administrateurs: le subrogé-tuteur (1), le curateur du mineur émancipé, conseil judiciaire des demi-interdits, tuteur à subtitution, etc.; ces personnes sont bien chargées par la loi de certains pouvoirs de surveillance ou de protection, mais elles n'administrent pas elles-mêmes et n'ont pas de comptes à rendre; elles n'ont même pas entre les mains des biens sur lesquels elles puissent exercer des pouvoirs de ce genre.

les administrateurs dans notre chapitre III. — Pour les propriétaires demi-incapables, ils ne peuvent être, bien entendu, dans la situation d'un gérant d'affaires, et les actes de disposition consentis par eux sont en principe toujours nuls, de nullité relative (art. 1125, 1304); l'intérêt à distinguer nos deux espèces d'actes est donc encore plus grand en ce qui les concerne; cependant, nous verrons que pour le mineur, le mineur émancipé (art. 1305), la loi a imaginé un système qui place les actes de disposition faits par lui sur le même pied ou à peu près que les actes faits par un gérant d'affaires.

(1) V. en ce sens Demol., VII, nos 371 s. — On admet même généralement, bien que d'après l'art. 444, Pr., le jugement rendu contre le mineur doive être signifié au subrogé-tuteur aussi bien qu'au tuteur, pour que le délai d'appel puisse courir, on admet que le subrogé-tuteur n'aurait pas le droit d'interjeter appel lui-même. V. Caen, 10 mai 1861, *Jurisprud. des cours de Caen et de Rouen,* 1862, p. 11.

CHAPITRE II.

Des Actes d'administration.

Nous ne nous préoccupons ici, encore une fois, (en supposant une administration pour autrui), que des actes que l'administrateur, mandataire général, peut faire en restant dans les termes de son mandat.

M. Laurent (IV, nº 304 *i. f.*) nous dit que « les actes de disposition sont ceux qui entrainent une aliénation totale ou partielle d'un bien quelconque », et que « tout acte qui n'entraine pas une aliénation est un acte d'administration ».

Cette définition est exacte, croyons-nous, en théorie pure ; elle répond assez bien aux notions que nous avons données aux débuts de cette thèse. Mais en pratique, — sauf peut-être si l'administration portait sur un bien unique et à nature difficilement corruptible, — elle est absolument inadmissible ; et, ainsi que nous le verrons, le Code, quand il s'est agi de déterminer les pouvoirs des administrateurs, ne l'a pas adoptée.

En effet, comment appliquer une pareille définition à des biens consomptibles, ou même en général à un patrimoine, à ce composé d'éléments si divers, à intérêts si complexes et si variables ? Faudra-t-il donc renoncer à constituer un mandat d'administration pour certains biens ? N'y aura-t-il jamais d'administrateurs de *tout* un patrimoine ? — Nous avons vu, au contraire, que parmi les administrateurs dont le Code s'occupe, un grand nombre ont des pouvoirs sur tout un patrimoine.

Au surplus, à tout bien considérer, quels sont les actes qui, dans la pratique, n'entraînent aucune aliénation, totale ni partielle, d'un bien quelconque? — Bien habile serait celui qui pourrait diviser les actes : en actes qui conservent, qui augmentent ou qui diminuent le patrimoine; il y a dans la très grande majorité des actes un peu de tous ces caractères! Le bail lui-même, que l'on s'accorde à considérer comme un acte d'administration, implique l'aliénation, sinon de la propriété, du moins de la jouissance en nature du bien loué (1), sans parler des autres obligations plus ou moins onéreuses auxquelles le bailleur s'astreint implicitement. — Le paiement des dettes n'est-ce pas encore une aliénation? — En touchant au contraire le paiement d'une créance, n'aliéne-t-on pas cette même créance? — Et il en est ainsi pour la plupart des actes dits d'administration! — Il faut d'ailleurs le reconnaître, la plupart des actes qu'un administrateur, aussi bien que le propriétaire, a le droit de faire, supposent une convention expresse ou tacite; or toute convention implique des obligations, des aliénations réciproques. Les actes d'administration sont au fond de même nature que les actes de disposition : la vie juridique, qu'on administre ou qu'on dispose, n'est qu'un échange perpétuel!

Mais alors, puisque le *criterium* proposé par M. Laurent nous fait défaut, faudra-t-il, pour déterminer les pouvoirs des administrateurs, s'attacher au résultat plus ou moins favorable de l'acte? rééditer, par exemple, à notre usage, la fameuse théorie du droit romain sur le mineur sorti de l'*infantia* : celui-ci pouvant faire sa condition meilleure, mais non la faire pire (Inst., I, 21, *De auct. tut.*, pr.)? Mais préci-

(1) Cela est si vrai que lorsque le bail est fait par un administrateur pour une trop longue durée, il peut être réduit sur la demande du propriétaire (art. 1429 s.).

sément ce dernier texte décide que dans les actes, comme le louage, qui engendrent des obligations mutuelles, le mineur n'est pas tenu (*In his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur ut in... locationibus conductionibus... pupilli non obligantur*). Cette simple citation nous dispense d'une réfutation en règle. Avec une pareille théorie, les actes d'administration seraient peu nombreux !

Dans le même ordre d'idées, on pourrait, en élargissant la sphère d'activité de l'administrateur, se placer au point de vue de l'utilité originaire de l'acte. — On dirait que tout acte qui a été utile au propriétaire, du moins *ubi cœptum est*, qui est tel qu'un propriétaire intelligent et soucieux de ses intérêts l'aurait certainement fait, est un acte d'administration.

Ce système a été suivi, avec quelques variantes et d'une manière plus ou moins expresse, par la plupart des auteurs de l'ancien droit (1). Voyez notamment les développements que donne Pothier (*Du Mandat*, nº 148 s.) sur « ce que comprennent les procurations générales. » Et de nos jours encore, nombre de décisions de jurisprudence se sont fondées sur la même théorie pour valider ou annuler les actes des administrateurs. — Cependant nous n'hésitons pas à condamner ce système de la manière la plus absolue, — du moins, nous insistons sur ce point, quant aux actes d'ad-

(1) Bien plus, nous savons que dans l'ancien droit (droit romain et ancienne jurisprudence française) on en était arrivé jusqu'à accorder la restitution en entier au mineur non émancipé contre les actes du tuteur, au mineur émancipé contre ses propres actes, alors même que ces actes avaient été faits avec toutes les formalités exigées par la loi. Ce n'est que peu à peu, sur les réclamations de tous les intéressés et sous la pression même des mœurs qu'on arriva à garantir les actes d'administration contre cette rescision pour cause de lésion (V. sur cette évolution du droit ancien : Demol., VII, nºs 815, 816). — On peut rapprocher cette théorie ancienne de celle autrefois admise sur les pouvoirs du mandataire général.

nistration, considérés comme tels. Que l'on valide certains actes de disposition, utiles *ab initio*, parce qu'ils constituent des actes de gestion d'affaires, nous croyons qu'il n'y a là rien que de très conforme aux principes (V. p. 158), mais qu'on ne veuille pas alors les envisager comme des actes d'administration, et surtout qu'on ne prétende pas soumettre les actes d'administration proprement dits aux mêmes conditions et restrictions que ces actes de disposition ! En effet, par cette confusion à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure (V. p. 159), on ne tendrait à rien moins qu'à identifier, à notre point de vue, le mandat à la gestion d'affaires, et cela contrairement à tous les principes. — Aujourd'hui, la loi se préoccupe bien peu quant aux actes d'administration du « *si hoc pupillo expediat* » : que dit-elle ? L'administrateur pourra faire seul tels ou tels actes, ne pourra faire tels ou tels autres. Ainsi, dit-elle comme Pothier (*op. citt.*, n° 153) qu' « à l'égard des actions, qui n'ont d'autre objet que de faire payer un débiteur, lorsqu'elles souffrent beaucoup de difficulté et qu'elles peuvent donner lieu à de gros frais » le mandataire général a besoin pour les exercer d'un « pouvoir spécial ? » Non. « Il peut exercer seul toutes les actions mobilières » (art. 1428). Voilà qui est catégorique ! Point de distinction, point de tempérament. Même langage net et précis pour tous les actes dont le Code s'occupe. — La loi a ainsi tari la source de toutes les difficultés, de tous les procès que soulevait autrefois le *criterium* aussi élastique et variable que peu juridique des anciens auteurs. Qu'un acte d'administration soit bon ou mauvais, utile ou inutile, il n'en reste pas moins un acte d'administration : il y a, comme nous l'avons dit, des administrations heureuses et des administrations malheureuses. En vérité, le propriétaire serait malvenu à prétendre ne garder pour lui que les bonnes chances, et laisser à la charge des tiers et de l'administrateur mandataire toutes les mauvaises (Cf. art. 1999, *i. f.*).

Nous rejetons encore, et pour des motifs analogues, un autre système qui, dans la doctrine et la jurisprudence modernes, a rencontré de nombreux partisans, et d'après lequel le caractère administratif ou dispositif d'un acte dépend non pas de son utilité originaire, mais de son importance, de sa gravité plus ou moins grande, gravité qui doit être, comme l'utilité dans le précédent système, *estimée en fait* par les tribunaux. En d'autres termes, la question de savoir à laquelle de nos catégories appartient un acte serait une question non pas de droit, mais de fait (1).

Ce système nous paraît condamné par l'esprit comme par le texte du Code. — Nos législateurs ne se sont en aucune façon préoccupés des circonstances accessoires et de fait qui peuvent accompagner les différentes opérations des administrateurs : ils ont prohibé ou autorisé en quelque sorte *a priori* les actes, sans tenir compte des conditions accidentelles de ces actes. On dirait même que le Code s'est ingénié pour ne rien abandonner aux appréciations des tribunaux. — Nous avons vu combien sont nombreuses dans notre droit les per-

(1) En ce sens, Aubry et Rau, VI, § 578, note 1. — Quant à la jurisprudence, elle présente, en cette matière, un véritable chaos de solutions plus ou moins contradictoires, au milieu duquel il est bien difficile de se reconnaître. Elle paraît obéir à deux tendances opposées : tantôt elle voit dans la question de savoir si un acte doit être classé parmi les actes d'administration une question de droit, ex. Cass., 18 janv. 1869, D., 69, 1, 110 ; — tantôt, et le plus ordinairement il faut le dire, elle n'y voit qu'une simple question de fait, qu'elle tranche, certains arrêts suivant l'utilité, certains autres suivant l'importance de l'acte, le tout apprécié au gré de l'impression du moment et des circonstances de la cause. Cf. Montpeiller, 30 mars 1859, S., 59, 2, 508 (transaction), — Rouen, 9 août 1876. S., 77, 2, 241 (antichrèse). — Cass. req. 25 avril 1882, D., 82, 1, 248 (pour femme séparée de biens). — La grande difficulté de l'étude de la jurisprudence en notre matière vient, comme nous le disions plus haut, de ce que la plupart des arrêts confondent plus ou moins la situation de l'administrateur comme mandataire avec celle de l'administrateur comme gérant d'affaires.

sonnes que cette théorie des actes d'administration intéresse. Or, quelle théorie sérieuse pourrait-on élever sur un terrain aussi mouvant, aussi périlleux que l'appréciation en fait des tribunaux, qu'il s'agisse d'estimer le degré d'utilité ou de gravité d'un acte? Quelles garanties offrirait une pareille théorie aux tiers qui traitent avec l'administrateur et qui sont eux-mêmes, le plus souvent, hors d'état d'apprécier l'utilité ou la gravité d'un acte en ce qui concerne le propriétaire? Quelles garanties pour l'administrateur lui-même qui a accepté peut-être gratuitement une gestion onéreuse et qui, après avoir géré de son mieux, peut se voir refuser le remboursement de ses avances, et au contraire être exposé à tous les recours des tiers. — Une théorie aussi funeste à tous les intérêts, et au propriétaire lui-même, une théorie qui consiste dans une sorte de marche à l'aventure et qui érige en principe l'absence même de principes, ne pouvait être consacré par le Code et nous avons vu qu'en réalité ce dernier, rompant avec les traditions et la doctrine des anciens auteurs, l'avait expressément condamnée.

En conséquence, — c'est à cette conclusion qu'aboutit tout naturellement notre discussion, — les actes d'administration sont simplement « les actes que le Code considère comme tels. »

Avant tout, nous aurons recours aux textes du Code. — Nulle part, il est vrai, le Code ne nous donne une énumération complète des actes d'administration, mais en groupant les dispositions éparses dans les divers titres relatifs aux administrateurs, en nous inspirant de ces textes pour classer les actes sur lesquels le législateur ne s'est pas formellement expliqué, on peut, croyons-nous, reconstituer dans son ensemble la théorie du Code. — Un écueil pourtant est à éviter : certaines dispositions de la loi sont spéciales à tel ou tel administrateur, sont motivées par les conditions, les carac-

tères particuliers de sa gestion ; pour celles-ci, on ne peut en étendre l'application : ce travail de généralisation ne doit donc pas se faire sans une certaine prudence, un certain éclectisme. Mais, sous le bénéfice de ces réserves, pourquoi reculer devant le procédé que nous proposons? N'avons-nous pas vu qu'en principe les administrateurs se trouvaient tous dans la même situation, qu'abstraction faite des rares propriétaires à capacité restreinte, ils étaient tous des mandataires généraux exprès ou tacites des propriétaires. Pourquoi donc hésiter à recueillir et à généraliser des décisions qui s'adressent à des situations équivalentes ? Le Code lui-même nous invite à agir ainsi, en disant simplement pour certains administrateurs (Cf. art. 389, 1988) qu'ils sont capables de faire des actes d'administration, renvoyant ainsi implicitement aux principes généraux exprimés dans d'autres titres.

A défaut de texte précis ou de texte d'où l'on puisse tirer quelque interprétation pour un acte non spécialement prévu, il faudrait, croyons-nous, mais alors seulement pour s'assurer si un acte est un acte d'administration, s'appuyer sur l'idée suivante, conforme au fond à la proposition citée plus haut de M. Laurent : « les actes d'administration sont les actes qui ont pour but de *conserver* ou de *faire valoir* un bien quelconque selon sa nature propre et sans qu'en principe sa substance soit altérée. » Nous ne pouvons donner une définition plus précise. — Dans l'application et pour préciser il faut recourir aux usages, surtout usages locaux. Ces usages déterminent, souvent très exactement, les actes et les conditions des actes dont est susceptible l'administration des différents éléments du patrimoine, et comme ces usages sont suffisamment établis pour être connus de tous, comme d'ailleurs on peut très facilement et très rapidement obtenir des renseignements précis à leur sujet, les tiers, comme

l'administrateur, ne seront pas exposés à des surprises et livrés sans défense au hasard des appréciations judiciaires.

Au surplus, dans notre droit, une théorie homogène en notre matière est d'autant plus facile à établir que le Code a abrogé toutes les distinctions anciennes entre les diverses sortes d'administration; — nous voyons là une nouvelle preuve de l'abandon par le Code des errements de l'ancien droit.—Nous avons dit qu'à propos de la *procuratio omnium bonorum*, la plupart des commentateurs anciens distinguaient l'*administratio* « *simplex* », qui ne donnait pas le droit d'aliéner, et l'*administratio* « *libera* » qui donnait ce droit, et l'on fondait cette distinction sur divers textes du *corpus juris*, par eux-mêmes assez amphibologiques. A l'occasion de ces controverses de l'ancien droit, le tribun Tarrible dit dans son rapport sur les art. 1987 et 1988 : « Il était plus difficile de déterminer l'étendue dont le mandat général pouvait être susceptible, lorsque les pouvoirs n'avaient pas été nominativement exprimés; et cette difficulté était le sujet de controverses interminables entre les jurisconsultes. Le projet de loi fait la division de mandats généraux et de mandats spéciaux, et il tarit la source des difficultés au sujet de ceux-ci, en fixant la latitude du mandat général et indéfini » (Locré, t. XV, p. 246). De là la formule générale de l'art. 1988. Et cette disposition est d'autant plus remarquable que, dans le projet du Code civil, on reproduisait une distinction semblable à celle des anciens auteurs, distinction qui, sur les observations de la section de législation du Tribunat, fut ensuite abandonnée (1). — Nous n'aurions donc pas à tenir compte, à notre point de vue, d'expressions comme « *pure administration* » (art. 481), « *libre*

(1) Locré, t. XV, p. 227. Observations du Tribunat, nº 2.

administration » (art. 1449) que nous trouvons dans le Code. Ces expressions s'expliquent suffisamment par les autres dispositions soit de l'article qui les contient, soit des articles suivants, et elles n'ont certes pas la prétention de ressusciter des distinctions solennellement abolies. — Un seul administrateur pourrait, par sa position, être comparé au *procurator omnium bonorum cum libera*, c'est le mari commun, administrateur des biens de la communauté ; le Code ne qualifie même pas ses pouvoirs de libre administration, il les considère comme exorbitants, et les constitue par des textes spéciaux.

Quelquefois, cependant, il est parlé dans nos lois d'administration *provisoire*, et nous avons vu dans notre précédent chapitre plusieurs personnes investies de pouvoirs d'administration de ce genre. Ainsi que ce terme de « *provisoire* » l'indique, il ne s'agit pas là d'une administration véritable : ces prétendus administrateurs n'ont que le droit de faire les actes nécessaires, urgents (art. 779) ; et comme ces caractères sont essentiellement dépendants des faits, la loi, le plus souvent (V. cep., art. 31, L 30 juin 1838), laisse aux tribunaux le soin d'en vérifier l'existence (1). — La théorie du Code sur les actes d'administration proprement dits est seulement prise comme point de comparaison et en même temps comme limite extrême des pouvoirs de ces administrateurs provisoires (2).

Quant à nous, nous ne nous occupons bien entendu dans cette étude, et notamment dans ce chapitre, que de l'administration proprement dite, l'administration définitive.

Les actes d'adminisiration sont souvent subdivisés par les

(1) Req., 9 février 1874, D., 74, 1, 357. — Req., 3 mai 1876, D., 79, 1, 153.

(2) Cass., 18 janv. 1869, D., 69, 1, 110.

auteurs en : actes conservatoires, actes nécessaires, actes d'administration proprement dits. — Pour nous, nous présenterons tous les actes d'administration en bloc et en une seule classe : toutes ces subdivisions non seulement sont à notre point de vue inutiles, mais encore elles ne laissent pas d'être fort artificielles et fort dangereuses. Nous avons dit en effet combien il était rare qu'un acte eût en pratique un caractère bien défini et notamment un caractère purement conservatoire, qu'un acte ne grevât pas en même temps de quelque obligation celui qui le fait; quand des actes purement conservatoires se rencontrent, il n'est pas douteux cependant que ce ne soient là des actes permis aux administrateurs, permis même aux administrateurs provisoires (1), et, dans certains cas, même aux titulaires de droits éventuels (art. 1180) et aux incapables (art. 939, 2139, 2194).

Nous ne distinguerons pas non plus dans ce chapitre entre les pouvoirs des administrateurs propriétaires à capacité restreinte, et ceux des administrateurs mandataires généraux. Bien que nous envisagions toujours notre matière au point de vue de ces derniers, on peut appliquer, *mutatis mutandis*, les mêmes solutions aux autres. Nous imitons en cela le Code civil qui, pour régler la situation de ces demi-incapables, a certainement pris pour modèle la situation des administrateurs-mandataires.

Observons cependant, de suite, qu'avant l'entrée en gestion certaines garanties spéciales sont imposées aux administrateurs des biens d'autrui. — Après l'apposition et levée des scellés, s'il y a lieu (art. 451), il faut signaler avant tout la rédaction d'un inventaire (art. 126, 451, 813, 1058;

(1) Demolombe, XIV, n° 424 (sur l'art. 779).

Cf. 600), auquel pourra être joint un état descriptif et estimatif des immeubles (art. 126, 600). Cette obligation de faire inventaire est imposée à *tout* administrateur : l'inventaire, en effet, formera la base de la reddition de comptes à la fin de l'administration (1). — La loi elle-même, quand il s'agit d'un administrateur légal, lui impose en général, mais non pas toujours (2), une caution (ex. : art. 120, 123, 124, 807, *adde :* art. 601), ou bien grève ses biens d'une hypothèque (ex. : art. 2121). — Enfin notons que, dans certains cas (ex.: art. 126, 452, 1062), la loi ordonne la vente préalable de tout ou partie des meubles compris dans le patrimoine administré, avec l'obligation d'employer le prix.

Mais passons ces préliminaires, qui se réfèrent simplement à des *obligations* pour l'administrateur, et arrivons à la gestion proprement dite, à l'étude des *pouvoirs* de cet administrateur.

Pour mettre un peu d'ordre et de lumière dans cette étude forcément compliquée et touffue, nous allons passer successivement en revue les principaux éléments dont se compose d'ordinaire un patrimoine, en voyant rapidement les différents actes dont chacun de ces éléments est susceptible. — Nous diviserons notre matière tout d'abord en quatre paragraphes : § 1er. Immeubles ou droits immobiliers. — § 2. Meubles. — § 3. Dettes. — § 4. Actions en justice et actes d'exécution — sauf à subdiviser ensuite chacun de ces paragraphes.

Dans un appendice nous examinerons les moyens donnés aux administrateurs pour procéder dans certains cas à des actes de disposition.

(1) Si le propriétaire dispensait l'administrateur de la formalité de l'inventaire, on pourrait voir dans cette dispense une sorte de donation déguisée, donnant à l'administrateur le droit de faire sur les biens tous les actes que bon lui semble, sauf à restituer plus tard au propriétaire *quod supererit*.

(2) Laurent, II, n° 210.

§ Ier.

IMMEUBLES OU DROITS IMMOBILIERS.

I. — *Aliénations.* — L'aliénation est par excellence un acte de disposition, par conséquent un acte interdit aux administrateurs (art. 1988); ce point n'a jamais été controversé pour les immeubles.

« Aliénation » doit être entendu ici dans le sens le plus large : « *Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur* » (L. 1, C., *De fundo dotali*, 5, 53).

1° Aliénation à titre gratuit (Cf. art. 1422), donation, etc.;

2° Aliénation à titre onéreux (art. 128, 457, 484, 1664), etc.

a. — Que l'aliénation soit *totale;* ex.: vente, échange, etc.

b. — Ou bien qu'elle soit *partielle :* nos articles ne distinguent pas. — Ainsi, la disposition d'un démembrement de la propriété équivaudrait à la disposition de la propriété tout entière; ex.: constitution d'un usufruit, d'une servitude passive.

La constitution d'hypothèque est assimilée par tous les articles précités (V. encore art. 2124) à une aliénation adéquate : en effet, l'hypothèque, à défaut du paiement à l'échéance, doit aboutir à l'expropriation, finalement à l'aliénation du bien grevé; en outre, la constitution d'hypothèque peut d'ores et déjà être considérée comme une aliénation partielle : la plupart des auteurs admettant que l'hypothèque démembre la propriété, porte atteinte notamment à l'*abusus*.

Quant à la constitution d'*antichrèse*, certains arrêts (2) la

(1) Rouen, 9 août 1876, S., 77, 2, 241.

considèrent comme permise aux administrateurs. Pour nous, nous croyons au contraire, avec la grande majorité des auteurs et des arrêts (1), qu'elle doit être traitée comme une aliénation immobilière. En effet, alors même que l'on ne reconnaîtrait pas dans l'antichrèse un vrai droit réel, on s'accorde généralement pour lui faire produire un droit de rétention opposable à tous, même aux tiers, acquéreurs ou créanciers hypothécaires (quand l'hypothèque a été créée après la constitution de l'antichrèse); ce droit porte une telle atteinte au droit de propriété, que la L. 23 mars 1855, art. 2 et 3, a prescrit la transcription de tout acte constitutif d'antichrèse, comme des droits réels proprement dits, servitude, usage et habitation.

Au surplus, cette prohibition d'aliénation totale ou partielle est absolue, et ne souffrirait même pas d'exception dans le cas où il s'agirait de constituer une hypothèque en garantie d'une obligation prise par l'administrateur dans les limites de ses pouvoirs d'administration; ex. : achat d'instruments aratoires.

La *transaction* est également, et pour les mêmes motifs, un acte interdit à l'administrateur : la loi considère même cet acte comme plus grave qu'une aliénation proprement dite (art. 467 et 2045) : en effet, dans la transaction, chaque partie abandonne une portion de son droit prétendu, sans compensation, et comme par une sorte d'aliénation à titre gratuit.

Plus grave encore que la transaction serait le compromis (art. 1989, C., art 1003 et 1004, Pr., comb. avec 83, Pr.) : car ici ce n'est pas une partie de son droit qu'on abandonne,

(1) Cass., 22 nov 1841, S., 42, 1, 48. — Paris, 10 mars 1854. S. 54, 2 598.

c'est le droit tout entier qu'on s'expose à perdre; on se livre à la merci d'un arbitre.

Nous ne ferions exception à cette défense d'aliéner, que dans le cas où il s'agit d'une aliénation *nécessaire, forcée*; ex.: expropriation pour cause d'utilité publique (Cf. art 13, L. 3 mai 1841), saisie immobilière que l'administrateur était hors d'état de conjurer, licitation d'un bien indivis (article 815), etc.; la loi elle-même autorise ces aliénations, et elles se poursuivraient quand bien même le propriétaire serait présent et en dépit de ses protestations. Cf. art. 1596 (1).

II. *Acquisition.* — Les acquisitions d'immeubles considérées comme emploi ou placement des capitaux disponibles ou des revenus du patrimoine sont généralement permises à l'administrateur (2); elles lui sont même quelquefois (article 1067) expressément recommandées. Mais il faut que l'acquisition soit faite au comptant, elle ne pourrait l'être à crédit (3), ni en se soumettant à quelque obligation particulière, autre que celles naissant naturellement d'un contrat de ce genre.

(1) Dans aucun cas cependant d'aliénation forcée ou d'aliénation autorisée (V. *infra*), le mandataire général administrateur ne pourra se porter acquéreur des biens vendus; à moins que l'acquisition n'ait un motif légitime, exclusif de toute idée de spéculation, ex.: un bien est indivis entre l'administré et l'administrateur, celui-ci se porte adjudicataire sur la licitation, — ou encore: le créancier poursuivant l'expropriation est l'administrateur lui-même (Cf. art. 706, Pr.). — En effet, tous ces administrateurs sont sous le coup de la prohibition de l'art. 1596; tous peuvent être compris parmi « les mandataires... chargés de vendre. » (Cf. Trib. civil de Foix, 18 janv. 1882, *Gaz. des trib.* du 4 mars 1882). — Au contraire, nous ne généraliserons pas les autres incapacités de l'art. 450-3°, elles sont trop exorbitantes. Cf. Bordeaux, 3 janv. 1849, S., 52, 2, 304.

(2) Trib. de la Seine, 23 juin 1854, Bertin, Chambre du Conseil, 2e *éd.*, II, p. 282.

(3) Il y aurait là une espèce d'emprunt indirect. Trib. Seine, 22 mars 1843, Bertin, I. p. 535. — Cass., 2 mai 1865, S., 65, 1, 206.

Que décider quant à l'acquisition par succession?

Quand il s'agit d'une succession dévolue à l'administré, nous croyons que l'administrateur ne pourrait, en principe, l'accepter seul, au nom de ce dernier. Arg. art. 461 et 776. — En effet, dans notre droit, l'acceptation *même bénéficiaire* entraîne des obligations très graves (paiement des droits de mutation, rapport, etc.). De plus, cette question de l'acceptation d'une succession est une question fort complexe, que l'administrateur, préoccupé exclusivement des intérêts pécuniaires, n'est pas à même de trancher. A côté de l'héritage pécuniaire se trouve l'héritage moral, souvent bien autrement onéreux que le précédent ; et certaines circonstances de fait peuvent même interdire plus particulièrement à l'administré de rien recevoir de telle personne.

Nous ne faisons d'ailleurs pas de distinction entre la succession testamentaire et la succession *ab intestat*, les articles précités sont généraux.

S'agit-il même d'un *legs particulier*, nous croyons que l'administrateur ne pourrait en demander la délivrance sans autorisation ; non seulement si le droit de l'administré au legs était contesté par l'héritier, car alors l'action à intenter serait une action immobilière interdite à ce titre à l'administrateur ; mais même si la délivrance était volontairement accordée par cet héritier. Peu importe encore que le legs soit sans charges. Dans tous les cas, les considérations que nous venons de présenter, l'esprit général du Code s'opposent à ce que l'administrateur agisse seul. — S'il acceptait, ce dernier pourrait, suivant les cas, engager sa responsabilité comme ayant dépassé ses pouvoirs.

Cet esprit du Code se montre encore à propos des *donations*. — Des art. 463, 933 et 935 il résulte que l'administrateur ne pourrait, sans les autorisations nécessaires, accepter une donation, fût-elle faite sans charges. Remar-

quons que dans l'art. 933, le Code a rejeté d'une manière très significative le texte de l'Ordonnance de février 1731, art. 5, d'après lequel les donations pouvaient être acceptées « par le donataire ou par son procureur *général* ou spécial (1) ». — Si, cependant, dans l'art. 935, *i. f.*, le Code apporte à son système une dérogation en faveur des père et mère et autres ascendants du mineur, sans même exiger de leur part la qualité de représentants de ce dernier, c'est qu'il présume, fort justement d'ailleurs, que ces personnes sont, par leur parenté, leur affection, en état d'apprécier les questions d'intérêt moral, etc., soulevées par de pareilles libéralités.

III. *Conservation des biens.* — Les actes qui ont pour objet direct la conservation des biens, rentrent, avons-nous dit, cela est évident, dans les pouvoirs de l'administrateur (art. 1428, *i. f.*). Bien plus, l'administrateur n'a pas seulement le *droit* de les faire, c'est pour lui une *obligation*.

Il peut donc faire inscrire les hypothèques consenties en faveur de l'administré, ou renouveler ces inscriptions en temps utile (art. 2136, 2140, 2154) ; — faire transcrire les ventes, donations entre vifs (art. 940) ou autres actes susceptibles de transcription ; — interrompre la prescription des biens administrés ; — faire faire les réparations d'entretien et même les grosses réparations. Sur ce dernier point, la situation de l'administrateur diffère de celle d'un usufruitier qui, lui, « n'est tenu qu'aux réparations d'entretien » (art. 605) : nous en avons dit plus haut la raison ; l'administrateur, lui,

(1) Il ne faut donc pas s'étonner que Pothier, *du Mandat*, nos 161, 162, admette, quant à l'acceptation des donations et des legs particuliers, une théorie contraire à la nôtre. Pour les legs à titre universel, il est également (*loc. citt.*) d'un avis opposé, par ce motif particulier que, d'après l'ancienne jurisprudence, les légataires universels n'étaient tenus des dettes qu'*intra vires*.

au contraire, est obligé d'administrer ainsi que le ferait un propriétaire, un bon propriétaire.

Cette obligation de conservation fait même, croyons-nous, une loi à l'administrateur de ne pas opérer *seul* de transformations radicales sur les biens administrés, fût-ce même dans un but d'amélioration : ainsi, transformer un fonds non bâti en fonds bâti (1). — Non, certes, que nous voulions empêcher l'administrateur de changer le mode de culture, s'il reconnaît que le précédent est défectueux, nous dirons bientôt que l'administrateur a le droit d'exploiter les biens comme il l'entend, sauf la question de responsabilité s'il n'agit pas en bon père de famille; mais mettre du blé là où il y avait autrefois de la prairie ou même de la vigne, ce n'est pas changer la consistance générale des biens. Il y aurait au contraire changement, transformation *substantielle*, si l'administrateur élevait des constructions sur les fonds administrés, faisait creuser un étang, même un réservoir; ou bien encore, — ce sont des exemples que nous trouvons à propos de l'usufruitier qui, lui aussi, doit conserver « la substance », — modifiait « l'aménagement ou l'usage constant des propriétaires » anciens quant à l'ordre et la quotité des coupes de bois (art. 590 s.) (on transforme alors la nature du bois, futaie en taillis, etc.) ; ouvrir une mine ou une carrière non autrefois exploitée (art. 598). — En effet, ce sont *ces* biens que l'administrateur a reçus, ce sont *ces* mêmes biens qu'il doit rendre et exploiter en attendant : l'objet de son administration, de son mandat est nettement défini. Nous défendrions ces améliorations (ne pas les confondre avec les réparations d'entretien ou grosses réparations) à l'administrateur

(1) Grenoble, 2 mars 1810, J. G., v° *Minorité*, n° 484.— Cependant, les art. 555, 599, 861, 1859-4°, d'où l'on serait porté à tirer des arguments en ce sens, peuvent s'expliquer par des raisons spéciales.

même si celui-ci y voyait un utile emploi des capitaux disponibles de l'administré, ex. : bâtir une maison pour la louer; l'administrateur peut en général faire librement emploi des capitaux, mais, seul du moins, il n'a pas le droit de transformer les biens qu'il a entre les mains : ce serait, de sa part, une espèce d'*aliénation* : les biens ne seraient plus les mêmes.

IV. *Exploitation des biens.* — L'administrateur est entièrement libre quant au choix du mode d'exploitation ; il est tenu seulement de faire valoir chaque bien selon sa nature propre.

Il peut cultiver lui-même, ou bien donner les biens à ferme ou à bail (arg., art. 481, 595, 1429 s., 1673, 1718). — Le bail est quelquefois le seul moyen possible et naturel d'exploitation, surtout pour des immeubles urbains. — Les fruits civils tiennent alors la place des fruits naturels.

Le bail est de sa nature un acte d'administration ; sur ce point tout le monde est d'accord (1). En principe donc l'administrateur pourra aujourd'hui louer ou affermer les biens pour la durée et dans les conditions qui lui paraîtront les plus convenables, pourvu que ces conditions ne soient pas contraires à la nature des biens.

Cependant, il y aurait de graves inconvénients à pousser ce principe à l'extrême. — Spécialement en ce qui concerne la durée de la location, il n'est pas à méconnaître que l'aliénation de la jouissance, qu'implique tout bail, finirait, si elle devait se prolonger outre mesure, par équivaloir à une véritable aliénation de la propriété, et serait, surtout avec l'art. 1743, presque aussi dommageable au propriétaire. — C'est ainsi que

(1) Aubry et Rau, IV, § 364, note 1. — Nous verrons qu'il n'en était pas toujours ainsi dans l'ancien droit.

le contrat d'emphytéose, qui n'est au fond qu'un bail à très longue durée, constitue aujourd'hui, de l'avis de la jurisprudence et d'une grande partie de la doctrine (en attendant que ce point soit formellement consacré par le nouveau Code rural), un véritable droit réel : ce contrat d'emphythéose serait donc interdit à l'administrateur.

Pour remédier à ces inconvénients, le Code a décidé qu'au delà d'une certaine durée, le bail consenti par l'administrateur serait non pas nul comme un acte d'aliénation, mais ne serait plus opposable au *propriétaire :* cette disposition est très remarquable et elle est spéciale au bail.

Ni le preneur, ni l'administrateur ne peuvent agir en nullité ; seul le propriétaire, à la fin de l'administration, a le droit de se plaindre et de faire résilier le contrat pour tout le temps qui dépasse la période de neuf ans en cours d'exécution. — Cette théorie résulte très nettement de l'article 1429. — L'art. 1430 ajoute que les renouvellements des baux ne pourront être opposés au propriétaire, s'ils ont été faits « plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans s'il s'agit de maisons », à moins que leur exécution n'ait commencé avant la fin de l'administration.

Ces deux articles ont été édictés spécialement pour le cas du mari commun, administrateur des biens personnels de sa femme, cependant nous ne doutons pas qu'on ne doive en étendre l'application à tous les administrateurs quelconques. Cette intention de la loi de généraliser la portée de ces textes ressort très nettement des articles de renvoi 1718 et 595, ajoutez encore: art. 481 et 1562. Puisque le législateur n'a pas cru devoir présenter un exposé de l'ensemble des actes d'administration, et s'est contenté de renvoyer implicitement aux dispositions particulières disséminées dans les divers titres, il ne pouvait exprimer avec plus de force son intention

d'étendre à tous les cas analogues l'application de ces deux articles.

Notre solution peut s'autoriser encore de la comparaison de la théorie de l'ancien droit français avec la théorie nouvelle du Code. Autrefois les baux au-dessus de neuf ans n'étaient pas seulement réductibles, ils étaient nuls, nuls pour le tout ; « car, il suffit, dit Pothier à propos du mari administrateur des propres de sa femme (*Traité de la puissance du mari*, n° 93), que, dans son principe, le mari ait excédé son pouvoir, pour qu'il ne puisse obliger sa femme ». Au-dessus de neuf ans, les baux étaient considérés alors comme des actes de disposition, sorte d'aliénations conférant en général un droit réel au preneur, lui transférant le domaine utile (1).

Cette théorie de l'ancien droit avait une portée générale. Comme elle a été condamnée par les rédacteurs du Code précisément dans les art. 1429 et 1430, nul doute que ces textes n'aient une application aussi étendue que le système de l'ancien droit.

Nous rejetons donc d'une manière absolue l'opinion de certains auteurs d'après lesquels, quand le Code ne s'est pas exprimé formellement, « il suffit que les baux soient faits suivant les conditions ordinaires et usitées dans les contrats de ce genre ». « En l'absence d'un texte spécial, nous dit M. Demolombe (II, n° 105), la question ne saurait être décidée qu'en fait et d'après les circonstances; et si, dans l'es-

(1) Cf. Ferrière, *Dictionnaire de droit*, v° bail fait pour plus de neuf années. — Pothier : *de la Puissance du mari*, n°s 92 et 93 ; *du Mandat*, n° 148 ; le tempérament que Pothier, dans ce dernier numéro, apporte à son principe, est un nouvel exemple de la confusion, qui fait le fond de sa théorie sur les actes d'administration, entre les pouvoirs du mandataire général et ceux d'un gérant d'affaires — Cf. art. 502 de la Coutume de Normandie : « Baux à fermes à longues durées, faits pour plus de neuf ans, sont retrayables », et art. 228, Cout. de Paris.

pèce, le bail, même excédant neuf ans, avait été fait de bonne foi, si des motifs légitimes expliquaient cette plus longue durée, je pense que les magistrats devraient le maintenir ».— Le texte spécial, que l'on demande, ce sont précisément les art. 1429 et 1430 !

Certains auteurs, qui n'admettent pas la portée générale des art. 1429 s., veulent trouver la clef du problème dans l'art. 2-4°, de la loi du 23 mars 1855, qui ordonne la transcription des « baux d'une durée de plus de dix-huit années ». Au-dessus de dix-huit ans, le bail constituerait donc un acte de disposition. — Mais, vouloir introduire cet article dans notre controverse nous paraît le détourner complètement de son but. Cet art. 2-4° n'a en vue que l'intérêt des tiers, de ceux qui acquièrent des droits sur les biens loués ; il réserve absolument la question de la validité intrinsèque de ces baux, *inter partes* et vis-à-vis du propriétaire ; notamment la question de savoir si un bail de plus de neuf ans et de moins de dix-huit, consenti par un simple administrateur, est opposable au propriétaire. Bien plus, il est très certain que si un administrateur quelconque avait consenti un bail de vingt-sept ans, et si l'administration avait duré seulement dix-neuf ans, le propriétaire n'aurait pas le droit de demander la résiliation du bail ; tandis qu'au contraire, si ce bail n'avait pas été transcrit, il ne serait pas opposable « aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément aux lois » (art. 3, L. 1855). Ces deux questions ne se confondent donc en aucune manière.

Nous repousserions également l'application à notre matière de l'art. 2-5°. Il ne faudrait pas conclure de ce texte que toute réception de moins « de trois années de loyers ou fermages non échus » est un acte d'administration, et que lorsque cette réception porte sur trois années et plus, elle constitue un acte de disposition. Il nous paraît que toute

réception de ce genre, plus importante que celle admise dans les usages locaux, ne peut être faite par l'administrateur, fût-elle inférieure à une période de trois ans (1). En effet, les loyers ou fermages sont la représentation de la jouissance, l'équivalent du produit de l'exploitation ; or, cette jouissance, cette exploitation se continue d'année en année, régulière et égale à elle-même ; il serait contraire à la nature des choses d'épuiser en une fois tous les avantages que le bien doit produire en plusieurs années ; non seulement ce serait là un acte de maître, mais on pourrait même y voir un moyen indirect d'arriver à un emprunt, en donnant pour gage l'immeuble prétendu loué : une sorte d'antichrèse déguisée.

De même qu'il peut louer, l'administrateur peut consentir la résiliation des baux (2); sauf à exploiter ensuite lui-même ou à louer de nouveau.

Nous n'avons pas cru utile, dans ce premier paragraphe, de distinguer entre les diverses espèces d'immeubles, de séparer même les immeubles corporels (propriété) des immeubles incorporels (usufruit, servitudes, actions immobilières, etc.). Les mêmes principes s'appliquent en général, *mulatis mutandis*, aux uns comme aux autres ; nos textes ne distinguent pas. — Quant aux créances et actions immobilières, nous en reparlerons plus loin avec les créances mobilières (de beaucoup les plus nombreuses) et avec les actions en justice. — Observons cependant que les immeubles par destination (art. 524), « objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds »,

(1) V. en ce sens Poitiers, 2 juillet 1845, D., 46, 2, 128.

(2) Paris, 26 février 1850, S., 51, 2, 796. Trib. Seine, 5 janvier, 4 sept. 1850, 8 juillet 1852, Bertin, II, p. 474.

devraient être considérés, au point de vue des pouvoirs de l'administrateur, comme des meubles corporels (arg. art. 1064) et même des meubles qui se détériorent par l'usage. V. 191.

§ II.

DES MEUBLES OU DROITS MOBILIERS.

Nous distinguerons ici avec soin les deux classes de meubles : 1° meubles corporels. — 2° meubles incorporels : créances mobilières, actions, obligations, rentes (article 529), etc.

Mais, avant tout, il convient de résoudre une question préalable, de la solution de laquelle dépendent tous les développements que nous pouvons donner sur cette partie de notre sujet.

Certains auteurs et un grand nombre d'arrêts (1) estiment

(1) La plupart des auteurs et des arrêts ne raisonnent qu'à l'occasion de certains administrateurs, mais quelques-uns de leurs arguments ont une portée générale. — Pour montrer d'ailleurs combien sur cette question, comme sur toutes celles qui touchent à notre sujet, la jurisprudence manque de principes solides et uniformes, voici, en laissant de côté les arrêts dissidents, quelles sont les solutions généralement admises suivant chaque administrateur. = A. La jurisprudence accorde le droit d'aliéner les meubles : 1° aux envoyés en possession provisoire, Paris, 27 janvier 1814, S., 14, 2, 355; Bordeaux, 20 nov. 1845, D., 46, 4, 1.— (*Contra:* Liège, 8 janvier 1848 , D., 48, 2, 99); — 2° au père administrateur légal. Trib. Seine, 7 janvier et 30 nov. 1853 , Bertin, I, p. 572 ; — 3° au tuteur, du moins pour les meubles incorporels du pupille (avant la L. 27 février 1880). Cass., 21 juillet 1873 , D., 74, 1, 264 ; Cass., 4 août 1873 , D., 75, 5, 468 ; — 4° au mari dotal pour les meubles dotaux de la femme (bien que cependant, d'après cette même jurisprudence, la dot mobilière soit inaliénable aussi bien que la dot immobilière). Cass., 6 décembre 1859 , D., 59, 1, 501.

B. — Elle refuse le droit d'aliéner les meubles : 1° au mineur émancipé Cass. req., 4 février 1868 , D., 68, 1, 393 ;— 2° au mari, sous le régime de

que le pouvoir d'administrer comprend même le droit d'aliéner, — tout au moins à titre onéreux, — les meubles corporels et incorporels compris dans le patrimoine administré.

Remarquons d'ailleurs que la question ne se pose ni pour les meubles consomptibles, ni pour ceux destinés à être vendus, ainsi que nous le verrons plus tard. -- Nous réservons en outre, ici, l'application de l'art. 2279, quand il s'agit de meubles corporels, vendus et livrés à des acheteurs de bonne foi. Dans les cas d'application de cet article, les tiers sont à couvert, mais la responsabilité de l'administrateur reste engagée.

Voici quelques-uns des arguments des partisans de cette thèse :

1° On invoque d'abord l'ancien droit. — En droit romain, le tuteur pouvait aliéner les meubles du pupille ; Constantin, le premier (L. 22, C., *De adm. tut.*, 5, 37), excepta quelques meubles précieux. Le même pouvoir était reconnu à l'esclave auquel le maître avait donné un pécule à administrer; la loi 10, pr., C., *Quod cum eo qui in aliena pot.*, 4, 26, parle d' « *equas* », de meubles par conséquent. — Dans l'ancienne jurisprudence française, même solution, sous le régime de communauté, quant aux pouvoirs du mari sur les meubles propres de sa femme (Pothier, *De la communauté*, n° 325). — On sait d'ailleurs quel mépris professaient les anciens pour cet élément de la fortune publique, pour les meubles, mépris qui se traduisait par ce brocard bien connu : « ***Mobilium est vilis et abjecta possessio.*** »

communauté pour les meubles personnels de la femme. Cass., req., 4 août 1862, S., 62, 1, 935. — *Contra :* Aubry et Rau, V, § 522, note 33 ; — 3° à la femme séparée de biens, en dehors des besoins de son administration. Cf. Cass., req., 25 avril 1882, D. 82, 1, 248 (et cela en dépit de la disposition de l'art. 1449-2°).

2° Que ce préjugé ancien ait passé dans le droit moderne, ait tout au moins pesé sur la rédaction du Code, on n'en peut douter : cela ressort manifestement de l'ensemble des articles. Ce préjugé a dû passer dans notre droit avec toutes les conséquences qu'il entraînait autrefois. — En ce qui nous intéresse, il est à remarquer qu'un grand nombre d'articles interdisent expressément aux administrateurs la vente des immeubles (art. 128, 457, 1428, 1554), nulle part une interdiction semblable pour les meubles : n'est-ce pas là une autorisation tacite à en disposer librement ? D'autant qu'avec le système opposé on chercherait vainement quelles formalités l'administrateur devrait suivre pour arriver, en cas de nécessité, à cette aliénation, puisque la loi n'indique de formalités que pour les immeubles. — Quant aux art. 126-2°, et 452, ils ne contiennent aucune prohibition de ce genre, ne consacrent aucune théorie générale ; ils se contentent d'imposer une mesure de bonne administration, analogue à celle qui pesait déjà autrefois sur le tuteur romain aux débuts de la tutelle (1) ; ils ordonnent la vente de certains meubles, et dans certains cas : ce n'est pas à dire qu'ils la défendent en thèse générale, bien au contraire. — Enfin, il n'est pas jusqu'à l'art. 1988, qui, en employant à côté l'un de l'autre les deux termes « aliéner et hypothéquer », paraît bien sous-entendre que le premier de ces termes se rapporte seulement aux biens susceptibles d'hypothèques, aux immeubles.

3° On trouve, maintenant, des arguments directs dans les art. 805 (comb. avec art. 986 et 989 Pr.) et 1449. Ces textes reconnaissent expressément que le droit d'aliéner les meubles est compris dans les pouvoirs d'administration de l'héritier bénéficiaire et de la femme séparée. — La loi ne per-

(1) L. 22, C., *De adm. tut.*, 5. 37. — V. Accarias, I, n° 142, 1°.

met-elle pas encore à tout administrateur en général (arg. art. 464, 813, 1428, 1549) d'exercer les actions mobilières et d'y défendre? Or, au fond et juridiquement, quelle différence établir entre une aliénation proprement dite et une aliénation indirecte ou tout au moins éventuelle en justice? Rien ne serait plus facile, si la vente des meubles était effectivement interdite, que de tourner la prohibition de la loi.

4° Enfin, toutes les lois, tous les décrets, depuis la loi du 24 mars 1806, le décret du 25 septembre 1813, jusqu'à la loi du 27 février 1880, qui sont venus apporter des entraves à la faculté pour les administrateurs de disposer des meubles, démontrent clairement qu'il était nécessaire de réformer en cela le système du Code.

Telle est l'argumentation, fort spécieuse il faut l'avouer, des partisans de l'aliénation des meubles. Nous n'avons donné que les arguments *de droit*, et ceux qui nous paraissaient les plus sérieux. — Ces arguments sont loin cependant de nous convaincre, et, pour notre part, nous pensons tout au contraire que non plus pour les meubles que pour les immeubles, les administrateurs n'ont le droit d'aliéner.

1° Tous les exemples de l'ancien droit qu'on nous oppose peuvent s'expliquer par quelque motif particulier et exceptionnel. Ainsi le tuteur était, sans doute sous l'influence de quelque vieille idée de copropriété familiale, considéré comme une sorte de *propriétaire* des biens du pupille: « *Tutor qui tutelam gerit, ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet* » (L. 27, D., *De ad. et peric. tut.*, 26, 7), et, jusqu'à Septime Sévère, on lui reconnut le droit d'aliéner même les immeubles ruraux du pupille. — On sait également quels pouvoirs exorbitants l'ancien droit français donnait au mari sous le régime de communauté. — Ce n'est pas certes dans ces cas spéciaux et exceptionnels qu'il faut chercher la théo-

rie générale, la pensée vraie de l'ancien droit sur les pouvoirs des administrateurs ; celle-ci se retrouve, croyons-nous, à propos de la *procuratio omnium bonorum* et notamment dans la fameuse controverse sur la portée de cette *procuratio*. — Que disait la L. 63, D. *De procurat.*, 3, 3 ? *Procurator totorum bonorum, cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos, sine speciali domini mandato alienare potest : nisi fructus aut alias res quæ facile corrumpi possunt.* C'était là ce que les anciens commentateurs appelaient l'*administratio simplex*, l'*administratio* proprement dite : *Eum cui simpliciter administratio*, nous dit Vinnius, reproduisant l'opinion des auteurs (*Select. juris quæst. I*, 9), *quamvis omnium bonorum mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ.* Telle est la théorie de l'ancien droit, elle est nette et générale : la défense d'aliéner se rapporte aux meubles comme aux immeubles. Il est vrai que ces mêmes auteurs, dont Vinnius combat sur ce point l'opinion, s'appuyant sur des textes du droit romain d'une valeur d'ailleurs fort discutable, reconnaissaient aussi l'existence d'une certaine *administratio libera* qui aurait embrassé le pouvoir d'aliéner *même les immeubles ;* mais de l'avis même de ces auteurs, il ne fallait voir là qu'une dérogation aux principes généraux, au droit commun, fondée sur une interprétation plus ou moins exacte des termes du mandat lui-même. Vinnius repoussait cette interprétation par cette observation topique : « *Utut enim liberrima, administratio tamen est, nihil amplius !* »

2° C'est précisément pour trancher ces controverses, et en se plaçant sur le même terrain que les contendants, que les rédacteurs du Code après les hésitations racontées plus haut, ont édicté notre art. 1988. Dans cet article, manifestement inspiré de la L. 63, *citt.*, on oppose le pouvoir d'aliéner au

droit de faire les actes d'administration : « Aliéner » est pris là dans un sens aussi général que l'*alienare* de l'ancien droit, et il ne souffre aucune distinction. Peu importe, d'ailleurs, le mot « hypothéquer » qui l'accompagne : le législateur énumère quelques-uns des actes de propriété, il ne prétend certes pas les réduire tous à la même mesure et aux mêmes caractères. — Ce texte nous paraît, à lui seul, péremptoire !

Voilà donc le principe nettement posé ! L'aliénation même des meubles est un acte de disposition. L'argument *a contrario* que l'on veut tirer des art. 128, 457, etc., tombe par là même, car il détourne des principes généraux. — Oui, sans doute, le préjugé de l'ancien droit sur les meubles a pesé sur la rédaction du Code (1) : mais, ce n'est pas à dire que les législateurs aient voulu sacrifier les meubles à toutes les fantaisies des administrateurs. Ils ont plutôt *oublié* les meubles, négligé d'en parler, comme formant, du moins aux époques troublées de la rédaction du Code, un élément trop insignifiant, trop peu sûr, des fortunes, pour qu'on crût devoir s'en occuper d'une manière spéciale. — Ils se sont contentés de renvoyer implicitement aux principes généraux pour combler cette lacune, et ce sont ces mêmes principes, dont nous réclamons aujourd'hui l'application. Sans doute, les art. 126-2°, 452 et 1062 ne contiennent pas l'interdiction expresse et générale d'aliéner les meubles, mais ils témoignent au moins de l'intention des législateurs de ne pas laisser sans défense cette partie du patrimoine : et il serait en réalité invraisemblable que les législateurs aient entouré la vente des meubles dans certains cas de garanties et de formalités excessives, et qu'ailleurs ils aient permis leur

(1) De là la disposition du Code à propos des actions mobilières ; — il ne faut y voir qu'une exception, peu logique il est vrai, aux vrais principes.

aliénation sans aucune formalité. Dans le cas même de l'art. 126-2°, il est dit que « le tribunal ordonnera, *s'il y a lieu*, de vendre tout ou partie du mobilier », pour le surplus, le tribunal décide implicitement qu'il n'y a pas lieu de le vendre : et c'est alors qu'on permettrait aux envoyés en possession provisoire d'aliéner sans même se soumettre à l'autorisation ou approbation du tribunal !

Quant aux actes 805 et 1449-2°, dont on veut tirer des arguments dans le sens du premier système, ils nous paraissent condamner au contraire ce même système. L'art. 1449 surtout, en reconnaissant à la femme séparée d'abord des pouvoirs d'administration, puis ensuite le droit de disposer de son mobilier, établit entre ces deux sortes de droits une opposition des plus significatives : dans le premier paragraphe de cet article, il est question de pouvoirs d'administration, et dans les deux suivants de pouvoirs de disposition. De fait, ces deux articles constituent des dérogations aux principes, dérogations qui s'expliquent par cette circonstance que les administrateurs, dont s'agit, sont en même temps propriétaires.

Enfin, s'il faut répondre à l'argument, toujours *a contrario*, tiré de ce que certaines dispositions législatives sont venues, postérieurement au Code civil, apporter des entraves à la faculté d'aliéner de l'administrateur : — d'abord, quant à la loi du 24 mars 1806, il suffit de la lire pour s'assurer que, bien loin de vouloir réduire les pouvoirs du tuteur, elle paraît au contraire, tels sont les termes et l'ordre de sa rédaction, vouloir les étendre en lui permettant d'aliéner les rentes du pupille de 50 fr. et au-dessous. Pour ce qui est des autres lois spéciales, elles servent à indiquer, pour certains genres de meubles, les formalités spéciales que l'administrateur doit suivre afin d'arriver à la vente. Enfin, s'il faut tout dire, quelques-unes de ces lois avaient aussi pour but de réagir,

non pas contre le système de la loi qui nous paraît on ne peut plus certain, mais contre le système de la jurisprudence qui, en ces matières, a souvent dévié des vrais principes.

Notre conclusion est donc qu'en thèse générale et sauf texte formellement contraire dans la loi, aucun administrateur n'a le droit d'aliéner, même à titre onéreux, les meubles compris dans le patrimoine administré : tel est le principe !— De la nature mobilière ou immobilière d'un bien on ne peut inférer aucune différence dans les pouvoirs de celui qui l'administre. — En conséquence, une grande partie des développements contenus dans le paragraphe précédent se rapportent également aux meubles; nous nous contenterons d'y renvoyer.

I. — *Meubles corporels.*

A. — 1° L'aliénation *à titre gratuit* des meubles est interdite, c'est un point certain.

Cependant il est admis, et il a été admis de tout temps, que les « présents d'usage » échappent à cette prohibition. Ce ne sont pas là de véritables donations, puisque la loi elle-même (art. 852) les dispense du rapport : ce sont en quelque sorte des donations *nécessaires*. — Mais, encore ici, nous croyons que l'administrateur ne pourrait faire ces libéralités qu'avec les meubles dont, par exception, il a la disposition.

2° En effet, le principe que nous avons posé tout à l'heure, incapacité d'aliéner les meubles, souffre, de l'aveu de tous les auteurs, diverses exceptions. — L'administrateur d'un patrimoine a le droit et le devoir de faire valoir *tous* les biens, de faire produire à ces biens ce que, par leur nature même, ils sont aptes à produire : or, il est certaines espèces de meubles dont on ne peut jouir qu'en en disposant, qui, par leur nature même, sont voués à

l'aliénation. Tels sont : les meubles consomptibles, l'argent, les grains, les liqueurs, etc.; les meubles destinés à être vendus, ainsi ceux faisant ou devant faire l'objet d'un commerce; ainsi encore les produits en nature de la propriété : récoltes, matériaux extraits des carrières, etc.; on peut y joindre les meubles qui se détériorent facilement par l'usage, ex. : animaux de labour, etc. — Pour ceux-là il a fallu déroger à l'obligation de conserver la substance des choses, et permettre l'aliénation (arg. art. 587, 1851. — Cf. L. 63, D., *citt.*).

Mais, en dehors de ces exceptions, notre principe, l'interdiction d'aliéner, reprend toute sa force.

Cette interdiction ne vise pas seulement l'aliénation complète, mais encore, — toujours sous la réserve de l'application de l'art. 2279, — l'aliénation partielle, ex. : constitution de gage. Cet acte a pour effet de démembrer la propriété, crée un privilège (art. 2102-2°), aussi bien que la constitution d'hypothèque.

Même solution quant aux aliénations plus ou moins déguisées : transaction, compromis.

Pour les acquisitions à titre onéreux ou gratuit, nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos des immeubles. Même s'il s'agissait de dons manuels, bien qu'on ne puisse ici opposer l'art. 933, l'administrateur engagerait, suivant les cas, sa responsabilité en les acceptant sans autorisation. L'esprit de la loi est en ce sens (1).

B. — Rien non plus de particulier aux meubles en ce qui concerne les mesures conservatoires : l'administrateur peut et doit les faire, c'est un point certain.

(1) V. cep. Lyon. 9 août 1877, J. P., 78, 728 : en cas de legs d'une somme d'argent.

Quant à l'exploitation proprement dite, il est évident que l'administrateur pourra louer les meubles, ex. : cheval, etc. (Cf. art. **1673**); toutefois nous ne trouvons pas ici de texte pour déterminer la durée du bail : les art. 1429 et 1430 s'adressent seulement aux immeubles (biens ruraux et maisons, art. 1430). En conséquence, puisque le bail est de sa nature un acte d'administration, nous croyons qu'en principe l'administrateur pourrait louer ces meubles pour une durée même très longue, pourvu qu'il ne soit pas démontré à raison de la nature du meuble ou des autres circonstances du contrat que, sous couleur de bail, les parties ont voulu faire une vente, une aliénation véritable.

Au surplus, l'administrateur devrait faire rendre à chaque bien en particulier ce qu'il est susceptible de produire : c'est la formule générale déjà maintes fois énoncée. — S'il s'agit d'argent, capitaux ou revenus, l'administrateur pourra en faire emploi. Ce n'est pas pour lui, sauf texte exprès (ex : art. 126, 455, 1066; L. 27 février 1880, etc.), une obligation (1) absolue; mais, s'il ne le fait pas, il pourra être, suivant les cas, déclaré coupable de négligence (art. 1992), partant, en faute.

Cet emploi pourra se faire de bien des manières : payer des dettes, faire des réparations, etc., ou bien encore acquérir des biens, faire des placements. — Il ne parait pas qu'en principe la loi ait voulu lier l'administrateur, ni lui

(1) Lyon, 9 août 1877, S., 78, 2, 174. — Nous ne généralisons pas l'application des articles mentionnés au texte, parce que les dispositions qu'ils contiennent nous paraissent trop exorbitantes, et que d'ailleurs il résulte bien, soit des termes de ces articles, soit des autres articles des mêmes titres, que ces dispositions se réfèrent exclusivement à certaines situations particulières, qui ont paru au législateur plus spécialement intéressantes, et exigent plus de garanties.

imposer un mode quelconque d'emploi (1). Cependant on ne peut disconvenir que les préférences très marquées de la loi — sans parler des emplois en quelque sorte nécessaires dont nous avons parlé en premier lieu — soient pour les acquisitions d'immeubles et les placements hypothécaires (art. 1067) : il faut y joindre, depuis les lois de finances 1862, 1871, 1879 (3 % amortissable), les rentes sur l'Etat 3 % et 5 %. Que ces sortes d'emploi mettent à couvert plus sûrement la responsabilité de l'administrateur, cela est possible; mais en principe, surtout vis-à-vis des tiers, nous croyons que la liberté de l'administrateur reste entière.

II. — *Meubles incorporels.*

Nous ne considérons ici que les créances et rentes sur particuliers, les actions et intérêts dans les compagnies de finances, de commerce et d'industrie, enfin les rentes sur l'Etat. — Ce sont sans contredit les plus importants des meubles incorporels (Cf. art. 529).

A. — *Créances et rentes sur particuliers.*

Tant que la créance n'est pas échue, l'administrateur en percevra les intérêts régulièrement, de même que les autres produits des biens administrés, et de ces intérêts capitalisés il fera emploi selon les règles que nous venons de formuler. — Nul doute d'ailleurs qu'il ne puisse forcer le débiteur à s'acquitter des intérêts, conformément à ce que nous dirons au § **4.**

(1) Cass., 23 février 1879, D., 79, 1, 157.— Douai, 24 juin 1881, J. P., 82 335. — L'art. 1067 est spécial aux substitutions permises, matière que la loi a entourée de garanties et de restrictions exceptionnelles ; ce texte se réfère d'ailleurs à l'art. 1066, un cas d'emploi forcé, — et se combine avec l'art. 1068, qui est absolument inapplicable en toute autre matière.

Quand arrivera l'échéance, quand la créance deviendra exigible d'une manière ou d'une autre (Cf. art.1188), alors de deux choses l'une :

Ou bien le débiteur se refusera au paiement : l'administrateur pourra l'y forcer : renvoi à § 4.

Ou bien le débiteur s'offrira à payer : alors l'administrateur touchera le montant de la créance (art. 1239 et 1240). En même temps, il est vrai, l'administré perdra sa créance ; mais il n'y a rien là que de très normal, de très conforme à la nature de la créance ; on pourrait même dire qu'il s'agit dans l'espèce d'une aliénation *nécessaire*, car le débiteur peut forcer le créancier lui-même, par des offres réelles, à toucher ce qui lui est dû.

L'administrateur aurait-il le droit de recevoir le paiement de la créance avant l'échéance du terme fixé pour l'exigibilité ? Oui, si le terme, — ce qui est le cas ordinaire, — est en faveur du débiteur. En effet, ici encore le débiteur pourrait, en renonçant au bénéfice du terme, forcer le créancier par des offres réelles. — Non, au contraire, si le terme avait été stipulé en faveur du créancier, il y aurait même dans cet acte une renonciation gratuite, une sorte de libéralité (1).

En même temps qu'il peut donner quittance définitive du capital mobilier qu'il touche, l'administrateur est également autorisé à donner mainlevée des hypothèques, etc., qui garantissent cette créance. C'est là une conséquence nécessaire du paiement. Mais il faut supposer un paiement intégral, car autrement il y aurait là encore une remise gratuite, une sorte de donation (2). -- L'administrateur n'aurait même pas, croyons-nous, le droit de transférer une inscription d'un

(1) Cass., 9 juin 1849, S., 49, 1, 487.
(2) Cass., 22 juin 1818, J. G., *Privil. et hyp.*, n° 2682.

immeuble sur un autre : ce serait une espèce d'échange (1).

Ces principes présentent de sérieuses difficultés d'application en cas de *faillite* du débiteur. Pothier disait déjà (*Du mandat*, n° 165) : « Certaines remises peuvent être regardées comme appartenantes à l'administration..... telles sont les remises que des créanciers, dans le cas d'une faillite de leur débiteur, lui font d'une partie de leur créance, par contrat d'atermoiement, pour se conserver le surplus, et dans la crainte de perdre le tout. » — Aujourd'hui on admet généralement en doctrine et en jurisprudence que l'administrateur est « capable de représenter l'administré dans une faillite tout au moins quant aux droits chirographaires qui appartiennent à celui-ci et de faire remise d'une partie de ces droits en consentant au concordat » ; mais qu' « il ne peut, par son vote (art. 508, Co.), compromettre les droits hypothécaires de l'administré » (2). — Voilà qui est bien arbitraire ! Que ces solutions en fait se puissent l'une et l'autre justifier, nous le croyons, nous aussi ; mais ce sont les principes de la gestion d'affaires qui interviennent, non ceux du mandat d'administration. Jamais une remise, même faite sous forme de vote favorable dans un concordat, ne pourra être considérée comme un acte d'administration proprement dit. Cet acte n'est, au fond, qu'une remise gratuite ou une transaction. Que l'administrateur subisse la réduction de la créance au marc le franc, après le vote de la majorité, rien de plus naturel ; mais qu'il provoque cette réduction, cela dépasse certainement de simples pouvoirs d'administration.

Mêmes solutions, d'après nous, en cas d'ordre amiable. Sans doute, l'administrateur pourra y figurer seul au nom

(1) Metz, 18 juin 1824 ; J. G., *Privil. et hyp.*, n° 2683.
(2) Cass., 17 juill. 1843 ; J. G., *Minorité*, n° 514.

de l'administré et consentir au règlement amiable si l'administré doit recevoir l'intégralité de sa créance. Mais, s'il ne reçoit pas l'intégralité, et si les droits des autres créanciers sont contestables, l'administrateur en principe dépasserait ses pouvoirs en consentant au règlement.

Si les droits des autres créanciers sont absolument incontestables ou s'il s'agit d'un ordre judiciaire, et que la créance de l'administré ne vienne pas en rang utile ou ne donne droit qu'à un paiement partiel, l'administrateur, aussi bien que l'administré d'ailleurs, sera obligé de subir cette fâcheuse situation (1).

Les principes que nous venons d'exposer au sujet des créances mobilières, nous les appliquerions, en général, même aux créances immobilières. Les art. 1239 et 1240 ne distinguent pas. -- Mais il faudrait, dans ce cas, que le paiement soit volontaire, sinon l'action à intenter serait une action immobilière défendue, par conséquent, à l'administrateur (V. p. 205).

Lorsqu'il s'agit d'une *rente* constituée sur un particulier, soit rente constituée proprement dite, perpétuelle ou viagère (art. 1911), soit rente foncière (art. 530), l'administrateur pourra en toucher les arrérages et même le remboursement dans les mêmes conditions que le crédit rentier lui-même (2). Toutefois, il ne pourrait, quant à ce remboursement, renoncer au bénéfice du terme, dix ou trente ans, convenu entre les parties ; car ce terme est, au fond, tout autant dans l'intérêt du crédit rentier, qui a voulu faire un

(1) Cf. Grenoble, 11 janvier 1864, D., 65, 2, 57. — Req. 25 novembre 1861, D., 62, 1, 131.

(2) Cf. Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 97. — V. pour le cas d'une créance declarée incessible et insaisissable Trib. Seine, 29 mai 1852, Bertin II, p. 457 : l'administrateur ne peut en toucher le remboursement sans autorisation.

placement d'argent, que dans l'intérêt du débiteur. Il ne faudrait pas cependant que le sort même de la rente fût compromis, que le débiteur négligeât de payer les arrérages pendant deux ans, ou ne donnât pas les sûretés promises (article 1912), car alors l'administrateur pourrait agir comme le propriétaire. — Quant aux conditions du rachat, elles seront celles fixées par le contrat de constitution de la rente. Ici encore nous n'obligeons pas l'administrateur au remploi (1). Dans le silence du contrat et s'il s'agit d'une rente foncière ancienne ou même de la nature de celles que le Code civil a autorisées (art. 530), il faudra se conformer aux dispositions de la loi des 18-29 décembre 1790, relative au rachat des rentes foncières (2), en restreignant pourtant la condition de remploi aux administrateurs limitativement énumérés par l'article 4, titre 2 de cette loi (3).

Quant au mode de paiement, l'administrateur ne pourrait, en principe, accepter une dation en paiement. Ce n'est pas, en effet, un acte nécessaire, ni régulier (art. 1243). — A plus forte raison interdirions-nous à l'administrateur la novation, car l'usage ou plutôt l'aliénation de la créance se présenterait dans des conditions bien plus anormales encore (4).

B. — *Actions et intérêts dans les compagnies de finances, de commerce et d'industrie. — Rentes sur l'État.*

Cet élément de la fortune publique a pris aujourd'hui une

(1) Toulouse, 13 mai 1829, S., 30, 2, 351.

(2) Caen, trib. civil, 20 mars 1848, S., 48, 2, 399. — Paris, 5 août 1851, S., 51, 1, 775.

(3) « Tuteurs, curateurs et autres administrateurs des pupilles, mineurs ou interdits, les grevés de substitution, les maris dans les pays où les dots sont inaliénables. »

(4) Pothier, *du mandat*, n° 150, et Troplong, n° 288, en subordonnant cette question à celle d'utilité, confondent encore les principes du mandat d'administration avec ceux de la gestion d'affaires.

importance presque prépondérante, et qui tend de plus en plus à faire déprécier la fortune foncière.

Il est évident que l'administrateur pourra librement toucher les intérêts et revenus produits par ces actions, etc., qu'il sera même en droit de toucher le remboursement partiel ou total, ex. : par tirage au sort, conformément aux dispositions statutaires. Ce sont là des actes nécessaires et réguliers.

Au contraire, l'administrateur n'aura, sous aucun prétexte, le droit d'aliéner de gré à gré ou par intermédiaire (agent de change, etc.) les meubles incorporels de cette catégorie (V. *supra*).

Nous lui refuserions même le droit de convertir les titres nominatifs en titres au porteur (1), à moins que ce ne soit une mesure générale appliquée à tous les titres de la société.

En effet : si, en apparence, cette opération ne modifie pas la créance en elle-même, ne porte pas atteinte à sa consistance et à sa valeur propre ; au fond, elle change complètement la nature, le caractère du meuble incorporel. — Le titre nominatif ne peut se vendre que moyennant certaines formalités compliquées (art. 36 Co.), par lesquelles l'administrateur, qui n'a pas le droit d'aliéner, sera arrêté. Au contraire, l'action au porteur, comme son nom l'indique, se transmet librement de la main à la main et sans contrôle, par la simple tradition du titre (art. 35 Co.), et le porteur sera toujours à l'abri des réclamations suivant le principe de l'art. 2279. — Le changement est donc essentiel, substantiel.

Cette conversion, d'ailleurs, ne peut avoir que ce seul but : préparer, faciliter l'aliénation de l'action, etc. Si l'on

(1) *Contra :* Cass. req., 4 août 1873. D., 75, 5, 468. — Paris, 4 mars 1875, D., 76, 2. 158. — Cass. req., 13 juin 1876, D., 78, 1, 181.

voulait conserver le titre, l'opération serait non seulement sans objet, elle serait mauvaise, nuisible. En effet, l'action au porteur est soumise, en compensation même des droits non perçus au moment des aliénations, à un impôt plus élevé à une sorte d'abonnement annuel, retenu sur le dividende ou les intérêts produits par ces valeurs : 20 c. %, en outre de l'impôt ordinaire 3 % sur le revenu (L. 29 juin 1872, art. 3). — Si l'on voulait pousser le système contraire, celui de la jurisprudence, jusqu'à ses conséquences logiques (V. les considérants de l'arrêt de Cass. du 4 août 1873), il faudrait dire que l'aliénation même des valeurs nominatives ne constitue pas un acte de disposition. Très souvent, en effet, la conversion n'est que le prodrome immédiat et même *nécessaire* (1) de la spéculation sur les titres, de tous les genres d'aliénation le plus dangereux.

Que dans l'esprit de la législation sur la matière la conversion soit assimilée à une aliénation proprement dite, cela résulte d'une foule de documents.

La loi du 29 juin 1872 (art. 3) frappe du même impôt 50 c. % « la transmission ou la conversion des titres nominatifs. » L'ordonnance du 29 avril 1831 (art. 9) pour les titres de la dette publique, la loi du 23 juin 1857 (art. 8) en ce qui touche les actions et obligations industrielles, le décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique (art. 212), la loi du 18 juin 1864 qui a créé les titres mixtes (art. 1), tous ces textes ne donnent le droit de faire la conversion qu'aux propriétaires de rentes, etc., pleinement capables. Enfin, la L. 27 février 1880 a encore, quant aux protections dont elle entoure la fortune mobilière du mineur, mis sur la même ligne la conversion et l'aliénation.

(1) V. Boistel : *Droit commercial*, 2e éd., n° 607.

§ 3.

DETTES.

I. *Dettes qui existaient dans le patrimoine lors de l'entrée en gestion.*

Les dettes font, aussi bien que les créances, partie du patrimoine, dans le sens extensif du mot : *Nam, sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum... ; in hoc loco propriè bona appelabuntur* (L. 3, pr., D., *De bon. poss.*, 37, 1) : en conséquence, les pouvoirs de l'administrateur d'un patrimoine doivent s'étendre même aux dettes.

Que l'administrateur ait le droit de payer les dettes, cela est d'évidence : ce paiement porte même les caractères d'un acte conservatoire en ce qu'il garantit le patrimoine des poursuites onéreuses des créanciers (1). Il pourrait même faire des offres réelles pour forcer les créanciers à accepter ce qui leur est dû (2).

Ce paiement devra être fait conformément aux conventions anciennes et en se réglant sur la nature propre de la dette : ainsi, non avant l'échéance ou exigibilité de la dette (3). De là il suit que l'administrateur ne sera jamais autorisé à payer une dette naturelle.

L'administrateur paiera avec les deniers disponibles du

(1) L'administrateur serait même en faute s'il contestait sans fondement une demande clairement justifiée, et entrainait ainsi des frais de justice nutiles. Cf. Trib. civil de Nérac, 24 février 1877, D., 78, 3, 7.

(2) Cass. rej., 5 décembre 1826, J. G., *Minorité*, nº 524.

(3) V. cep. en cas de dette commerciale : Riom, 11 juin 1875, D., 77, 1, 153.

patrimoine : revenus des capitaux ; il ne peut en trouver un meilleur emploi (1). — Ce paiement pourrait même se faire en la forme d'une dation en paiement, pourvu que l'administrateur ait la disposition de la chose donnée (meubles consomptibles, etc.). Consentir une novation, au contraire, nous paraîtrait excéder de simples pouvoirs d'administration, car toute novation suppose la création directe d'une nouvelle dette (V. 202).

L'administrateur aurait le droit de reconnaître une dette préexistante et d'en faire le règlement, pourvu, bien entendu, qu'il existe déjà un titre constatant la dette et que cet aveu ne constitue pas le seul titre du créancier (2) : ainsi il pourrait renouveler des lettres de change, souscrites antérieurement par l'administré ou l'auteur de celui-ci (3) ; ou bien encore souscrire des billets, s'il n'a pas de fonds disponibles (4). — De pareils actes équivalent du reste à la stipulation d'un terme, stipulation qui rentre manifestement dans les pouvoirs de l'administrateur.

Les mêmes règles s'appliqueraient aux créances de l'administrateur contre l'administré.

L'administrateur pourrait se payer lui-même, s'il avait en mains les fonds suffisants (5); mais il faudrait ici, croyons-nous

(1) Si l'administrateur avançait les fonds et payait de ses deniers personnels (art. 1236), il pourrait, pour assurer le remboursement à la fin de l'administration, se faire subroger aux droits du créancier (art. 1250) : la subrogation diffère profondément de la cession de créance défendue pour le tuteur par l'art. 450.

(2) Bordeaux, 24 juin 1859, D., 59, 2, 198.

(3) Cass., 22 juin 1880, D., 80, 1, 318.

(4) Aix, 10 juin 1833, S., 33, 2, 643.

(5) Cependant, il faut que cette créance personnelle de l'administrateur ait une cause étrangère à l'administration elle-même, que ce soit une créance ancienne ; sinon, le paiement ne peut être réclamé avant l'apurement du compte final, dont cette créance forme un des éléments. Grenoble, 9 août 1823, J. G., v° *Minorité*, n° 486 ; Rouen, 14 juin 1870, D., 72, 1, 142.

l'intervention d'un administrateur *ad hoc* pour vérifier la créance et constater le paiement (1).

II. *Dettes qui sont nées depuis l'entrée en gestion.*

Les mêmes règles s'appliquent à ces dettes (V. cependant note 1) ; ici nous n'avons qu'à résoudre cette question :

Quelles sont les dettes appartenant à cette catégorie qui frappent le patrimoine de l'administré ?

Grever le patrimoine d'une dette, d'une obligation, est en principe un acte de disposition. C'est ce que la loi elle-même laisse entendre, quand elle défend expressément aux administrateurs de contracter un emprunt (art. 457, 483, 499, 513) (2) ;

Toutefois il est certaines obligations qui ont un caractère nécessaire, et qui ne sont que la conséquence naturelle de l'administration : à celle-ci, l'administré ne pourra se soustraire (Cf. cep. art. 484, *i. f.*). — En effet, comme nous l'avons déjà fait observer, il est peu d'actes qui n'entraînent pas d'obligations réciproques pour les deux parties : en permettant les actes d'administration, on autorise donc implicitement ces obligations. Les traités que l'administrateur aurait passés avec des entrepreneurs ou des ouvriers pour des

(1) Il en serait ainsi, croyons-nous, toutes les fois que l'administrateur aurait des intérêts opposés à ceux de l'administré, car alors il ne peut représenter ce dernier. Arg. art. 838 C., 996 Pr. En ce sens, pour procès du tuteur contre mineur : Rennes, 19 juillet 1826 et 9 avril 1827, J. G., V. *Minorité*, n° 719 1° et 2° (tuteur *ad hoc* outre subrogé-tuteur) ; — pour père administrateur légal : Paris, 5 avril 1876, S., 76, 2, 331 ; Cass., 14 janv. 1878, S., 78, 1, 218 ; Paris, 17 mars 1881, D., 82, 2, 189 ; — pour mineur émancipé (curateur *ad hoc*) ; Tribunal de la Seine, 24 février 1854, Bertin, I, p. 559. — *Adde* : Cass., 6 déc. 1836, S., 37, 1, 171. — *Contra :* Toulouse, 21 juin 1832, J. G., V. *Minorité*, n° 485.

(2) Cf. Bertin, I, n°s 536 et 537 et p. 445.

réparations d'entretien ou de grosses réparations seraient également opposables au propriétaire (1).

Au contraire, toute obligation qui ne serait pas la conséquence de quelque acte d'administration, ne lierait pas l'administré, ex. : l'administrateur s'est porté caution pour un tiers (2). — Toute obligation ***directe*** est interdite.

§ 4.

ACTIONS EN JUSTICE ET ACTES D'EXÉCUTION.

Il ne s'agit pas ici d'un élément distinct du patrimoine, mais bien plutôt des moyens de protéger les autres éléments, d'assurer aux droits de l'administré leur pleine efficacité : c'est le droit mis en action.

I. — *Actions en justice.*

Le législateur a distingué, à notre point de vue, deux catégories d'actions : les actions mobilières et les actions immobilières.

A. — *Actions mobilières.*

Le législateur accorde généralement à l'administrateur le droit d'exercer ces actions et *a fortiori* d'y défendre : article 464 (comb. avec 465), 482, 813, 1428, 1549.

Rappelons qu'il y a une anomalie entre cette disposition

(1) Mais il faudrait que ces réparations soient d'ores et déjà nécessaires. Des traités de ce genre ne pourraient être faits pour l'avenir, pour les réparations à faire dans les années postérieures. Nancy, 8 août 1831, J. G.' V. *Minorité*, n° 484.

(2) Besançon, 5 avril 1879, D., 80, 2, 6. — Cass., 22 juin 1880, D., 80, 1, 318.

de la loi et cette règle très certaine qui interdit aux administrateurs l'aliénation des meubles. Peut-être les législateurs se sont-ils laissé influencer par cette idée plus théorique que conforme à la réalité des faits : à savoir, que les jugements sont déclaratifs et non pas translatifs de droits. — Cette distinction entre les actions mobilières et immobilières est un dernier vestige des préjugés de l'ancien droit, en ce qui touche la fortune mobilière en général (1).

Ce droit d'*intenter* les actions mobilières souffre cependant une exception, une exception unique. L'action en partage, même quand les biens à diviser sont mobiliers, est interdite à tout administrateur (art. 465, 817, 818), peu importe d'ailleurs la cause de l'indivision (Cf. art. 1476 et 1872). L'exception se justifie par la gravité de cette action. Sans doute les législateurs, oublieux de leur système sur l'effet déclaratif du partage (art. 883), ont entrevu ici, plus clairement que pour les autres actions, derrière l'instance judiciaire l'aliénation de certains droits, les échanges réciproques entre copartageants.

Cependant, s'il s'agissait seulement de *défendre* à une action de ce genre, l'administrateur serait suffisamment capable. Les articles précités parlent seulement du droit d'intenter l'action, de « provoquer le partage ». Du reste, nous verrons que même pour les actions immobilières la défense es toujours permise.

S'il s'agissait même d'un partage qui ne dût pas entraîner d'aliénation, d'un partage simplement de jouissance ou *provisionnel*, nous croyons que l'administrateur pourrait seul le provoquer (art. 818). Les motifs que nous avons indiqués ne s'y opposeraient plus ; un pareil partage s'adresse seulement aux revenus, sur lesquels l'administrateur a en général

(1) Pothier, *du Mandat*, n° 153 et *supra*.

pleine autorité ; il réserve même toujours la demande en partage définitif, qui peut intervenir plus tard.

Dans tous les cas, l'administrateur agit comme mandataire, publiquement, au nom et pour le compte du mandant, du propriétaire. On ne pourrait lui opposer la règle ancienne que la jurisprudence prétend être encore en vigueur de nos jours : « Nul en France, hormis le roi, ne plaide par procureur » (1).

B. — *Actions immobilières.*

Sur ce point la théorie du Code est toute différente. Les administrateurs n'ont pas, en principe, le droit d'intenter les actions immobilières (arg. art. 464, 482, 1428) (2). Ces actions ont paru trop graves au législateur.

Cette incapacité existe, que l'action immobilière soit *réelle* ou *personnelle ;* ex. : pour réclamer le paiement d'une créance immobilière. — Le Code ne distingue pas (3).

Les administrateurs peuvent-ils défendre à ces actions ? — Oui, croyons-nous, en principe. — L'art. 464 dit seulement : « ne pourra *introduire* en justice..... » ; l'art. 134 donne, d'une manière générale aux envoyés en possession provisoire, le droit de défendre à toutes les actions. — La défense est d'ailleurs de droit naturel (4). — Dans l'art. 482 le Code

(1) Demol., XXXI, nº 122.

(2) Faudrait-il apporter un tempérament à cette prohibition en ce qui concerne l'instance en conciliation ? On l'a soutenu (Req., 10 mars 1814, S., 15, 1, 116) et l'on a voulu voir dans la comparution devant le juge de paix un simple acte conservatoire. — Comme l'instance en conciliation doit, d'après le vœu de la loi, aboutir à une transaction, nous croyons au contraire que l'administrateur n'a aucune qualité pour y procéder.

(3) V. cependant Caen, 24 déc. 1808, sous Req., 11 déc. 1810, J. G., vº *Minorité*, nº 524. — Cet arrêt a eu tort de vouloir distinguer.

(4) En ce sens : Nimes, 2 juillet 1829, J. G., vº *Minorité*, nºs 525 et 527.

montre bien qu'il sait distinguer ces deux situations : l'exercice de l'action et la défense ; et, s'il refuse au mineur émancipé même le droit de défendre, c'est à raison de son incapacité, de sa faiblesse naturelle ; le mineur émancipé se trouve, par rapport aux autres administrateurs, dans une position très inférieure.

Sous le nom d'actions immobilières réelles nous ne parlons que des actions *pétitoires*. Les actions *possessoires* pourraient, au contraire, être exercées par les administrateurs : arg. art. 1428 et art. 55 de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale. Ces actions sont, en effet, beaucoup moins graves que les autres ; elles ont un caractère simplement provisoire et conservatoire, et ne supposent aucune aliénation même éventuelle ; elles n'engagent que la possession (1).

Au surplus, il nous paraît que s'il s'agissait d'interjeter appel d'un jugement de première instance, il faudrait faire les mêmes distinctions entre actions mobilières, immobilières, etc., comme si l'on introduisait pour la première fois l'action en justice. Somme toute, l'appel est une nouvelle instance, distincte de la précédente. Nous ne pouvons donc comprendre la théorie, fort généralement admise en jurisprudence (2), d'après laquelle le droit de plaider en première instance emporte le droit de plaider devant la juridic-

(1) Ce point est très controversé parmi les auteurs. — V. en notre sens Aubry et Rau, § 186, texte et note 8 ; — (pour le tuteur) Demol., VII, n° 688 ; — Duranton, III, n°s 571, 572 ; — Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° Actions possessoires, n° 129 ; — Carou, *Des actions possessoires*, n° 770 ; — Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 116, etc.

(2) Nimes, 2 juillet 1829, J. G., v° *Minorité*, n° 527. — Poitiers, 28 nov. 1864, D., 65, 2, 160. — Alger, 26 février 1866, D., 68, 1, 109. — Cf. encore : Poitiers, 7 août 1867, D., 69, 1, 268. — V. cep. en notre sens : Riom, 3 avril 1806, J. G., v° *Minorité*, n° 528.

tion d'appel. Avec cette théorie l'administrateur qui, dans une première instance relative à des droits immobiliers, a procédé comme *défendeur*, dispensé à ce titre de toute autorisation, peut interjeter appel du jugement qui le condamne et procéder seul comme demandeur à l'instance en appel. Ici, au contraire, une autorisation serait d'autant plus nécessaire qu'en présence du premier jugement défavorable, il y a présomption que la cause est mauvaise.

La loi (art. 464) met sur la même ligne le droit d'introduire une demande en justice et le droit d'*acquiescer* à une demande formée ou qui va être formée. Ce sont, encore ici, les mêmes distinctions : l'administrateur peut acquiescer à une demande mobilière, non à une demande immobilière (1). Il pourrait, croyons-nous, acquiescer même à un jugement rendu contre l'administré en matière mobilière (2) et renoncer ainsi à toute voie de recours. — La règle que pose le Code paraît générale.

Quant au *désistement* (acte par lequel, dans un procès, le demandeur déclare abandonner l'instance engagée, art. 402 Pr.), nous croyons également que, s'il s'agit d'une demande mobilière intentée par l'administrateur, celui-ci peut toujours se désister. Cependant, comme nous ne sommes plus ici dans le cas précis d'acquiescement, et que les règles que nous venons de donner, en nous fondant sur le texte et l'esprit du Code, paraissent excéder les principes ordinaires d'adminis-

(1) Req., 18 août 1863, D., 70, 5, 367. — Trib. civil de Nérac, 24 février 1877, D., 78, 3, 7 ; ce dernier jugement fait même une obligation à l'administrateur de faire cet acquiescement quand les demandes sont « parfaitement et clairement justifiées », sous peine de ne pouvoir demander à l'administré le remboursement des frais de justice (Cf. art. 132 Pr).

(2) Cf. Pau, 26 mai 1879, D., 80, 2, 131.

tration, le désistement, à notre avis, ne pourrait porter que sur la procédure, non sur le fond du droit (1).

Le Code divise les actions, au point de vue des pouvoirs d'administration, seulement en actions mobilières et actions immobilières. — En conséquence, toute action, quelle qu'elle soit, pourvu qu'elle présente un intérêt pécuniaire *exclusivement mobilier*, pourra être exercée par un administrateur. Ainsi, en cas de demande d'aliments, fondée sur un état contesté, l'administrateur pourra plaider même sur la question d'état ; il aurait aussi le droit d'intenter l'action civile en dommages-intérêts pour délit commis au préjudice de l'administré. — Au contraire, si l'action ne présentait directement du moins, aucun intérêt pécuniaire, nous pensons que l'administrateur, en principe, serait incapable de l'exercer. L'administrateur, nous le supposons, n'est institué que pour veiller sur les intérêts pécuniaires de l'administré, il sortirait donc de sa mission en procédant à de pareilles instances. Par contre, le droit d'y procéder appartiendrait peut-être à l'administrateur chargé de prendre soin également de la *personne* de l'administré (ex : tuteur : art. 450) (2).

II. — *Actes d'exécution.*

On appelle acte d'exécution (exécution forcée) : « l'acte par lequel se poursuit l'accomplissement d'une obligation ; » que cette obligation résulte d'une convention (ordinaire-

(1) Cass., rej., 21 nov. 1849, D., 50, 1, 15.

(2) V. sur tous ces points et généralement en notre sens : Metz, 19 août 1824, J. G., v° *Minorité*, n° 699. — Douai, 29 nov. 1848, S., 49, 2, 538. — Bertin, *Chambre du conseil*, I, n°s 482-486. — Cf. Pothier, *du Mandat*, n° 154.

ment il faut une convention authentique) ou d'un jugement.

S'il s'agit d'une saisie mobilière ou d'actes d'exécution moins graves encore, tels que : saisie-arrêt, saisie-gagerie, saisie-foraine, saisie-revendication, qui ont un certain caractère de conservation et d'urgence, l'administrateur pourra, à notre avis, y procéder seul.

Au contraire, pour pratiquer une saisie immobilière on admet généralement (1) que l'administrateur aurait besoin d'un « pouvoir spécial » arg. art. 556 Pr. (de même pour la contrainte par corps) ; la saisie immobilière est, en effet, un acte fort grave qui non seulement entraîne des frais considérables, mais expose même le poursuivant à une acquisition forcée à défaut de surenchère (art. 706 Pr.) (2). En ce sens nous pouvons argumenter encore de l'art. 744 Pr.

L'art. 744 Pr., exige, en effet, que le tuteur se fasse autoriser par le conseil de famille, que le mineur soit assisté de son curateur pour demander la conversion de la saisie immobilière en vente volontaire. Quant aux autres administrateurs il leur suffira de l'autorisation que leur donnera implicitement le tribunal en accueillant leur demande de conversion (art. 745, 746 Pr.) (3).

C'est également contre l'administrateur seul et même non autorisé que les créanciers en principe procéderaient aux actes d'exécution : — l'administrateur a, en général, pleine qualité pour défendre les intérêts du propriétaire exproprié. (V. cep. art. 2208).

(1) V. cep. Bruxelles, 12 nov. 1806, J. G., v° *Minorité*, n° 624 ; quand les poursuites en expropriation ont pour base un simple acte d'administration, ex. : paiement de créances mobilières.

(2) Pothier, *du Mandat*, n° 151. Cf. Dalloz, J. G., *Vente publique d'immeubles*, n° 145.

(3) Trib. de la Seine, 8 janv. 1853. Bertin, I, p. 370.

APPENDICE.

Moyens donnés aux administrateurs pour procéder, dans certains cas, à des actes de disposition.

Il peut arriver qu'il y ait « nécessité absolue ou avantage évident », comme dit l'art. 457, à faire un acte de disposition, ex. : aliéner un immeuble pour payer des créanciers et éviter l'expropriation : comment l'administrateur pourra-t-il, alors, procéder à cet acte ?

S'il s'agissait d'un mandataire conventionnel et que le mandant ne fût pas tellement éloigné que le mandataire ne pût correspondre avec lui, le moyen évidemment le plus pratique, même le seul admissible à moins d'urgence, serait de lui demander directement son avis et une autorisation spéciale.

D'un autre côté, pour plusieurs administrateurs légaux ou judiciaires auxquels ce premier moyen est fermé, la loi a prescrit certaines formalités, certaines autorisations, moyennant lesquelles ils (ex. : art. 457, 464) atteindront au même but.

Mais, faisons abstraction de ces hypothèses particulières ; supposons le propriétaire absent ou incapable (ex. : dans le cas de l'article 389) et la loi muette : comment faire alors ?

L'administrateur des biens d'autrui pourra prendre sur lui l'initiative de l'acte et agir seul à ses risques et périls comme gérant d'affaires ; nous avons déjà parlé dans notre chapitre Ier de cet expédient, d'ailleurs en pratique fréquemment employé ; c'est l'application du principe : quand le mandataire excède ses pouvoirs, il fait acte de gestion d'affaires (V. p. 158) (1).

(1) On pourrait soutenir (Cf. Zachariæ, § 335, b, texte et note 3) que dans

Mais si les administrateurs veulent mettre d'une manière plus complète leur responsabilité à l'abri, et rassurer les tiers contre les suites de l'acte, les contestations du propriétaire au sujet de l'utilité originaire de ces actes, ils ont, croyons-nous, un autre moyen : ils peuvent se faire autoriser par la justice à faire cet acte de disposition. Grâce à cette autorisation du tribunal, à moins qu'ils ne l'aient obtenue par fraude, ils seront personnellement déchargés d'une grande partie de leur responsabilité et l'acte sera définitif et inattaquable.

On nous objecte que c'est donner aux tribunaux un pouvoir bien exorbitant et peu conforme à leur mission ordinaire. Les jugements sont en général purement déclaratifs ; c'est-à-dire qu'ils constatent un droit, mais ne le créent pas ; ils constatent la validité d'un acte, mais ne le valident pas. On va mettre, en outre, les tribunaux dans l'obligation fort délicate de rechercher les motifs qui justifient les actes qu'on leur soumet ; on les fait juges souverains de l'opportunité de ces actes, et cela à l'encontre même du propriétaire qui se

le cas où le tutœur, etc., a fait un acte de disposition sans suivre les formalités, sans demander les autorisations imposées par la loi (art. 457, etc.), cet acte n'est pas nul, mais seulement donne lieu à restitution en cas de lésion, lésion d'ailleurs largement entendue ; le tuteur serait considéré, conformément à nos principes, comme un gérant d'affaires. Les formalités, etc., dont s'agit, n'auraient été édictées que pour donner aux actes la valeur, l'efficacité des actes faits dans les termes d'un mandat (Cf. art. 463, 1314, 1998-1°). — Observons que les mots « nul en la forme » de l'art. 1311 se réfèrent aux cas où le mineur lui-même « a souscrit l'engagement », et font même peut-être allusion aux nullités de formes de droit commun (ex.: donations, constitutions d'hypothèques, etc., sous-seing privé). — Cependant, à raison des termes catégoriques et, en apparence du moins, exclusifs de toute distinction des art. 457, etc., on admet généralement en doctrine et en jurisprudence (Cf. Aubry et Rau. IV, § 334; note 13) que ces textes édictent des conditions de validité, sans l'observation desquelles les actes passés par le tuteur seraient frappés de nullité (nullité absolue, V. p. 217), indépendamment de toute lésion (autre arg. art. 481 Pr.). — Il y aurait là une dérogation à nos principes.

trouvera définitivement lié. — Ce procédé n'est-il pas contraire à l'inviolabilité même du droit de propriété (article 545) ?

Ces considérations ont amené, dans bien des circonstances de ce genre, les tribunaux à refuser les autorisations qu'on leur demandait. Cependant, on peut le dire, la majorité des jugements et arrêts s'est prononcée en faveur de l'autorisation, et cela dans les cas d'administration les plus variés (1).

Nous croyons que ces dernières décisions ont consacré la vraie théorie. En effet, les tribunaux ont deux sortes de juridiction, la juridiction contentieuse, la principale, et qui n'a effectivement qu'un caractère déclaratif (on statue alors *inter nolentes*), et la juridiction gracieuse (*inter volentes*) qui consiste, comme on l'a dit (2), en une sorte de « tutelle judiciaire », exercée par les magistrats pour la conservation des droits des incapables, etc. C'est à ce pouvoir gracieux qu'appartient, croyons-nous, le droit des tribunaux d'autoriser les administrateurs à faire des actes de disposition.

Le Code lui-même nous donne de nombreux exemples de ce pouvoir de la justice d'autoriser certains actes et certains

(1) V. Bertin : *Chambre du conseil*, I, nos 446, 536, 559, 615, et pages 439 et 535. — II, nos 559, 740, 1005, 1011, 1189, 1232, 1258, 1272 s. et pages 285 et 457. — V. encore Cass., 6 et 19 février 1856, D., 56, 1, 71 ; Cass., req., 12 août 1868. D., 69, 1, 268 ; Paris, 1er octobre 1873, D., 74, 2, 187 ; Trib. de Saint-Gaudens, 8 décembre 1878, J. P., 80, 1000 ; Cass., 4 avril 1881, D., 81, 1, 241, etc. — *Nec obstat :* Cass., req., 23 mai 1882, D., 82, 1, 367. Comme il résulte du rapport de M. le conseiller Babinet, les juges se sont placés, dans l'espèce très particulière de cet arrêt, au point de vue de la loi de 1838 sur les aliénés : il ne doit pas être permis aux tribunaux, contrairement à l'esprit et au texte de la L. 1838, de transformer l'administrateur provisoire de l'aliéné en véritable tuteur, il faut recourir à l'interdiction (V. p. 234).

(2) V. Introd. au livre de M. Bertin (*C. du conseil*), par M. Debelleyme.

incapables ; ainsi : homologation des délibérations du conseil de famille (art. 457, 467) ; autorisation donnée à l'habile à succéder de vendre les objets héréditaires « susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver » (art. 796. — Cf. art. 987 et 987 Pr. et encore, art. 126, 452 C.) ; autorisation de vendre les immeubles dotaux (art. 1558) ; autorisation donnée à la femme mariée à défaut d'autorisation maritale (art. 218) ; l'art. 2126, par les mots « en vertu des jugements » fait, de l'avis des auteurs, allusion aux hypothèques que les envoyés en possession provisoires, *autorisés par justice*, peuvent consentir sur les biens de l'absent ; n'admet-on pas encore que les tribunaux peuvent accorder aux administrateurs judiciaires (ex. : art. 112) les pouvoirs même les plus étendus? — Voyez parmi les documents législatifs spéciaux : l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841 (sur l'expropriation pour cause d'utilité publique); d'après cet article, pour consentir les cessions *amiables* des biens appartenant aux incapables, l'autorisation sera donnée *par le tribunal* aux « tuteurs envoyés en possession provisoire et tous représentants des incapables. »

Nous pourrions ajouter une foule d'autres textes dans le même sens (1). Et que l'on ne dise pas que ces textes ne consacrent que des exceptions : en vérité, des exceptions aussi répétées ne nous semblent être que l'expression d'une règle générale ; d'autant que l'on chercherait vainement pour quels motifs particuliers la loi aurait admis ces exceptions. La situation est partout la même : toujours c'est la nécessité, la force des choses qui parle plus haut que les raisonnements théoriques. Il faut recourir à la justice sous peine de voir en-

(1) Quelquefois la loi se contente d'une simple autorisation donnée par le président du tribunal, ex. : art. 9 6 Pr. ; art. 31, L. 30 juin 1838 sur les aliénés.

traver, de la manière la plus déplorable pour tous les intérêts, l'administration d'un patrimoine. Dans tous les cas c'est une capacité à compléter, un acte à valider.

Au surplus, que les tribunaux se montrent prudents dans la distribution de ces autorisations, qu'ils s'assurent toujours au préalable qu'il y a nécessité absolue ou avantage évident, la loi elle-même le leur recommande (Cf. art. 457); — et, en pratique, les tribunaux se sont effectivement montrés peu prodigues de faveurs de ce genre (1). Le tribunal peut même subordonner son autorisation à toutes les conditions qu'il croit utiles : ainsi, imposer l'emploi et le mode d'emploi des sommes à recevoir (2).

Cette autorisation sera, d'après nous, en thèse générale, demandée par une requête adressée au tribunal et la décision qui répondra à cette requête et accordera l'autorisation sera rendue par le tribunal non pas en audience publique, mais en chambre du conseil.

Nous réservons toujours, bien entendu, les dispositions contraires de la loi, dans certains cas particuliers (3).

L'autorisation de la justice pourrait-elle intervenir après l'accomplissement de l'acte et valider ce dernier rétroactivement? Nous ne le pensons pas; car l'intervention de la justice (ratification, et non autorisation) ne serait plus alors justifiée par la nécessité absolue ou l'avantage évident qu'exige la loi (art. 457). Les tiers, aussi bien que l'administrateur, ont préalablement contracté librement et à leurs risques et périls; que veulent-ils maintenant? se mettre à l'abri des recours et des réclamations du propriétaire : cette

(1) V. Bertin, I, nº 538.

(2) Cass., 1er avril 1878, S , 79, 1, 257.

(3) Voyez sur tous ces points fort controversés : Bertin, I, nº 20, 25-33, 660 *i. f.*, 661, et Cass., 6 et 19 février 1856, D., 56, 1, 71.

manœuvre ne serait-elle pas le plus souvent un moyen de nuire au propriétaire, sous la garantie de la justice, et de valider des actes dommageables ? d'autant que la justice ne serait plus en état de déterminer les conditions de l'autorisation, les conditions de l'acte (1).

CHAPITRE III.

Effets des actes faits par les administrateurs.

En nous plaçant toujours dans l'hypothèse de l'administration de la chose d'autrui, nous distinguerons les effets de ces actes : 1° dans les rapports des tiers avec le propriétaire administré ; 2° dans les rapports du propriétaire administré avec l'administrateur.

(1) La jurisprudence (Bourges, 25 janvier 1832, J. G., v° *Minorité*, n° 529, et Req., 25 mars 1855, D., 55, 1, 257) décide que l'autorisation d'agir en justice, si elle intervient après l'introduction de l'instance et même en appel, efface l'irrégularité de la procédure antérieure, pourvu que l'autorisation *précède la décision définitive :* cette jurisprudence ne contredit nullement ce que nous disons au texte ; car, dans ces conditions, le tribunal autorise toujours avant la conclusion dernière de l'acte, et statue pour ainsi dire *rebus adhuc integris*.

SECTION I.

Dans les rapports des tiers avec le propriétaire.

I. — *Actes d'administration.*

Ces actes sont définitivement valables et inattaquables, comme s'ils avaient été faits par le propriétaire lui-même. Celui-ci devra donc les respecter et en exécuter lui-même toutes les clauses (art. 1998, 1859-1°).

Nous exceptons cependant le cas où le propriétaire capable se serait opposé à la passation dudit acte, et où les tiers auraient eu connaissance de l'opposition du propriétaire (art. 2005); — de même encore, le cas où il y aurait eu collusion entre le mandataire et les tiers dans la vue de nuire au propriétaire : *dolus omnia rumpit* (arg. art. 271, 1856). Si le concert frauduleux entre l'administrateur et les tiers s'était produit dans une instance (mobilière ou possessoire), l'administré pourrait se pourvoir contre les jugements rendus par voie de requête civile (art. 480-1°) (1).

II. — *Actes de disposition.*

Les actes de disposition que l'administrateur a faits, en observant les formalités déterminées par la loi (art. 457, etc) ou en se faisant autoriser par le propriétaire ou la justice, sont, quant à leur validité, sur la même ligne que les actes d'administration.

(1) Besançon, 22 nov. 1864, D., 64, 2, 195 (considérants).

Il en serait de même pour les actes qui rempliraient les conditions de la gestion d'affaires.

Au contraire, les actes de disposition, qui ne rentrent dans aucune de ces catégories, qui n'étaient ni nécessaires ni utiles, — ces actes sont nuls. — Si l'acte a été fait par un administrateur de la chose d'autrui, l'acte sera nul, de nullité *absolue*, comme fait par un étranger, un tiers : en effet, l'administrateur n'est le mandataire du propriétaire qu'au point de vue des actes d'administration ; en dehors de là, il n'a aucune qualité pour agir. — Nous appliquerions donc dans tous les cas ici le principe de l'art. 1599 et des art. 2262, 2263, c'est-à-dire, suivant les cas, la prescription de trente ans, de dix ans ou de vingt ans ; jamais, quoiqu'on l'ait souvent prétendu, les principes de l'art. 1304 (prescription de dix ans), car cet article suppose toujours que c'est le propriétaire lui-même qui a agi, ou bien encore le représentant du propriétaire : mais, encore une fois, l'administrateur ne représente le propriétaire que dans les limites de son mandat (1). — Nous appliquerions au contraire l'art. 1304 : nullité relative et prescription de dix ans, si l'acte avait été fait par un propriétaire demi incapable, un administrateur de la première classe.

Entre ces deux hypothèses s'élèveraient toutes les différences qui séparent la nullité absolue de la nullité relative.

En conséquence, dans la première hypothèse, administration pour autrui, l'acte abusif, l'acte de disposition pourra

(1) V. en notre sens : les observations très remarquables de Pothier (en cas d'aliénation par le tuteur des immeubles du mineur) : *Traité des personnes*, partie I, titre 6, sect. 3, art. 3, § 2 ; et celles de M. Labbé sur l'arrêt de la cour de Douai du 20 nov. 1870, S., 72, 2, 1. — V. en sens contraire (pour le tuteur) : Bemol., XXIX, n° 90. — Cass., 7 mars 1876, D., 77, 1, 260.

être attaqué par les tiers aussi bien que par le propriétaire (1). L'administrateur lui-même, durant le temps de l'administration, pourra agir en nullité, car il a une double qualité : tandis que, au moment de consentir l'acte de disposition, il ne figurait qu'en son nom personnel; en poursuivant la nullité de cet acte, il agira alors véritablement dans les termes de ses pouvoirs, comme représentant du propriétaire et dans le but de sauvegarder le patrimoine de celui-ci. Ces deux qualités ne sont pas solidaires.

Dans le cas où la poursuite en nullité émane du propriétaire ou de ses héritiers, les tiers évincés ne peuvent même demander des dommages-intérêts à l'administrateur, si ce dernier a donné à la partie avec laquelle il a contracté une « suffisante connaissance de ses pouvoirs » (art. 1997), c'est-à-dire si la partie était renseignée sur sa qualité de simple administrateur.

En principe, la ratification du propriétaire ne pourrait corriger la nullité, nullité absolue, de l'acte de disposition consenti par le mandataire général. La règle : *Ratihabitio mandato æquiparatur*, consacrée par l'art. 1998, *i. f.*, ne s'applique qu'au point de vue du mandataire et du mandant. Ce dernier sera tenu même de ce qui a été fait au-delà du mandat, et le mandataire devra être déchargé absolument. Au contraire, cette règle réserve les droits des tiers (2) ; la ratification ne leur serait opposable et ne les empêcherait désormais de demander la nullité de l'acte excessif, que si

(1) *Contra :* Rouen, 22 juillet 1840, S., 40, 2, 415. — Si l'art. 1429 donne une solution contraire à celle du texte et ne considère la nullité du bail excédant neuf ans que comme très *relative*, cela s'explique par la nature propre du bail, qui, dans notre droit, comme nous l'avons dit, est toujours en principe un acte d'administration, sauf réduction, en cas de durée excessive, sur la demande du propriétaire.

(2) C'est ce que confirme la place même de l'art. 1998 dans le chapitre III du titre *du Mandat* : « Obligations du mandant ».

cette ratification intervenait à un moment où les tiers, qui ont contracté avec le mandataire, pouvaient, d'après les circonstances, être considérés comme faisant une *offre de contracter*. Dans le cas, par exemple, où ces tiers, après avoir exécuté, de leur côté, le contrat illégal, se sont jusqu'à ce jour comportés en maîtres et propriétaires définitifs des biens que l'administrateur leur a livrés ou des droits qu'il leur a consentis, et n'ont manifesté d'aucune manière l'intention de résilier le contrat. Cette offre, après la ratification du propriétaire, se transformerait alors en contrat parfait et lierait l'une et l'autre partie (1).

SECTION II.

Dans les rapports du propriétaire et de l'administrateur.

Nous ne nous appesantirons pas sur cette partie de notre thèse, qui comprend beaucoup de questions de fait, et se rattache en bien des points au Code de procédure.

Nous avons déjà parlé de l'obligation de faire inventaire, qui pèse sur l'administrateur. Cet inventaire doit se faire avant l'entrée en gestion, et doit se renouveler au cours même de la gestion, toutes les fois que de nouveaux biens mobiliers adviennent à l'administré (arg. art. 1414, 1504).

C'est sur les bases de cet inventaire que devra se faire, à la

(1) La jurisprudence admet sur l'art. 1599 que la ratification du propriétaire ne serait pas opposable au tiers contractant, si celui-ci avait préalablement demandé la nullité du contrat. Cass. req., 30 déc. 1872, D., 73, 1, 437.

fin de l'administration, la *reddition des comptes* de l'administrateur (art. 1993).

A défaut de l'inventaire, l'administré pourrait, à *l'encontre de l'administrateur*, démontrer la consistance des biens par tous moyens (art. 1348). Cependant, sauf quand la loi le dit expressément (art. 1415, 1504) ou qu'il y a eu dol de la part du mandataire, on ne peut avoir recours à la commune renommée ; car ce mode de preuve a un caractère pénal (*fama vires aquirit eundo*), et les peines ne s'étendent pas au-delà des cas spécialement prévus.

Les frais de l'inventaire seront à la charge du propriétaire, car c'est ce dernier, c'est l'administration déférée par lui qui nécessite l'inventaire (Nous réservons le cas où l'administrateur a en même temps la jouissance des biens, ex. : art. 385 comb. avec 600).

Quant aux formalités de la reddition de comptes, nous renvoyons purement et simplement au Code de procédure (art. 527-543 Pr.).

Au moment de la reddition de comptes, il se fera entre l'administrateur et le propriétaire administré une sorte de règlement, dans lequel les obligations et les droits respectifs de l'un et de l'autre seront estimés et compensés. Sur ce point, les principes généraux sont au titre du mandat : dans les art. 1991-1997 pour les obligations du mandataire-administrateur, dans les art. 1998-2002 pour les obligations du mandant-administré.

La responsabilité qui pèse sur le mandataire (art. 1992-1°) est, en général, la même que celle qui prend naissance dans un rapport contractuel quelconque (art. 1137). L'administrateur est responsable de sa faute *in abstracto*, sauf le tempérament de la fin de l'art. 1992 en cas d'administration gratuite (le tuteur seul, art. 450, ne bénéficie pas de ce tempérament). Tout se réduit d'ailleurs, ici, à une question de

fait que les juges du fond apprécient souverainement (1).

Au point de vue des remboursements auxquels il a droit, l'administrateur sera indemnisé de « toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile (art. 471). » — Cependant il y aurait ici une distinction à faire selon le caractère des actes qui ont entraîné cette dépense. — S'agit-il d'un acte d'administration ou d'un acte de disposition autorisé : ***toutes*** les dépenses même exagérées devront être remboursées, pourvu qu'il n'y ait pas eu faute de la part de l'administrateur (art. **1999**, *i. f.*). — S'agit-il d'un acte de disposition valable comme acte de gestion d'affaires, le remboursement ne pourra comprendre que les dépenses raisonnables, non exagérées : ***reciperaturum eum id, quod præstari debuerit*** (2). — Enfin, si l'acte qui a été fait ne peut même être consideré comme acte de gestion d'affaires et qu'il ait cependant procuré un certain avantage à l'administré, l'administrateur ne pourra se prévaloir vis-à-vis de ce dernier que de l'utilité actuelle, de celle qui subsiste encore au moment de l'exercice de l'action ***de in rem verso***.

Les intérêts des avances sont dus à l'administrateur du jour même des avances constatées (art. 2001), quand celui-ci a agi dans les limites de son mandat. S'il a procédé comme gérant d'affaires, la question est controversée : beaucoup d'auteurs et d'arrêts prétendent que l'art. **2001** est un article spécial au mandat, et que le gérant d'affaires n'a droit à ses avances que du jour de la demande en justice, conformément au droit commun (art. **1153**) (3).

(1) Req., 10 août 1870, D., 71, 1, 332.
(2) L. 25, D., *De neg. gestis*, 3, 5. — Demol., XXXI, nº 188.
(3) Lyon, 29 janv. 1870, S., 70, 2, 152. — *Contra :* Cass., 6 nov. 1865, S., 66, 1, 53. — Pau, 30 nov. 1869, S., 70, 2, 85.

CHAPITRE IV.

Dérogations apportées par le Code aux principes généraux.

Ces dérogations se justifient par les caractères particuliers de certains administrateurs. — Comme il s'agit de dispositions exceptionnelles, on ne peut en étendre l'application au-delà des cas pour lesquels la loi les a spécialement édictés : c'est une règle élémentaire que la doctrine et la jurisprudence nous paraissent, en notre matière, avoir trop souvent méconnue.

SECTION I.

Propriétaires à capacité restreinte.

I. — *Mineur émancipé.* — Les pouvoirs d'un mineur émancipé sont plus restreints que ceux de tout autre administrateur (définitif). La loi se méfie de la capacité et de l'expérience du mineur, et elle exprime sa pensée en disant qu'il ne pourra faire seul que les actes de « pure administration » (art. 481, 484).

En conséquence, la loi interdit à ce mineur :

1° De recevoir seul les comptes de tutelle (art. 480) : de peur, sans doute, que le tuteur n'abuse de son influence an-

cienne pour obtenir facilement une décharge et couvrir ses malversations (Cf. art. 472).

2° De *défendre* aux actions immobilières (art. 482).

3° « De recevoir et donner décharge d'un capital mobilier » sans l'assistance de son curateur (art. 482). Pour empêcher plus efficacement des dépenses inconsidérées, de folles dissipations de la part du mineur, la loi prescrit même dans ce cas au curateur de surveiller l'emploi des capitaux reçus.

4° Bien plus, l'art. 484 décide, dans une disposition absolument exorbitante du droit commun, qu'à l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès » (art. 484). Les tribunaux apprécieront.

Remarquons que la loi du 27 février 1880 (art. 4), en ce qui concerne l'aliénation et la conversion des meubles incorporels, a soumis le mineur émancipé autrement que par mariage aux mêmes conditions que le tuteur.

II. — *Demi-interdits* (faibles d'esprit, prodigues). — On assimile souvent en doctrine et en jurisprudence, au point de vue de la capacité, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire aux mineurs émancipés. Cette assimilation peut même s'autoriser de certains passages des travaux préparatoires (1).

C'est ainsi encore que par dérogation aux principes sur les actes d'administration, les art. 499 et 513 défendent aux demi-interdits de « recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge », sans l'assistance du conseil judiciaire.

Cependant cette idée ne saurait être poussée à l'extrême.

(1) Observations du Tribunat, sur l'art. 499, Locré, t. IV, p. 345.

L'incapacité du faible d'esprit et du prodigue est d'un autre ordre que celle du mineur émancipé : à celui-ci c'est surtout l'expérience, la pratique des affaires qui manquent ; pour ceux-là les facultés intellectuelles ou morales sont gravement atteintes.

Aussi la loi a-t-elle, en réalité, traité différemment les demi-interdits. Sans dire d'une manière expresse qu'ils ne pourront faire que des actes d'administration, elle a donné l'énumération des différents actes qui leur sont défendus. — Cette énumération, avons-nous dit dans notre Chapitre I, concorde sensiblement avec la liste des actes de disposition, — et c'est pour ce motif que nous avons cru devoir comprendre ces incapables parmi les administrateurs, — toutefois la concordance n'est pas adéquate, et comme en matière d'incapacité tout est d'interprétation stricte, il faut s'en tenir au texte (1), défendre au faible d'esprit et au prodigue tous les actes qui sont compris expressément ou virtuellement dans l'énumération susdite ; mais leur permettre tous les autres actes, même ceux que nous avons considérés en général comme défendus aux administrateurs. Emmery, l'orateur du gouvernement, a été en ce sens très explicite : « Ceux auxquels on nomme un conseil ne sont pas incapables des actes de la vie civile. Ils ne peuvent s'obliger, en contractant dans les cas prévus, sans l'assistance de leur conseil ; mais, en général, ils sont habiles à contracter... » (Exposé des motifs de l'art. 499).

Dans l'énumération des art. 499 et 513 est indiqué le droit de « plaider » ; l'expression est générale. En conséquence, même le droit d'exercer les actions mobilières, même le droit de défendre seul à une action quelconque est refusé au faible d'esprit et au prodigue.

(1) Cf. Bordeaux, 27 février 1878, J. P., 78, 823. — Rennes, 3 janvier 1880, D., 80, 2, 254.

III. — *Femme séparée de biens* (art. 1449). — La femme séparée « reprend la *libre* administration de ses biens » Cette locution indique, de la part de la loi, l'intention de donner à la femme des pouvoirs plus étendus qu'aux autres administrateurs. — On comprend cette faveur : la femme séparée est majeure, nous le supposons, par conséquent capable selon les lois naturelles, et de plus elle est propriétaire.

Aussi la loi, dans le second alinéa de l'art. 1449, nous dit : « Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner ». La dérogation aux principes est très formelle, elle est absolue. Nous ne croyons pas qu'il faille restreindre la portée de ce texte aux aliénations faites pour les besoins de l'administration, le texte ne distingue pas ; de fait, dans le second alinéa comme dans le troisième, il ne s'agit plus d'administration, mais de disposition ; l'opposition avec la première partie de l'article est manifeste (1).

Cependant la femme séparée ne pourrait, croyons-nous, donner ses biens meubles, en disposer à titre gratuit. En mettant l'art. 1449-2°, en regard de l'art. 217, on voit que la femme séparée n'a pas été relevée de son incapacité de *donner*, mais seulement d'*aliéner* dans le sens d'aliéner à titre onéreux (Cf. encore art. 905).

(1) En notre sens, Trib. de la Seine, 9 juillet 1872, D., 72, 3, 96. — *Contra :* Douai, 10 déc. 1872, S., 73, 2, 139 — Si même on admet que les mots « libre administration » du premier paragraphe de l'art. 1449 font allusion à la « *libera administratio* » des anciens auteurs (V. *supra*), et si l'on voit dans les deux derniers paragraphes de cet article l'interprétation même de cette expression, il faut se rappeler que les anciens auteurs reconnaissaient eux-mêmes que cette « *libera administratio* » n'était pas l'administration proprement dite (qui était appelée « *administratio simplex* »), et que, de plus, toujours d'après les mêmes auteurs (dont Vinnius, *loc. citt.* combat l'opinion), cette « *libera administratio* » comprenait le droit d'aliéner, sans aucune des distinctions et restrictions que la jurisprudence aujourd'hui veut établir.

A un certain point de vue, la femme séparée a une situation inférieure à celle des administrateurs ordinaires : elle ne peut ester seule en justice, que l'intérêt engagé soit mobilier ou non. Cette incapacité est absolue ; elle est édictée par un article spécial, l'art. 215, auquel le texte général de l'art. 1449-1° ne peut déroger. — Nos trois administrateurs-propriétaires ont donc tous, en ce qui concerne le droit d'agir en justice, une situation plus ou moins inférieure à celle des mandataires généraux. — Les procès sont une cause de ruine : la loi les empêche de tout son pouvoir.

SECTION II.

Administrateurs pour autrui.

§ 1er.

Mandataires légaux.

I. — *Époux qui opte pour la continuation de la communauté.*

Si c'est le mari qui est présent et fait l'option, il *conserve* (du moins pour les biens qu'il avait déjà antérieurement entre les mains) ses anciens pouvoirs d'administration (art. 1421 et 1428) : il reste chef de la communauté. V. p. 235.

Si c'est la femme, elle *prend* une administration qu'elle n'avait pas auparavant : ses pouvoirs sont assimilés généralement à ceux des envoyés en possession provisoire ; un grand nombre d'articles (Cf. art. 126, 127, 129) rapprochent ces deux situations. Cependant la femme, d'après nous, ne sera pas tenue de donner caution : l'art. 124 ne lui impose cette obli-

gation que dans le cas où elle opte pour la dissolution de la communauté.

On refuse encore généralement à la femme, dans le cas de l'art. 124, le droit d'ester en justice, sauf autorisation du tribunal : le principal argument est un *a fortiori* de la situation de la femme séparée. — Nous serions volontiers d'un avis contraire. Les situations de la femme séparée et de la femme qui administre la communauté dans le cas de l'art. 124, sont toutes différentes: la femme séparée agit en son nom propre ; la femme, dans le cas de l'art. 124, administre les biens de l'absent au nom de celui-ci, comme mandataire légale de l'absent ;,or, quand il y a mandat, on ne s'inquiète pas de la capacité personnelle du mandataire, mais seulement de la capacité du mandant et des pouvoirs qu'il a conférés au mandataire (art. 1990) : ici le mandat est général et embrasse tous les actes d'administration, même le droit d'ester en justice pour les actions mobilières, etc.

II. — *Envoyés en possession provisoire.*

Ils sont obligés de donner caution (art. 123, 124). Les intérêts de l'absent ont d'autant plus besoin d'être sauvegardés que les envoyés sont plus disposés à agir en maîtres définitifs et à compter que la personne absente ne reviendra pas.

Comme ils ont droit à une part proportionnelle dans les revenus (art. 127), ils devront supporter dans les mêmes proportions les charges qui pèsent en général sur les revenus (*Bona non sunt nisi deducto ære alieno*).

Notons encore la disposition de l'art. 126-2° : « Le tribunal ordonnera, *s'il y a lieu,* de vendre tout ou partie du mobilier. Dans le cas de vente, il sera fait *emploi* du prix, ainsi que des fruits échus. »

Pour le surplus, les pouvoirs des envoyés en possession

provisoire se régleront d'après les régles générales posées plus haut.

III. — *Père administrateur légal* (art. 389).

La loi n'édicte aucune règle particulière pour cet administrateur. Nous renvoyons donc aux principes.

C'est un administrateur purement et simplement. On ne peut le soumettre aux charges spéciales qui pèsent sur le tuteur : lui adjoindre un subrogé-tuteur, frapper ses biens d'hypothèque légale ; ce n'est pas un tuteur, la loi elle-même prend soin de distinguer (1). — D'un autre côté, on ne doit pas élargir ses pouvoirs en dehors des limites ordinaires des pouvoirs d'administration : ainsi, nous condamnons le système de certains arrêts (2) qui donnent à l'administrateur légal le droit de faire tous les actes pour lesquels le consentement du conseil de famille suffit au tuteur. Ces actes constituent, à notre avis, des actes de disposition, aussi bien que ceux pour lesquels on exige l'homologation du tribunal : en conséquence, le père administrateur ne peut les faire.

Souvent, à l'administration légale se joindra pour le père

(1) Cf. encore trav. préparatoires de la loi du 27 février 1880, rapport de M. Denormandie, séances du Sénat des 3 et 26 mai 1878. — Certains arrêts veulent cependant appliquer au père administrateur légal les règles de la tutelle. Cf. Douai, 5 juillet 1878, D., 79, 2, 116. — *Contra :* Cass., 14 janvier 1878, D., 78, 1, 227. — Trib. de la Seine, 1er avril 1881, *Gaz. des trib.*, 4 mai 1881.

(2) Bourges, 11 février 1863, D., 64, 5, 315 ; Cass. req., 3 juin 1867, D., 68, 1, 27, donnent au père administrateur le droit d'acquiescer même aux actions immobilières. *Contra :* Trib. du Puy, 10 déc. 1869, D., 70, 3, 64. — Montpellier, 30 mars 1859, S., 59, 2, 508, lui donne même le droit de transiger ; Trib. de Nancy, 24 mars 1881 (V. *Revue critique* 1882, p. 285), le droit de renoncer à une succession : c'est l'assimiler au propriétaire lui-même. — Cf. encore Paris, 2 juin 1865, S., 65, 2, 216, peut demander seul l'envoi en possession d'un legs universel fait au profit de ses enfants.

de famille le droit d'usufruit légal (art. 384), nous n'avons pas à étudier ici ce dernier droit : observons seulement que les pouvoirs du père comme administrateur n'en seront pas modifiés ; ce droit d'usufruit n'aura d'influence qu'au point de vue de la reddition de comptes, des restitutions et des indemnités entre l'administrateur et l'administré.

IV. — *Tuteur.*

La situation du mineur et de l'interdit, comme nous l'avons dit diverses fois, a éveillé d'une manière toute particulière la sollicitude de la loi : aussi l'administration du tuteur a été réglée avec un soin, une minutie extraordinaire ; le Code a multiplié les garanties et les moyens de surveillance.

A côté du tuteur et pour surveiller et contrôler sa gestion, la loi a placé le subrogé-tuteur et le conseil de famille (Cf. art, 420, 446, 451, 452, 470) : ce conseil aura même à régler certains points de détail de l'administration (Cf. art. 452, 454, 455) (1).

Au lieu d'exiger une caution, la loi frappe les biens du tuteur d'une hypothèque légale générale (art. 2121, 2135).

Voici d'ailleurs, en suivant l'ordre des articles, les dispositions spéciales que nous rencontrons :

Art. 450 : Responsabilité du tuteur toujours *in abstracto*, bien qu'il ne reçoive aucun salaire. — Incapacité de prendre à bail les biens du mineur — ou « d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. »

(1) Le tuteur ne prend pas seulement soin de la fortune, mais encore de la *personne* du mineur (art. 450), mais, quand il n'est pas le père ou la mère du mineur, ses pouvoirs à cet égard sont singulièrement réduits au profit du conseil de famille ; ex. : art. 160, consentement au mariage ; 478, émancipation.

Art. 451 : Inventaire « dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination » (Ce délai, d'après la jurisprudence et les auteurs, n'a rien de fatal).

Art. 452 : Obligation pour le tuteur de vendre à l'entrée de la tutelle, dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, les meubles corporels du mineur, — suivant certaines formalités.

Art. 455 et 456 : Obligation de faire dans le délai de six mois l'emploi des revenus économisés, sinon les intérêts courent de plein droit à sa charge. — L'art. 6 de la loi du 27 février 1880 étend cette disposition aux capitaux proprement dits.

Notons encore les art. 470 : états de situation annuels ; — art. 472 et 474-1°, pour la reddition des comptes de tutelles et les intérêts du reliquat.

Mêmes règles, en principe, pour le « tuteur de l'interdit » (art. 509) sauf aggravation par le conseil de famille dans le cas de l'art. 507 ; pour le « tuteur officieux », le « protuteur » et le « cotuteur » (pour ce dernier, obligations solidaires avec la mère tutrice : art. 396).

Quant aux textes autres que ceux du Code, nous rappelons seulement que la L. 27 février 1880 a imposé certaines formalités au tuteur pour aliéner ou convertir les meubles incorporels du mineur.

V. — *Héritier bénéficiaire.*

L'héritier bénéficiaire n'est pas seulement mandataire, il est aussi propriétaire (V. *supra*). La loi lui a donc donné une situation, à certains égards, privilégiée.

Art. 804 : « Il n'est tenu que des fautes graves. » La loi estime, d'ailleurs, que son propre intérêt le portera à agir avec zèle et à gérer en bon père de famille.

Art. 805 (comb. avec 989 Pr.) : Il peut vendre seul, sans

autorisation de justice, les meubles corporels et les rentes constituées sur particuliers (1) qui dépendent de la succession, pourvu, toutefois, qu'il se conforme aux formalités légales (2).

Pour contrebalancer ce droit de vendre les meubles, l'article 807 décide qu' « il est tenu, si les créanciers... l'exigent, de donner caution... de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, etc. »

On décide encore, en argumentant *a fortiori* de la situation du curateur à la succession vacante (art. 813. Cf. art. 814), que l'héritier bénéficiaire a le droit d'exercer, seul, même les actions immobilières de la succession (3). — D'ailleurs, l'héritier bénéficiaire est, comme le curateur, administrateur surtout à fin de liquider, il doit donc avoir toutes facilités pour pouvoir poursuivre et faire payer les débiteurs de la succession.

VI. — *L'héritier, avant qu'il ait pris parti,* est un administrateur *provisoire :* le Code ne dit rien de spécial à son sujet. Nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut sur l'administration provisoire ; en principe, les tribunaux ont ici une liberté entière d'appréciation.

§ 2.

Mandataires judiciaires.

Tandis que pour les mandataires légaux la loi détermine

(1) Demol., XV, nº 275 s.

(2) Il pouvait autrefois, d'après la loi du 24 mars 1806 et avis du C. d'Et. du 11 janv, 1808, vendre un titre de rentes sur l'Etat de 50 f. et au-dessous sans aucune autorisation spéciale ; mais, depuis l'abrogation de la L. du 24 mars 1806 par la L. 27 février 1880 (art. 12), la cour de Cass. (Cass. 4 avril 1881, D., 81, 1, 241) décide que, même pour aliéner 50 f. de rentes et au-dessous, l'héritier bénéficiaire a besoin de l'autorisation de la justice.

(3) Demol., XV, nº 262.

elle-même avec précision les conditions de l'administration, on admet, en général, que les pouvoirs de chaque mandataire judiciaire, de même que ceux des mandataires conventionnels, varient selon les termes du mandat : les tribunaux apprécient, en fait, la situation à laquelle il faut porter secours, et ils défèrent des pouvoirs selon les nécessités de cette situation. — Si donc, un tribunal, par exemple dans le cas de l'art. 112, choisit quelqu'un pour administrateur général de certains biens ou de tout le patrimoine d'une autre personne, sans préciser d'ailleurs les pouvoirs de celui qui est choisi : celui-ci sera assimilé à un mandataire général ; conformément à l'art. 1988, il pourra faire tous les actes d'administration et seulement ces actes.

Cependant, il est certains administrateurs judiciaires dont la loi s'est occupée spécialement, et dont elle a déterminé les pouvoirs.

A. — Il faut citer en première ligne le *curateur à succession vacante.*

La loi (art. 814) l'assimile, quant au « mode d'administration », à l'héritier bénéficiaire. — Lui aussi, lui surtout, est un administrateur à fin de liquider, et l'on comprend que dans ce but la loi lui ait accordé des pouvoirs étendus.

Ainsi, le curateur peut exercer toutes les actions même immobilières de la succession (art. 813). — Nous donnerons encore au curateur le droit de vendre le mobilier dans la mesure et avec les formalités imposées à l'héritier bénéficiaire.

Cependant il y a des différences importantes entre l'héritier et le curateur. — Celui-ci est un simple mandataire, et non un propriétaire; c'est même un mandataire salarié. Il sera donc responsable de ses fautes *in abstracto* selon le droit commun (art. 1137, 1992). — D'un autre côté, il doit

faire verser à la Caisse des dépôts et consignations le « numéraire qui se trouve dans la succession » et les « deniers provenant du prix des meubles et immeubles » (art. 813), d'une manière générale tout l'argent de la succession, quelle que soit son origine (c'est l'opinion commune). Le curateur n'a droit sur rien, il n'est purement et simplement qu'un liquidateur pour le compte des créanciers. Puisqu'il ne peut rien conserver par devers lui, il n'aura pas de caution à donner.

B. — Nous ne dirons rien de l' « administrateur *provisoire* » de l'art. 497. Le mot « *provisoire* » indique suffisamment la nature de ses fonctions, et puisqu'il n'est nommé que pour la durée de l'instance en interdiction, on comprend que ces fonctions soient assez précaires. Remarquons seulement que, en dépit de cette qualification de la loi, les tribunaux se reconnaissent encore ici le droit de conférer à l'administrateur tous les pouvoirs qu'ils jugent utiles pour veiller aux intérêts du futur interdit (1).

C. — C'est encore d'un « administrateur *provisoire* » dont il est parlé dans l'art. 32 de la loi du 30 juin 1838 : ce texte renvoie même expressément à l'art. 497 et ne définit pas autrement les pouvoirs de cet administrateur. Pourtant il résulte de l'art. 34 de cette même loi que ce dernier ne pourrait, en principe, représenter l'aliéné en justice : la loi exige un mandataire *ad litem* spécial ; en pratique, l'administrateur provisoire est souvent lui-même désigné, mais la délégation est alors particulière et expresse. D'après l'art. 34 « le jugement qui nommera l'administrateur provisoire.... pourra en

(1) En ce sens : Cass., 6 et 19 février 1856, D., 56, 1, 71.

même temps constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale.... »

Le cas de l'art. 31 est bien aussi un cas d'administration provisoire ; mais le mandat, avons-nous dit, est alors légal. La loi donne même quelques indications particulières au sujet des pouvoirs de cet administrateur : il ne peut faire des baux de plus de trois ans; il peut, en vertu d'une *autorisation spéciale* du président du tribunal civil, faire vendre le mobilier de l'aliéné; il ne perçoit pas lui-même les sommes appartenant à l'aliéné — celles-ci sont versées directement dans la caisse de l'établissement, — aussi n'est-il jamais soumis à l'hypothèque de l'art. 34 (Cf. encore art. 35 et 36, *a contrario*).

Pour tous les points non réglés par le Code, les tribunaux apprécieront encore ici la portée du « provisoire » (1).

Cependant, à raison du but très spécial du législateur dans la loi de 1838, la jurisprudence (Cass., req., 23 mai 1882, D., 82, 1, 367) décide que les tribunaux n'auraient pas le droit de transformer les pouvoirs et la situation de l'administrateur provisoire à ce point que celui-ci puisse être assimilé à un tuteur en cas d'interdiction.

Dans les deux cas, en effet, des art. 31 et 32, le législateur de 1838 n'a organisé qu'une administration éphémère, parce que, dans sa pensée, la situation de cet aliéné ne doit pas se prolonger ; ou bien l'aliéné guérit bientôt : il sort alors de l'établissement et reprend la libre gestion de son patrimoine; ou bien l'aliénation mentale persiste, sans espoir prochain de guérison, alors on doit avoir recours à une interdiction véritable et définitive (2).

(1) Observons que les dispositions de la L. 27 février 1880 sont applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés, nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838 (art. 8, L. 1880).

(2) Toute cette législation, compliquée et cependant très incomplète, est

§ III.

MANDATAIRES CONVENTIONNELS.

A. — *Mari :*

1° Régime de communauté :

a. — *Biens communs :* Les pouvoirs du mari sur les biens communs ressemblent beaucoup plus à ceux d'un propriétaire qu'à ceux d'un administrateur. — Au point de vue des tiers « le mari est seigneur et maître de la communauté » ; c'est une maxime ancienne que le Code a consacrée, avec cette restriction toutefois que « le mari ne peut disposer entre vifs, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs » (art. 1422). Tous les autres actes de disposition sont permis au mari durant la communauté (Cf. art. 1721 s.) (1).

b. — *Biens propres de la femme* (art. 1428) : Sur ces biens, les pouvoirs du mari ne diffèrent pas de ceux d'un administrateur ordinaire.

sur le point d'être remaniée et transformée ; un projet de loi déposé au Sénat le 25 nov. 1882 (V. *Journal officiel* du 15 février 1883. Documents parlementaires, Sénat, p. 259 à 267), abandonne le point de vue de la L. 1838, et propose, quand la folie se prolonge et qu'il y a des actes graves à faire, de conférer au délégué de la commission ou à l'administration judiciaire les pouvoirs d'un tuteur, en remplaçant auprès du délégué le conseil de famille par la commission même.

(1) La restriction de l'art. 1425 à propos des engagements contractés par le mari commun n'existe même plus depuis la L. 31 mai 1854 qui a aboli la mort civile.

2° Régime sans communauté (art. 1531) : Le mari administre les biens personnels de la femme d'après les mêmes règles que dans le cas de l'art. 1428.

3° Régime dotal :

a. — *Biens dotaux* (art. 1549). Aujourd'hui le mari n'est plus *dominus dotis :* cependant, par un souvenir des principes romains, le Code dispose que « le mari *seul* a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. — Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs », c'est-à-dire a l'exercice de toutes les actions dotales, même immobilières. — A ce pouvoir exorbitant du mari la loi ne fait d'exception que pour l'action en partage. D'après l'art. 818 : « A l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme. » Les termes généraux de cet article nous paraissent, malgré controverse, régir même le régime dotal (1).

b. — *Biens paraphernaux :* Il faut supposer que la femme dotale donne au mari le mandat exprès ou tacite d'administrer ces biens (art. 1577, 1578). — Nous appliquons ici les principes généraux de l'art. 1988.

4° Séparation de biens. — Même hypothèse que pour les biens paraphernaux (art. 1539) et même solution.

D'après l'art. 2208-2° — l'observation s'applique à tous les régimes — : « l'expropriation des immeubles de la femme, qui ne sont point entrés en communauté, se poursuit contre le mari et la femme... » ; jamais contre le mari seul (sauf pour biens communs).

(1) Bordeaux, 30 mai 1871, D., 74, 2, 15.

B. — *Associé.*

1° Si l'associé administre comme gérant, chargé spécialement de l'administration par ses coassociés (art. 1856-1858), ses pouvoirs seront en principe ceux d'un mandataire général.

Cependant, comme ce mandat repose toujours sur l'acte de société, alors même que la nomination du gérant aurait eu lieu postérieurement à la passation de cet acte, le mandat du gérant est à ce point de vue plus ou moins spécialisé. Ainsi nous avons dit plus haut que l'administrateur avait le droit de vendre les meubles destinés à être vendus. Cette proposition reçoit ici une application aussi complète que possible : nul doute que le gérant n'ait le droit de vendre, même des immeubles, s'il est dans le but de la société de les vendre. Il faudrait au contraire déclarer nulle la vente même de meubles consomptibles ou se détériorant par l'usage, si l'acte de société prescrivait de les garder; annuler même des baux, si l'acte de société s'opposait à de pareilles locations. Mais alors le mandat n'est plus à proprement parler général, il est exprès, spécial : et les tiers, croyons-nous, auraient certainement le droit, avant de contracter avec le gérant, de lui demander la production de l'acte de société (si celui-ci n'a pas déjà été publié).

S'il y a plusieurs cogérants, « ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration » (art. 1857) : c'est plus ou moins l'anarchie !

2° Aucun gérant spécial n'est désigné. Alors, d'après l'article 1859-1°, « les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. » — Mais ici encore, ce pouvoir, à la différence de celui du mandataire général proprement dit, est défini, spécialisé en quelque sorte par le contrat de société. — Si ce contrat, sans

s'occuper directement des pouvoirs des administrateurs de la société, indique bien nettement le but de la société, on devrait admettre (nonobstant les termes généraux de la seconde phrase de 1859-1°) que si un acte d'administration contrecarrait évidemment le but de la société, cet acte serait nul, même à l'encontre du tiers. Sinon, il n'y aurait qu'une question de responsabilité à se poser au sujet de l'associé, auteur de l'acte (art. 1992) (1).

Quant aux dispositions de l'art. 1859, alinéas 2, 3, 4 et de l'art. 1860, elles se rapportent, croyons-nous, à la situation respective des associés, comme associés, abstraction faite de tout pouvoir d'administration et même si on a nommé des gérants spéciaux (2).

C. — Rien à dire ici du mandataire général (art. 1988), ni des créanciers antichrésiste et gagiste : nous renvoyons pour le premier à nos principes, — pour les autres à ce que nous avons dit sur eux dans le premier chapitre.

D. — Nous ne voulons pas non plus passer en revue tous les propriétaires sous condition résolutoire que le Code énumère : la liste seule en effraye ! — Au surplus, leurs pouvoirs en général, se règlent d'après nos principes, en tenant compte toutefois de l'assiette souvent fort restreinte de leur administration.

Un mot cependant à propos du grevé de substitution. La loi impose aux grevés de substitution des mesures particulières et minutieuses de conservation, de publicité. — Il s'agissait d'une disposition que le législateur n'autorisait

(1) Cass., 7 mars 1837, J. G., v° *Société*, n° 477. — Cf. Pothier, *de la Société*, n° 66.

(2) Boutteville, *Rapport au tribunat*, n° 17, Locré, t. XIV. — Pont, *Sociétes civiles*, n°s 548 et 569 s.

qu'à regret et dans l'intérêt exclusif de la famille, il fallait que cette disposition atteignit au moins son but; il fallait d'autre part que les tiers fussent bien avertis du caractère exceptionnel et précaire du droit du grevé. — En conséquence, sans parler de l'inventaire (art. 1058, 1059), généralement obligatoire pour tous les administrateurs, notons : la nomination d'un tuteur à la substitution (art. 1055-1057, 1073), la vente du mobilier (art. 1062, 1064), l'emploi des deniers compris dans la substitution ou provenant de la vente (art. 1065, 1068), la publicité donnée à la substitution (articles 1069, 1072).

Signalons encore, comme dérogation au droit commun, le cas de l'art. 952 : maintien d'une hypothèque du chef du propriétaire dont le droit est résolu (donataire prédécédé, en cas de donation avec clause de retour) : cette dérogation se fonde sur l'intention présumée des parties (Cf. art. 1054).

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Dans l'organisation de la justice civile de l'ancienne Rome les pontifes ne faisaient fonction ni de juges, ni de magistrats proprement dits.

II. — C'est d'un *arbiter compromissarius* et non d'un *arbiter*-juge qu'il est question dans le *pro Roscio comœdo*, de Cicéron,

III. — La *restitutio in integrum*, telle qu'elle avait été organisée par le préteur dans son édit, n'était pas une simple *faveur* que le magistrat octroyait ou refusait arbitrairement, c'était un *droit* dont toute personne qui se trouvait dans les conditions de l'édit pouvait se prévaloir.

IV. — La théorie des trois fautes des anciens commentateurs n'est pas une théorie romaine.

DROIT FRANÇAIS.

I. — Le mandat peut être tacite.

II. — Les actes, même ceux d'administration, consentis par l'hériter apparent sont nuls.

III. — Quand un acte de disposition a été fait par un simple administrateur pour le compte d'autrui (ex : tuteur), la nullité qui frappe cet acte n'est couverte, en principe, que par les prescriptions ordinaires des art. 2262 et 2265, jamais par la prescription de l'art. 1304 : — et cette nullité est une nullité absolue que les tiers eux-mêmes peuvent invoquer.

IV. — Quand une créance hypothécaire est sous condition ou à terme, la prescription de l'hypothèque par le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué n'est pas suspendue jusqu'à l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition. — (art. 2180-4° et 2257).

V. — La séparation des patrimoines régulièrement inscrite (art. 2111) donne aux créanciers et légataires un droit de suite contre les tiers acquéreurs des biens héréditaires.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — L'action en pétition d'hérédité est une action réelle proprement dite et non une action mixte.

II. — Une citation en référé, à fin d'ordonner une mesure provisoire, ex : nomination d'experts pour la constatation de vices de construction, n'est pas, en principe, interruptive de la prescription de l'action principale.

DROIT CRIMINEL.

I. — L'amnistie ne fait pas perdre à la partie civile le droit de poursuivre au moyen de la contrainte par corps le recouvrement de sa créance en dommages-intérêts contre la personne amnistiée, alors que cette créance résulte d'un arrêt émané de la juridiction répressive déjà passé en force de chose jugée.

II. — L'homicide commis du consentement même de la victime constitue un meurtre.

DROIT COMMERCIAL.

I. — En matière de lettre de change, le porteur est propropriétaire de la provision.

II. — Les ventes publiques d'immeubles faites au cours d'une faillite conformément aux art. 571 s. Co. ne produisent pas de purge virtuelle ; elles laissent aux créanciers hypothécaires leurs droits intacts.

III. — Une compagnie de chemin de fer ne peut exercer une industrie ou un commerce étranger à la construction et à l'exploitation des lignes qui lui ont été concédées.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Si, pour prévenir l'effondrement d'une voie ferrée qui passe au-dessus d'une mine, un arrêté préfectoral interdit l'exploitation de la mine au-dessous du chemin de fer et à une certaine distance de chaque côté, une indemnité est due au propriétaire de la mine, — et c'est une indemnité d'expropriation.

II. — Lorsqu'un droit d'hypothèque sur le sol est acquis postérieurement au décret de concession d'une mine, l'hypothèque s'étend à la redevance immobilière due par le concessionnaire de la surface.

Vu :

Grenoble, le 24 mars 1883.

Le Président de la Thèse,

C. TROUILLER.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

A. GUEYMARD.

Vu et permis d'imprimer

Le Recteur,

J. GÉRARD.

TABLE DES MATIÈRES
DU JUDEX UNUS.
BIBLIOGRAPHIE
INTRODUCTION
CHAPITRE I. - **Notions préliminaires**
§ 1. - Du principe de la séparation du *jus* et du *judicum*
§ 2. - Définition et terminologie
§ 3. - Du *judex unus* hors de Rome
CHAPITRE II. - **Origine de l'unus judex"**
CHAPITREIII. - **Nomination du "judex"**
§ 1. - Comment était nommé le *judex*
§ 2. - Parmi quelles personnes le *judex* était choisi
I. - Excuses
II. - Incapacités de droit commun ou absolues
III. - Incapacités politiques ou relatives. - *Album judicum*
1re Période. - De l'origine du *judex* au temps des Gracques
2e Période. - Des Gracques à l'avènement d'Auguste
3e Période. - De l'avènement d'Auguste à la disparition du *judex*
CHAPITRE IV. - **Compétence du "judex unus"**
SECTION I. - Des personnes justiciables du *judex unus*
SECTION II. - Compétence territoriale
SECTION III. - Compétence matérielle
CHAPITRE V. - **Du "judicium"**
SECTION I. - Epoque à laquelle pouvait avoir lieu le *judicium*
SECTION II. - Organisation extérieure du *judicium*
I. - Heure et lieu de l'audience
II. - Personnel judiciaire
SECTION III. - Procédure in *judicio*
SECTION IV. - *Officium judicis* et sentence
I. - *Officium judicis*
II. - Sentence
CHAPITRE VI. - **Décadence et disparition "du judex"**
CONCLUSION
TABLE DES MATIÈRES
DROIT FRANÇAIS.
INTRODUCTION
CHAPITRE I. - **Des administrateurs**
CHAPITRE CHAPITRE II. - **Des actes d'administration**
§ 1. - Immeubles ou droits immobiliers
§ 2. Meubles ou droits mobiliers
I. - Meubles corporels
II. - Meubles incorporels
§ 3. - Dettes
I. - Dettes antérieures à l'entrée en gestion
II. - Dettes postérieures à l'entrée en gestion
§ 4. - Actions en justice et actes d'exécution
I. Actions en justice
II. - Actes d'exécution
APPENDICE. - Moyens donnés aux administrateurs pour procéder dans certains cas à des actes de disposition
CHAPITRE III. - **Effets des actes faits par les administrateurs**
SECTION I. - Dans les rapports des tiers avec le propriétaire
I. - Actes d'administration
II. - Actes de disposition
SECTION II. - Dans les rapports du propriétaire et de l'admistrateur
CHAPITRE IV. - **Dérogations apportées par le Code aux principes généraux sur les actes d'administration**
SECTION I. - Propriétaires à capacité restreinte
SECTION II. - Administrateurs pour le compte d'autrui
§ 1. - Mandataires légaux
§ 2. - Mandataires judiciaires
§ 3. - Mandataires conventionnels